

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO III

CUARTA PARTE: DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS
QUINTA PARTE: DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO
SEXTA PARTE: VARIA

Autores del presente volumen:

GERMÁN ACEDO PAYAREZ	EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
ASDRÚBAL AGUIAR	FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI	ASDRÚBAL GRILLET CORREA
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA	JUAN CARLOS HENAO
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ	MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
CARLOS AYALA CORAO	LUIS MOISSET DE ESPANES
JOSÉ BERMEJO VERA	SALVADOR LEAL WILHELM
GERMÁN J. BIDART CAMPOS	JACQUELINE LEJARZA A.
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO	LUIS PAULINO MORA MORA
ISABEL BOSCAN DE RUESTA	JOSÉ MUCI-ABRAHAM
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN	PEDRO NIKKEN
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS	JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
MIGUEL CARBONELL	LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
DANTE CAPONERA	LUCIANO PAREJO ALFONSO
JESÚS MARÍA CASAL H.	SONIA PICADO
CARLOS A. CASANOVA	GERARDO PUERTAS GOMEZ
LEÓN HENRIQUE COTTIN	MANUEL RACHADELL
ROBERTO CUELLAR M.	HUMBERTO ROMERO MUCI
JOSÉ DEL REY FAJARDO	MARIOLGA QUINTERO TIRADO
HÉCTOR FAUNDEZ LEDESMA	GIUSEPPE ROSITO ARBIA
LUCÍA VALLE FIGUEIREDO	

Coordinadores:

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

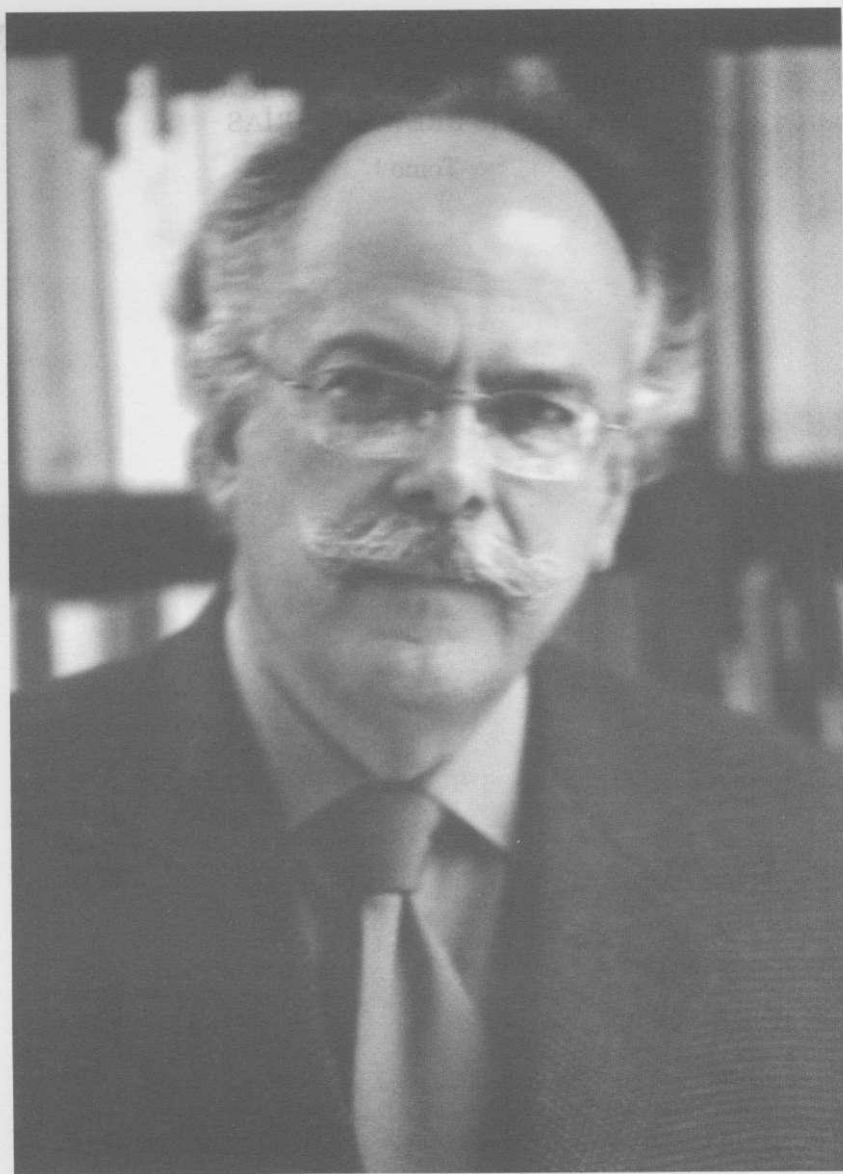


THOMSON
CIVITAS

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

Tomo III



Profesor *Allan R. Brewer Carías*

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

EL DERECHO PÚBLICO A
COMIENZOS DEL SIGLO XXI
ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO III

CUARTA PARTE: DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

QUINTA PARTE: DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

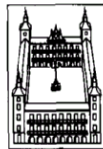
SEXTA PARTE: VARIA

Autores del presente volumen

GERMÁN ACEDO PAYAREZ	EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
ASDRÚBAL AGUIAR	FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI	ASDRÚBAL GRILLET CORREA
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA	JUAN CARLOS HENAO
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ	MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
CARLOS AYALA CORAO	LUIS MOISSET DE ESPANES
JOSÉ BERMEJO VERA	SALVADOR LEAL WILHELM
GERMÁN J. BIDART CAMPOS	JACQUELINE LEJARZA A.
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO	LUIS PAULINO MORA MORA
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA	JOSÉ MUCI-ABRAHAM
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN	PEDRO NIKKEN
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS	JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
MIGUEL CARBONELL	LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
DANTE CAPONERA	LUCIANO PAREJO ALFONSO
JESÚS MARÍA CASAL H.	SONIA PICADO
CARLOS A. CASANOVA	GERARDO PUERTAS GÓMEZ
LEÓN HENRIQUE COTTIN	MANUEL RACHADELL
ROBERTO CUELLAR M.	HUMBERTO ROMERO MUCI
JOSÉ DEL REY FAJARDO	MARIOLGA QUINTERO TIRADO
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA	GIUSEPPE ROSITO ARBIA
LUCIA VALLE FIGUEIREDO	

Coordinadores

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ



EDITORIAL CIVITAS, S.A.

MADRID, 2003

Primera edición, 2003

EL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO Y LA CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA; LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID; EL CENTRO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS PROVINCIALES Y LOCALES (CIEPROL) DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; LA FUNDACIÓN EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA; LA FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO; LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA); LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA); LA FUNDACIÓN INSTITUTO REGIONAL DE ESTUDIOS URBANOS (IREU) Y LA FUNDACIÓN ARQUITECTURA Y DISEÑO URBANO, han contribuido a la edición de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2003, by Instituto de Derecho Público, UCV
Editorial Civitas, S.A
Bárbara de Braganza, 10.28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2094-0 (Obra completa)
ISBN: 84-470-2093-2 (Tomo III)
Depósito legal: M-45.135-2003
Compuesto por Francis Gil y Mirna Pinto
Printed in Spain – Impreso en España
Por Closas-Orcoyen, S. L.
Paracuellos del Jarama (Madrid)

PLAN GENERAL
DE LA OBRA

PROEMIO

ALFREDO ARISMENDI A.

PRESENTACIÓN

JESÚS CABALLERO ORTIZ

DISCURSO

EDUARDO ROCA ROCA

PRÓLOGO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

DISCURSO

PEDRO NIKKEN

PREFACIO

LUCIANO PAREJO ALFONSO

APRECIACIÓN

WILBURG JIMÉNEZ CASTRO

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- § 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA
Rector de la Universidad Externado de Colombia
- § 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA
DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN
Ex Superintendente de Promoción y Protección de la Libre Competencia
de Venezuela

* Al final de cada tomo se incluye un índice detallado del mismo. El último tomo incluye el índice general de toda la obra.

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

- § 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO
Profesora de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811
IRENE LORETO GONZÁLEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay
- § 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA
JORGE VÉLEZ GARCÍA
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia
- § 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN
CLAUDIA NIKKEN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL
SANDRA MORELLI
Profesora de la Universidad Externado de Colombia

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

- § 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO
JORGE LUIS SUÁREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA
MARIANELA ZUBILLAGA
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 12. LA CAUSA AUSTRIA, LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA
HEINZ SCHÄFFER
Profesor de las Universidades de Salzburgo, Austria

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

- § 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
Profesor y Décano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

2. *El régimen electoral*

- § 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?
JORGE REINALDO VANOSSI
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina
- § 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México
- § 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES
DIETER NOHLEN
Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania
3. *La participación política*
- § 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS
MANUEL FEO LA CRUZ
Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela
- § 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)
YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela
- § 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO
DANIEL ALBERTO SABSAY
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

PLAN GENERAL DE LA OBRA

4. *La desobediencia civil*

- § 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA
MARIE PICARD DE ORSINI
Profesora de la Universidad de Carabobo, Venezuela
- § 23. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN: DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?
ELOÍSA AVELLANEDA y LUIS SALAMANCA
Profesores de la Universidad Central de Venezuela

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

- § 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela, España
- § 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA COLOMBIANO
JORGE LONDOÑO
Vicerrector Académico de la Fundación Universitaria de Boyacá, Colombia
- § 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL AMERICA LATINA
EDUARDO ROZO ACUÑA
Profesor de la Università degli Studi di Urbino, Italia
- § 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA
CHRISTIAN PIELOW
Profesor de la Universidad de Ruhr, Bochum, Alemania
- § 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS
GUSTAVO LINARES BENZO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

2. *El régimen local y municipal*

- § 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO
ARGENIS ÚRDANETA
Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
Secretario General de la Organización Iberoamericana Cooperación Intermunicipal (OICI), España
 - § 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Profesor de la Universidad de la Coruña, España
 - § 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ
Rector de la Universidad Valle del Momboy, Venezuela
 - § 34. BREWER Y CARACAS
DOLORES AGUERREVERE VALERO
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO
- 1. *El sistema presidencial de gobierno*
 - § 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
DONATO LUPIDII
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
 - § 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
ALFREDO ARISMENDI A.
Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela
 - § 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA
RICARDO HARO
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional
 - § 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD
PIERRE BON
Directeur del'Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérico-Américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia
 - 2. *El poder judicial*
 - § 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
 - § 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL
DIEGO VALADÉS
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

PLAN GENERAL DE LA OBRA

3. *El poder ciudadano*

- § 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO
ROXANA ORIHUELA GONZATTI
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA
CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

- § 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO
CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD
Profesor Emérito de las Facultades de Derecho de la
Universidad Panthéon-Assas París II, Francia
- § 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA
CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O
CONTROL CONCRETO?
JOSÉ VICENTE HARO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN AMÉRICA LATINA
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú
- § 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336
DE LA CONSTITUCIÓN
MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y
SOCIALES DE CUBA 1940-1952
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú
- § 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE
CONTROL EN LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITU-
CIONALIDAD
EDGAR CARPIO MARCOS
Asociación Peruana de Derecho Constitucional
- § 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA
NORMA IMPORTADA
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

PLAN GENERAL DE LA OBRA

2. *El derecho de amparo*

- § 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
- § 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- § 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO
JORGE CÓRDOBA ORTEGA
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

- § 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública, México

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

- § 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ
Secretario de Estado, España

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Ex Consejero de Estado de Colombia
- § 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA
RELACIÓN JURÍDICO - ADMINISTRATIVA
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España
- § 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES
LUBÍN AGUIRRE
Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- § 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN
PÚBLICA EN VENEZUELA
MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA
RICARDO HOYOS DUQUE
Consejero de Estado, Colombia
- § 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
NACIONAL EN COLOMBIA
JAIME VIDAL PERDOMO
Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la
Universidad del Rosario, Bogotá
- § 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL
DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
ALFONSO PÉREZ MORENO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España
- § 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

- § 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, España
- § 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE
PIERRE DELVOLVÉ
Profesor de la Universidad de París II, Francia
- § 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO
LUIS FRAGA PITTALUGA
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello
- § 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD
BLANCA LOZANO CUTANDA
Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España
- § 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
CATERINA BALASSO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

- § 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO
JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Univesidad Santa María
- § 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO
FRANCK MODERNE
Catedrático de Derecho Público de la Universidad París I, Francia
- § 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES
JUAN DE STEFANO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO
DANIEL FERNANDO SORIA
Profesor de la Universidad Católica Argentina y Universidad Austral

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

- § 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
Catedrático de Derecho Administrativo, España
- § 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?
JESÚS CABALLERO ORTIZ
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela
- § 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LAS CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
LUIS CORSI
Profesor de la Universidad Santa María y de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE
SANTIAGO GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de León, España
- § 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

- § 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA
JOSÉ RAMÓN PARADA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España
- § 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil
- § 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000, N,328. IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI. LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA
ONORATO SEPE
Profesor de la Universidad de Roma, Italia
- § 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO
JUAN GARRIDO ROVIRA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VOIP EN VENEZUELA
DANIEL OQUENDO
Profesor de la Universidad Monte Ávila, Venezuela
- § 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES
RAINER LORENZO
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

- § 90. LA DENOMINADA “DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO” POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
FRANCISCO HUNG VAILLANT
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA
FEDERICO E. LEÁÑEZ A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
- § 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO
FABIO ROVERSI MONACO
Rector de la Universidad de Bologna, Italia
- § 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS
CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- § 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA
ENRIQUE ROJAS FRANCO
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?
AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA
ALBERTO B. BIANCHI
Profesor de la Universidad Austral, Argentina
- § 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, España
- § 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
FERNANDO GARRIDO FALLA
Magistrado del Tribunal Constitucional, España
- § 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRARREFORMA INCONSTITUCIONAL)
AGUSTÍN GORDILLO
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina
- § 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW
J.A. JOLOWICZ
Profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra

TOMO III

CUARTA PARTE

DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

- I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
- § 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ
PEDRO NIKKEN
Consejero Permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- § 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?
GERMÁN J. BIDART CAMPOS
Director Universitas S.R.L., Argentina
- § 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela
- § 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JESÚS MARÍA CASAL H.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL
ROBERTO CUELLAR M.
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
- III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES
1. *Los derechos de las personas*
- § 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO
LUIS MOISSET DE ESPANES Y MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina
2. *Principios de igualdad*
- § 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD
MIGUEL CARBONELL
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

PLAN GENERAL DE LA OBRA

3. *Libertad de expresión*

- § 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC
ASDRÚBAL AGUIAR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

4. *Acceso a la justicia y debido proceso*

- § 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
LUCIA VALLE FIGUEIREDO
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, Brasil
- § 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS
SALVADOR LEAL WILHELM
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA
LEÓN HENRIQUE COTTIN
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS
JUAN CARLOS HENAO
Profesor de la Universidad Externado de Colombia
- § 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

5. *La libertad de cultos*

- § 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

- § 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO
ASDRÚBAL GRILLET CORREA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD
JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN
LUIS PAULINO MORA MORA
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
- § 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA
JOSÉ BERMEJO VERA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, España

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

- § 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales,
Universidad de los Andes, Venezuela
- § 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS “DERECHOS AMBIENTALES”
GERMÁN ACEDO PAYAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
Vicerrector Académico de la Universidad Carlos III de Madrid, España
- § 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA
DANTE CAPONERA
Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Italia

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

- § 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO. ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMA
GERARDO PUERTAS GÓMEZ
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México
- § 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARTADO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, España
- § 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
- § 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO
GIUSEPPE ROSITO ARBIA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
- § 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS
CARLOS M. AYALA CORAO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

QUINTA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

- § 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO “IMPUESTO” AL DÉBITO BANCARIO
JOSÉ MUCI-ABRAHAM
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 140. LA NOCIÓN DE “DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN” COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL
HUMBERTO ROMERO MUCI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?
MANUEL RACHADELL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SEXTA PARTE

VARIA

- § 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL
JOSÉ DEL REY FAJARDO
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA
JACQUELINE LEJARZA A.
Profesora de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO
CARLOS A. CASANOVA
Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela
- § 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
SONIA PICADO
Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica

CURRICULUM VITAE
ALLAN R. BREWER-CARIAS

CUARTA PARTE
DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ

Pedro Nikken
Consejero Permanente del Instituto
Interamericano de los Derechos Humanos y
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Los dos primeros artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipulan las obligaciones generales que los Estados partes asumen respecto de la totalidad de los derechos reconocidos por la misma Convención¹:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Durante los primeros años de vigencia de la Convención se planteó la dificultad que surgiría de la lectura aislada de los mencionados artículos. Ese ejercicio podría llevar a pensar que los Estados partes no se han obligado más que a adoptar, de conformidad con su Derecho interno, *las medidas* o “las disposiciones legislativas o de otro carácter”

1. Estos dos artículos reproducen, en lo sustancial, el enunciado del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, según el cual:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en la Convención, lo que introduciría una orientación programática para el compromiso contraído, que no sería *self-executing* o autoejecutivo. Las obligaciones de los Estados partes no serían inmediatamente exigibles por los titulares de los derechos humanos protegidos por el tratado, es decir, las personas *bajo la jurisdicción* de esos Estados, las cuales no podrían invocar el Pacto de San José como fuente de Derecho en el orden interno, mientras no se hubieran adoptado “disposiciones legislativas o de otro carácter”.

El tema así planteado se conecta directamente con la exigibilidad inmediata de la *garantía de los derechos humanos* reconocido en el Pacto de San José, a la que están obligados todos los Estados partes en el mismo.

El alcance y contenido general de la obligación de garantía de los derechos humanos han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeras sentencias contenciosas. La Corte ha expresado que:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos².

Por otra parte, el artículo 1.1 de la Convención, al hacer la distinción entre respeto y garantía de los derechos humanos, sitúa, en principio, el primer concepto en el ámbito de las consecuencias inmediatas de la actividad estatal. Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que:

...la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal³.

El cumplimiento de estas obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos cubre la totalidad de los derechos protegidos por el Pacto de San José. No debe olvidarse, sin embargo, que de acuerdo con el derecho internacional, un Estado parte en cualquier tratado está obligado a cumplir y a garantizar el cumplimiento, dentro del ámbito de la jurisdicción respectiva, de todos y cada uno de los compromisos que resultan implícitamente del tratado, interpretando sus cláusulas de buena fe, conforme a las reglas de hermenéutica propias del Derecho internacional. En ese contexto, el ámbito del compromiso de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene una amplitud aún mayor que la que revela una primera lectura de los artículos 1 y 2 de la Convención. El Estado está obligado a asegurar su cumplimiento y a evitar su violación más allá del respeto y garantía de los derechos humanos al que debe ajus-

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n° 4, párr. 166; también párrs. 164-177; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, n° 5, párrs. 175; también párrs. 173-188.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, serie A, n° 6, párr. 21.

tarse la actuación de sus órganos. Este trabajo intentará presentar supuestos en los cuales el deber de ejecución plena del tratado, o las situaciones en las cuales las violaciones a los derechos humanos son imputables al Estado, se ubican en las cercanías del límite máximo en que un Estado está obligado por el Pacto de San José; o de los supuestos en que un evento determinado que lesiona uno de los derechos protegidos por el mismo pacto puede ser imputado al estado como un caso de violación directa del mismo o de irrespeto a los derechos humanos imputable al mismo Estado. Por eso el presente análisis se situará en las fronteras de las obligaciones de los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como ejecutores y garantes de sus disposiciones.

El respeto de ciertos derechos requiere, en principio una mera abstención de ofenderlos por parte del poder público, como ocurre, en general, con las libertades fundamentales y con ciertos derechos, como la vida o la integridad personal. Otros requieren la adecuación de la actuación o de la organización del poder público, de manera que tales derechos puedan ser plena y libremente ejercidos por cada uno, como ocurre con el derecho al debido proceso (artículo 8), a un recurso judicial sencillo y rápido (artículo 25; o los derechos políticos (artículo 23).

La *garantía* de los derechos humanos, en cambio, se traduce sustancialmente en obligaciones positivas a cargo del Estado, como las de prevenir, investigar, reparar o, en su caso, asegurar la reparación; y sancionar, en sentido amplio, las violaciones a tales derechos.

Aunque se trata de materias conceptualmente discernibles, en la práctica es frecuente que el respeto y la garantía debidos a los derechos humanos por los Estados partes en la Convención Americana, lo mismo que en otros tratados que prescriban obligaciones generales semejantes, aparezcan estrechamente imbricados. Por ejemplo, el irrespeto a ciertos derechos (como el ya aludido acceso a un recurso judicial sencillo y rápido para proteger los derechos humanos, contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana), comporta, a su vez, el defecto de suministro de la garantía eficaz debida por los Estados partes a toda persona bajo su jurisdicción. A la inversa, situaciones que a primera vista se presentarían como un supuesto en el que la obligación fundamental del Estado se reduce a la *garantía*, (como ocurre cuando el agente de la lesión es un particular), pueden ocultar un caso en que el Estado mismo es el responsable del irrespeto o violación de los derechos humanos (por ejemplo, cuando esos particulares actúan en interés o por cuenta del Estado), situación en la cual el deber primario infringido es el de *respeto* a los derechos humanos.

Estas consideraciones, ya sean enmarcadas dentro del deber a cargo de los Estados de *respetar* en sentido estricto, los derechos humanos, ya los sean dentro de la obligación de *garantía* de dichos derechos, ponen de manifiesto que *el Estado es jurídicamente el ente llamado a poner en ejecución el sistema de protección de los derechos humanos establecido en la Convención*, lo cual implica que está sujeto a ciertos deberes cuyo incumplimiento acarrea su responsabilidad internacional.

Dentro de estos deberes está la obligación del Estado de prevenir, investigar y asegurar la sanción (si fuere el caso) y la reparación de la lesión de los derechos protegidos por la Convención, quienquiera sea el agente inmediato de la lesión a los mismos. Cuando dicho agente es una persona que no actúa prevalida de un carácter oficial (un particular), la omisión en el cumplimiento de esas obligaciones compromete la responsabilidad del Estado, no por el hecho de que el acto lesivo se haya originado en el poder público, sino porque éste omitió su deber de prevenir, investigar, sancionar y asegurar la reparación de semejante acto. Se trata de casos de inobservancia de la obligación de

garantizar los derechos humanos, sin que de ello resulte *la imputación directa al Estado, como una actuación de sus órganos o funcionarios, de la conducta lesiva de un particular*.

Esto no excluye que, según el Derecho internacional, se puedan identificar situaciones especiales en las cuales las actuaciones de particulares pueden imputarse directamente al Estado como un hecho ilícito cometido directamente por éste. De acuerdo con el Derecho internacional es irrelevante que el agente de una violación de los derechos humanos haya sido un órgano o funcionario que haya procedido en violación del Derecho interno o fuera del ámbito de su competencia, o incluso que haya sido un particular, pues lo decisivo es que haya actuado aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial; o valiéndose de instrumentos que el mismo Estado ha puesto a su disposición (aun en violación del Derecho interno); o por cuenta o interés del Estado. Cabe recordar a este respecto que las reglas de imputación al Estado de los hechos internacionalmente ilícitos, a los efectos de su responsabilidad internacional, se rigen por las reglas del Derecho internacional y no por el Derecho interno⁴.

Dentro de la inobservancia de la garantía se ubica el defecto de desarrollo en el Derecho interno para ajustarlo a los requerimientos de la Convención; así como el supuesto en el cual el Estado no asegura la reparación de las infracciones de la misma. En estos casos, se produce una violación de Derecho internacional, que toca la garantía de los derechos humanos, en cuanto no se adecua el orden jurídico nacional a los estándares internacionales o no se restituye a la víctima lo que se le debe por la violación a sus derechos. La responsabilidad del Estado se ve comprometida en ambos casos, aunque el agente directo del atentado concreto contra los derechos humanos sea un particular, pero que ha ajustado su conducta a una norma jurídica interna incompatible con la Convención.

En otro supuesto, un particular puede actuar como agente encubierto, por cuenta o en provecho del Estado. En estos casos, de establecerse ese singular vínculo entre un particular y el Estado, la infracción a la Convención debe reputarse como cometida directamente por éste. Claro está, incluso en el caso en que tal relación no estuviera inequívocamente establecida, el Estado sería de todos modos responsable si no se ha puesto la diligencia debida en la prevención, investigación y sanción de semejantes actuaciones de particulares, al menos por la inobservancia de la obligación a su cargo *de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención*.

Se trata de situaciones distintas, en las cuales, a partir de un determinado hecho lesivo de los derechos humanos, la responsabilidad del Estado queda comprometida ya sea porque la falta de garantía, en el orden interno, se traduce en una forma de irrespeto de los mismos; o, a la inversa, porque el irrespeto directo se esconde tras un aparente defecto de la garantía debida. En el primer supuesto, el Estado se estaría apartando de su deber jurídico como *ejecutor directo de la Convención* (I). En el segundo, la responsabilidad del Estado tendría por fuente las actuaciones de personas, grupos o entidades no

4. Los principios de Derecho internacional referentes a la imputación al Estado de un hecho internacionalmente ilícito han quedado sistematizados en los informes sobre responsabilidad de los Estados presentados por AGO Roberto a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, Cf., AGO, R., "*Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*", Universidad de Camerino, Jovene Ed., t. II, 1, en esp. pp. 450-462 y 549-608. La Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha acogido expresamente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., párrs. 169-173; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Godínez Cruz*, cit., párrs. 178-183.

investidos formalmente de funciones oficiales (II). Ambas cuestiones serán examinadas sucesivamente en este trabajo.

II. EL ESTADO COMO EJECUTOR DIRECTO DE LA CONVENCION

La cabal ejecución de la Convención Americana dentro de la jurisdicción de un Estado parte, requiere, en primer lugar, la adecuación del orden jurídico interno a los requerimientos del pleno disfrute de los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En un sentido amplio, tal adecuación es, al mismo tiempo, un acto de ejecución de la Convención y un acto de prevención contra sus violaciones.

El deber de prevención fue definido desde temprana hora por la Corte:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado...⁵

La prevención, en consecuencia, comprende la adopción de medidas jurídicas (*legislativas o de otro carácter*) que tiendan a evitar las violaciones a los derechos humanos y a asegurar que éstas sean caracterizadas como un hecho ilícito, con todas las consecuencias jurídicas que semejante caracterización comporte. Por otra parte, en principio el incumplimiento de la obligación de prevención debe ser demostrado como tal, es decir, debe quedar establecido que la lesión cometida contra uno de los derechos humanos internacionalmente protegidos, cualquiera sea el agente que directamente han cometido el acto lesivo, habría podido evitarse; o que el orden jurídico interno no sea en la práctica, un medio para que ese hecho no acarree la responsabilidad de su autor. Más aún, si el deber de prevención se conecta con la obligación emanada del artículo 2 de la misma Convención, la mera inadecuación del orden jurídico interno, cuando ha servido de marco para generar una violación de los derechos humanos o para dar pie a que la misma resulte impune, es por sí misma una violación del Derecho internacional.

La ejecución de la Convención Americana y la condición de los Estados partes como garantes de los derechos humanos, implican asimismo obligaciones que nacen *ipso jure* cuando una persona sometida a la jurisdicción de uno de dichos Estados ha resultado víctima de una violación a los derechos protegidos. Entre esas obligaciones está la de asegurar la reparación apropiada de los daños resultantes de la lesión, reparación que estará a cargo del estado mismo cuando la violación a los derechos humanos le resulte imputable según las reglas propias del Derecho internacional de los derechos humanos.

En ese contexto, la primera parte de este trabajo se dividirá en dos grupos de consideraciones. El primero de ellos estará referido al deber de adecuación del Derecho interno a la Convención, no sólo como un vehículo de ejecución del tratado, sino como una forma particular que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente de la Corte Inter-

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, cit. *supra*, párr. 175.

americana de Derechos Humanos, reviste el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (1). El segundo se referirá al deber de reparar las violaciones de los derechos humanos, con especial referencia al enfoque que le ha dado al tema la jurisprudencia de la misma Corte (2).

1. La adecuación del orden jurídico interno a la Convención

El tema de la adecuación del orden jurídico interno a la Convención requirió, en primer lugar, la clarificación de la naturaleza del contenido del aludido artículo 2 del tratado como una norma de naturaleza programática o como una *expresión del deber general, a cargo de los Estados partes, de ejecutar en el orden interno las disposiciones de la Convención*. Este fue el primer asunto abordado y resuelto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, a lo largo de los años, ha venido precisando y afinando esa temprana definición (A). La jurisprudencia ulterior ha avanzado incisivamente sobre el significado de dicho artículo 2, considerado reiteradamente como una pieza importante del *deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos* protegidos por la Convención, a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados partes (B). En mi opinión, está todavía pendiente de desarrollo otro importante asunto que no debe dissociarse del artículo 2 de la Convención ni de las obligaciones que, según el derecho internacional general, tienen los estados partes en la misma, como es la aplicabilidad de esas normas, como expresión de la regla general *pacta sunt servanda*, a la Convención en su conjunto, particularmente a su Segunda Parte, que reconoce implícitamente y define el contenido del *derecho a la protección internacional* del que es titular toda persona bajo la jurisdicción de los Estados americanos⁶. Este último asunto, aun cuando todavía no ha sido objeto de decisiones explícitas por parte de los órganos del sistema, será objeto de la atención del último grupo de reflexiones (C) del presente acápite.

A. El dilema inicial y su solución temprana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ya he recordado, al inicio de este trabajo, cómo en los primeros tiempos de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se planteó una posición según la cual el artículo 2 de la misma comportaba una obligación sólo exigible progresivamente, es decir, que se trataría de una disposición que dotaría a la Convención de una naturaleza programática: los Estados partes no quedarían inmediatamente obligados, según su artículo 1.1, “*a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*”; sino a adoptar “*las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”, de conformidad con el artículo 2 de la misma Convención⁷.

6. Este derecho tiene características particulares en el caso de los Miembros de la OEA que no son partes en el Pacto de San José; pero aunque en esos casos sea menos vigoroso, el derecho existe y puede ser ejercido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la Carta de la OEA y el Estatuto y el Reglamento de la misma Comisión.

7. Una discusión análoga se planteó a propósito del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (*supra*, nota 1), que planteaba el dilema sobre si las obligaciones que los Estados partes asumían eran

Tal interpretación de conjunto de los artículos 1.1 y 2 de la Convención es inaceptable y constituiría un flagrante desconocimiento de la regla fundamental contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual éstos deben “interpretarse de *buena fe*, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el *contexto* de éstos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*” (art. 31, énfasis añadidos).

La lectura de las dos disposiciones citadas indica claramente que los Estados partes se han comprometido a hacer efectivas de manera inmediata sus obligaciones de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención. El artículo 2 complementa el anterior, e indica un compromiso especial para materializar el deber de respeto y garantía de los derechos humanos, para el caso en que el Derecho interno de los Estados partes careciera de los instrumentos idóneos para dar cumplimiento a tales obligaciones. Como se ha indicado antes, el *respeto* se traduce a menudo, aunque no exclusivamente, en una obligación negativa (no violar el derecho), mientras que la *garantía* implica normalmente un quehacer positivo de los órganos del Estado⁸, que comprende la adopción de medidas legislativas o de otro carácter para la efectividad de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La pretensión de contraponer, como normas de contenido no complementario sino contradictorio, los artículos 1.1 y 2 de la Convención, habría conducido al absurdo resultado de concebir al artículo 2 como una suerte de cláusula exoneratoria de responsabilidad por toda violación a los derechos humanos, en toda situación en que dicha violación estuviera autorizada por el Derecho interno; es decir, se exoneraría al Estado de las consecuencias de ignorar el artículo 1.1 por una causa exclusivamente imputable al mismo Estado, como sería la inexistencia en el ordenamiento interno de medios idóneos para dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Semejante conclusión no sólo sería frontalmente opuesta al Derecho consuetudinario que rige la responsabilidad internacional, sino que dejaría sin objeto a la Convención Americana, pues, al dejar a los Estados partes la posibilidad de determinar unilateralmente, a través de su Derecho interno, la medida de sus obligaciones, se privaría de toda seriedad a la voluntad de dichos Estados de obligarse mediante el tratado.

Lo mal fundamentado de una interpretación semejante se percibe, por lo demás, muy claramente en la Convención Americana. En efecto, dentro de los propósitos de dicha Convención está el de establecer un régimen de “*protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados Americanos*” (Preámbulo). Sería inconcebible que la exigibilidad de las

directamente exigibles, según lo indicaba el texto del párrafo 2.1; o si eran meramente programitas, con base en una lectura aislada del artículo 2.2. La mayoría abrumadora de la doctrina y la práctica del Comité de Derechos Humanos han coincidido desde el primer momento en que el artículo 2.1 impone a los Estados en el Pacto obligaciones inmediatamente exigibles, que no se limitan a una conducta meramente pasiva (a un *no hacer*), en el sentido de abstenerse de violar los derechos y libertades reconocidos por el tratado, sino que implican deberes de contenido positivo de parte de la administración y de los órganos legislativos, orientadas a garantizar la vigencia de los derechos protegidos, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida o la prohibición de la tortura. Únicamente el artículo 23.4 del Pacto (igualdad de derechos de los cónyuges), podría considerarse una disposición programática y no exigible *ipso jure*, sino sujeta a un desarrollo legislativo. Cf., NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, Kehl, Strasbourg, Arlington 1993, pp. 56-57 y 553-557.

8. Cf., FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 2ª edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1999, pp. 84 y 85.

obligaciones contraídas en función de esa protección tuviera que postergarse en espera de disposiciones de Derecho interno, puesto que es, precisamente, la insuficiencia de los recursos domésticos lo que explica y justifica la salvaguarda internacional.

Por otra parte, la interpretación que critico se apartaría enteramente del contexto de la Convención como tratado de protección de los derechos humanos, cuyo articulado proclama los derechos protegidos como inherentes a la persona y que le corresponden como tal. Los términos en que está redactada la Convención revelan que ella reconoce derechos cuyo contenido es definido como atributo actual de *toda persona*, o prohíbe ciertas situaciones a las que *nadie* puede verse sometido. ¿Cómo podría explicarse que el irrespeto a esas disposiciones pudiera quedar justificado por falta de mecanismos apropiados en el Derecho interno? Si ese fuera el caso, la Convención misma perdería su sentido.

Las anteriores reflexiones no obedecen a una mera especulación de hermenéutica jurídica, sino a un concepto que ha sido sostenido nada menos que por los Estados Unidos, con un alcance aún más devastador para la fuerza obligatoria de la Convención Americana. En efecto, en su momento, los Estados Unidos atribuyeron a la norma del artículo 2 de la Convención el sentido de considerarla como una disposición que desproveería de autoejecutividad a la Convención en su conjunto⁹. Semejante conclusión es absolutamente insostenible: a los argumentos ya expuestos debe agregarse que, en el peor de los casos, el efecto programático del artículo 2 sólo podría invocarse respecto de los derechos y libertades reconocidos en el tratado que no estuvieren ya garantizados por el Derecho interno. Serían esos derechos y no la Convención en su conjunto, los que no serían *self-executing*.

Semejante interpretación, por lo demás, conduciría a un resultado manifiestamente absurdo, como sería el de dar prácticamente por no escrito el artículo 1.1 de la Convención Americana, que es la piedra angular del tratado. Esta disposición, como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*establece el compromiso de los propios Estados Partes de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención y de 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción... En consecuencia, si por cualquier circunstancia... no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos'*"¹⁰.

Si el artículo 2 es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Convención, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que, a través de dichas disposiciones se

...recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice:

9. Así lo sostuvo la delegación norteamericana en la Conferencia Especializada donde se adoptó la Convención. Cf., Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos (OEA/Ser.K/XVI/1.2). (1973), pp. 146-147. Al enviar la Convención al Senado para su aprobación, el gobierno federal propuso una declaración interpretativa en ese sentido.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986*, serie A., n° 7, párr. 28.

*Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención*¹¹.

Este concepto ha sido reiterado por la Corte en repetidas ocasiones:

*...en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas. Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica*¹².

En sentencias precedentes, la Corte ya había expresado, en efecto, el mismo concepto:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (principe allant de soi; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.L., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

*Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella*¹³.

Como ha sido destacado ya en la doctrina, los Estados partes en una convención sobre derechos humanos (como en muchas otra convenciones internacionales de diversa naturaleza), asumen *obligaciones legislativas*¹⁴, entre las cuales se encuentra, por ejemplo la de respetar la *reserva legal* en lo que respecta a las restricciones o limitaciones legítimas a los derechos humanos¹⁵. Dentro de este género de obligaciones está la de adecuar el Derecho interno a los tratados en materia de derechos humanos, particularmente para dar cumplimiento a lo explícitamente estipulado en los artículos 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta es una obligación *positiva*, que implica un *hacer* cuyo contenido es el de tomar las providencias legislativas adecuadas para garantizar la efectividad del tratado en el Derecho interno, lo cual aunque en cierto sentido admite que su cumplimiento

11. *Ibid.*, párr. 30.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantos (fondo)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr 59. Igualmente *Cf.*, Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, n° 73, párr. 87; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, Sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, n° 94, párr. 112.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Garrido y Baigorria, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, n° 39, párrs. 68-69. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, n° 72, párr. 179.

14. *Cf.*, CANÇADO TRINDADE, A.A., *Tratado do Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Sergio Antoni Fabris Editor, Porto Alegre 1999, pp. 134-146, en especial, p. 142.

15. *Cf.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" ... cit., supra.*

se complete en un plazo razonable, no puede ser postergado indefinidamente. Esto último violentaría el principio de la *buena fe* en la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales; y, por lo demás, nunca podría ser invocado como una exoneración por el defecto de garantía legislativa eficaz para los derechos protegidos, toda vez que, de conformidad con la regla consuetudinaria codificada en el artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una parte no puede invocar legítimamente su derecho interno como pretendida justificación por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales en Derecho internacional.

Se trata, entonces, de un tema que tiene que ver con la inserción del Derecho internacional en el Derecho interno o, incluso, con la autoejecutividad de esas convenciones¹⁶, pues hay Estados cuyo sistema jurídico no autoriza a los tribunales a sentenciar aplicando directamente una convención internacional (*medidas de otro carácter*), para garantizar los derechos internacionalmente protegidos, en ausencia de leyes domésticas que los incorporen al Derecho interno. Claro está, sin embargo, que mientras no se dicten esas leyes y el orden interno no permita la exigibilidad inmediata de la protección internacional, el Estado en cuestión estaría violando el Derecho de gentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con toda claridad respecto del carácter *self-executing* de la Convención Americana al afirmar que el sistema en ella consagrado “*está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo*”¹⁷.

Esa conclusión no excluye que ciertos derechos aparezcan concebidos para ser realizados progresivamente y que, en cierta forma, no sean exigibles de modo inmediato, como ocurre, por ejemplo, en la Convención Americana, con algunos de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya efectividad ha de lograrse a través de *providencias* que deberán adoptarse “*en la medida de los recursos disponibles*” (art. 26); o con el derecho de todo niño “*a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*” (art. 19).

Con todo, aun en los supuestos en que pueda invocarse que una disposición determinada de la Convención tiene naturaleza programática, esa circunstancia jamás autoriza al poder público para actuar en contra de su realización, pues ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “*permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*” (art. 29.a).

16. A favor del carácter *self-executing* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con argumentos válidos, en general, para el Derecho internacional de los derechos humanos, Cf., BUERGENTHAL, T., “El sistema interamericano para la protección de los derechos humanos” en *Anuario Jurídico Interamericano*, 1981, Washington D.C., 1982, en esp., pp. 124-127; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., “La convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno” en *7 Revista IIDH* (enero-junio, 1988), pp. 25-41; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos... cit.*, pp. 73-75; MONROY CABRA, M.G., “Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno” en *Derechos humanos en las Américas, in memoriam de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington, D.C. 1984, pp. 135-145. Cf., igualmente, para el sistema europeo, BUERGENTHAL, T., “The Effect of the European Convention on Human Rights and the Internal Law of Member States”, en *European Convention on Human Rights*, The British Institute of International and Comparative Law, London 1965, pp. 81-83; “Nuevo examen de la aplicación del Convenio europeo de derechos humanos en el orden jurídico interno” en *7 Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 1966.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación...*, cit., párr. 24.

Si esa fue la jurisprudencia de la Corte en la primera ocasión en que hubo de interpretar el artículo 2 de la Convención y su relación con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, la jurisprudencia posterior no se ha limitado a confirmar esa doctrina, sino que ha expresado un concepto aún más preciso y avanzado de la inserción del deber de adecuar del Derecho interno a las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos.

Se pasará entonces revista a la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del artículo 2 del Pacto de San José.

B. Concepto actual en la jurisprudencia de la Corte: el artículo 2 de la Convención como garantía de los derechos humanos

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que el respeto y garantía de los derechos humanos, tal como están concebidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana imponen a los Estados partes un conjunto de deberes entre los cuales cabe destacar: 1) la organización de los poderes públicos y del sistema jurídico interno en orden a la preservación de la integridad de los derechos humanos reconocidos en la Convención; 2) la prohibición de la utilización directa o indirecta de la función pública como medio para violar dichos derechos; 3) la consagración de recursos judiciales apropiados y eficaces para la protección de los derechos humanos; 4) la consagración de la ilicitud, dentro del Derecho interno, de todo acto atentatorio contra los mismos derechos humanos, cualquiera sea el agente que los lesione o menoscabe; 5) la investigación seria de toda situación que configure una lesión a los derechos protegidos, cualquiera sea su origen, y más aún si el mismo se presenta como desconocido; 6) el restablecimiento, en caso de violación, de la situación infringida, a través de la restauración, en cuanto quepa, del derecho o libertad conculcados y de la reparación, si es procedente, de las consecuencias de ese hecho ilícito; 7) la sanción, si cabe, contra los responsables, y 8) la adopción de medidas que, razonablemente, contribuyan a prevenir la repetición de hechos semejantes¹⁸.

La enumeración anterior pone de manifiesto cómo las obligaciones de *respeto* y *garantía de los derechos humanos*, en particular esta última, son de la esencia del Estado de derecho. El cumplimiento escrupuloso de esta obligación, que es un compromiso solemne con la dignidad humana como fundamento y razón de ser del Estado, comporta para éste un estándar de organización y funcionamiento del poder público, que queda condicionado al bien común y a las exigencias de la dignidad de la persona.

En ese contexto más amplio, la garantía que los Estados deben ofrecer al pleno disfrute y ejercicio de los derechos humanos no se agota con la enumeración de deberes extraída de la más temprana jurisprudencia de la Corte Interamericana. En efecto, si el artículo 2 del Pacto de San José se interpreta con arreglo estricto a las reglas sobre interpretación de los tratados¹⁹, establece, además de las obligaciones precedentes, otro

18. Se resume en este enunciado la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras sentencias de fondo, en las cuales examinó con detenimiento la naturaleza y alcance del artículo 1.1 de la Convención Americana: Caso *Velásquez Rodríguez*, *cit.*, párr. 166; también párrs. 164-177; Caso *Godínez Cruz*, *cit.*, párr. 175; también párrs. 173-188.

19. Según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, ya citado, éstos “interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

deber jurídico, indisociable de la garantía debida a los derechos humanos, como lo es la obligación de *adoptar disposiciones de Derecho interno* necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos.

Mediante una interpretación amplia de esta regla, la jurisprudencia de la Corte ha ido delimitando progresivamente su alcance. El artículo 2 no sólo obliga a los Estados partes a adoptar nuevas disposiciones de Derecho interno que doten de efectividad a la Convención en el orden doméstico; *están también obligados a suprimir toda norma o práctica* que resulte incompatible con los deberes asumidos según la misma Convención:

*El deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*²⁰.

Por otra parte, la adaptación del Derecho interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no se agota en la obligación (positiva) de dictar nuevas normas para poner en vigencia, dentro de la jurisdicción nacional, los derechos internacionalmente reconocidos; ni en la obligación (también positiva) de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos. También comporta, como es lógico, la obligación (negativa) o prohibición de dictar leyes contrarias al Derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha expresado:

*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. “También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos*²¹.

La sola expedición de una ley violatoria o incompatible con la Convención Americana, aunque la misma no sea aplicada, constituye, *per se*, una infracción del Derecho internacional, que compromete la responsabilidad del Estado, aun cuando sólo sea por la mera circunstancia de que considere lícita en el ámbito doméstico una agresión contra los derechos humanos proscrita por el Derecho internacional:

*La Corte concluye que la promulgación de una ley –manifiestamente- contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado*²².

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, n° 52, par. 207; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*... *cit.*, párr. 180. En el mismo sentido, sobre un caso concreto de violación del derecho a la libertad personal, *Cf.*, Corte I.D.H. Caso *Suárez Rosero*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, n° 35, párr. 99.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, párr. 26.

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 50.

*A fortiori, la Corte concluyó “que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley -manifiestamente- violatoria de la Convención, produce responsabilidad internacional para el Estado”*²³.

El principio sería, entonces que la sola promulgación y, con más razón, la aplicación de una ley violatoria de la Convención, es un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha agregado a este concepto el requisito de que se trate una ley “*manifiestamente violatoria de la Convención*”²⁴.

En mi opinión, esta última conclusión de la Corte es restrictiva respecto de las condiciones en las cuales un Estado es jurídicamente responsable por aplicar una ley incompatible con sus obligaciones internacionales, en general, y en materia de derechos humanos, muy en particular. Basta que la ley interna sea contraria a la Convención y que una persona bajo la jurisdicción de un Estado sufra una violación a sus derechos humanos por efecto de su aplicación para que el Estado sea internacionalmente responsable por esa infracción, según las reglas de Derecho internacional aplicable a la imputación al Estado de hechos cometidos por sus agentes o bajo la cobertura del poder público o del orden jurídico doméstico. En efecto, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado*” (art. 27.1). Esta regla de la Convención de Viena *-no hace distinción entre violaciones manifiestas o no del Derecho internacional por reglas de Derecho interno-*. Si la aplicación del Derecho interno resulta en una violación de los derechos humanos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado parte, es irrelevante que la contradicción entre el orden jurídico nacional y el internacional sea manifiesta: si los derechos internacionalmente protegidos fueron violados, el Estado incurre en responsabilidad, por ignorante que sea el agente de la violación de que, aplicando una ley interna, estaba violando una convención internacional sobre derechos humanos²⁵.

Por lo tanto, el deber de los Estados partes de adecuar su Derecho interno a la Convención Americana no sólo es exigible inmediatamente, sino que se integra y forma parte esencial del deber general de garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que deben los Estados a toda persona bajo su jurisdicción. En ese sentido, el artículo 2 de la Convención, no sólo es compatible con el artículo 1.1 de la misma, sino que expresa parcialmente el mismo principio que éste, refiriéndolo esta vez a la *obligación internacional de adecuar de inmediato el Derecho interno al régimen de protección estipulado en la misma Convención*.

23. *Ibíd.*, párr. 57.

24. *Ibíd.*, párrs. 50, 57 y 58.

25. La única circunstancia en que la violación *manifiesta* de Derecho interno puede tener relevancia sobre el valor de las obligaciones contraídas, está referida a la causal de nulidad de los tratados prevista en el artículo 46 de la misma Convención de Viena, cuando una convención es celebrada por una autoridad incompetente para ello, situación en la cual el tratado queda viciado de nulidad si el Derecho interno en materia de atribución de competencia ha sido violado y siempre “*que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno*”. Se entiende por violación manifiesta aquella que “*resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe*”.

C. El artículo 2 de la Convención y la garantía de la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos

En un aspecto, el artículo 2 es más restringido que el artículo 1.1, pues el primero se refiere a la garantía de los derechos humanos en términos generales, mientras que el segundo se refiere fundamentalmente a la *garantía legal* de los mismos o, con la expresión utilizada por Cançado Trindade, se trata de una *obligación legislativa* que han asumido los Estados Partes en la Convención, con el fin de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos que ella misma reconoce, a toda persona que esté bajo la jurisdicción de dichos Estados. Pero, desde otra óptica, el artículo 2 tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues, de acuerdo con la más recta interpretación, no debe entenderse restrictivamente, en el sentido de limitarse a abarcar la garantía de los derechos internacionalmente protegidos dentro del Derecho interno, sino que debe vincularse con el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones contraídas mediante la ratificación de la Convención, especialmente en lo que toca a la efectividad del sistema internacional de protección en el orden jurídico interno.

Un tema fundamental en esta materia no se refiere ya a los derechos protegidos explícitamente en la Parte I de la Convención sino a la efectividad que en el orden interno (cualquiera sea la rama del poder público afectado), tienen las recomendaciones, decisiones, resoluciones o sentencias de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, órganos que son objeto de la Parte II del Pacto de San José. Si las decisiones de los órganos creados para velar por el respeto a la Convención no son observadas por los Estados partes en la misma, el sistema de protección internacional quedaría privado de sentido en tanto tal. Los derechos reconocidos por la Convención ya se encuentran, en general, insertos dentro del ordenamiento constitucional de los Estados americanos. Por lo tanto, la relevancia del sistema establecido en la Convención radica principalmente en que ofrece a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, que no hayan podido obtener la garantía debida con los recursos que el orden interno proporciona, una instancia internacional a la cual acudir para obtener la protección que la jurisdicción doméstica le ha denegado.

La Convención consagra, implícitamente, el *derecho a la protección internacional de los derechos humanos*. El artículo 25 de la Convención reconoce, refiriéndolo al Derecho interno, el llamado *derecho a la protección judicial*, según el cual,

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...

Ese derecho tiene, en la dimensión internacional una expresión correlativa en la *actio popularis* para ejercer el *derecho de petición internacional*, con el que se desencadena el sistema de protección basado directamente en la Convención. Ese mecanismo, que fue durante mucho tiempo una particularidad única y sobresaliente del sistema interamericano de derechos humanos, destacada desde entonces, y todavía hoy, como un aporte regional a la protección internacional de los derechos humanos²⁶.

26. Cf., BUERGENTHAL, T., *The American and the European Conventions on Human Rights Similarities and Differences*, 30 Am.U.L.Rev (1980); del mismo autor: *International Human Rights*, West Publishing Co., St. Paul 1995, pp. 199-200; AGUILAR, A., "Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechos

El sistema de peticiones individuales es aplicable tanto a los estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como a los que no lo son. En relación con los primeros, el artículo 44 del Pacto de San José establece:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Respecto de los Estados que pertenecen a la OEA, pero no son partes en la Convención, el artículo 20 del Estatuto de la Comisión²⁷ expresa:

En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes:

a.- prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;

b.- examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;

c.- verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.

A los efectos de este trabajo, orientado especialmente hacia los Estados partes en la Convención Americana (pues se trata de analizar el efecto de sus artículos 1 y 2 sobre el resto del tratado), me limitaré a formular algunas observaciones sobre las implicaciones del artículo 44 antes citado.

El artículo 44 de la Convención es la expresión procesal de que el único y verdadero titular de los derechos protegidos por ese instrumento internacional es el ser humano²⁸. Esa titularidad debe ser la guía fundamental para la interpretación del Pacto de San José y para la formulación de la normativa secundaria -como los Reglamentos de la Comi-

humanos”, en *Derechos Humanos en las Américas, in memoriam de Carlos A. Dunshee De Abranches*, OEA, Washington, D.C. 1984, pp. 199-216; del mismo autor, “La protección de los derechos humanos en el ámbito regional”. *Revista de Derecho Público*, n° 3, Caracas julio-septiembre 1980; VASAX, K., “La Commission Interamericaine des Droits de l’Homme”, *LGDJ*, París 1968, pp. 46 y ss.; FROWEIN, J., *The European and American Conventions on Human Rights: A Comparaison 1 Hum. Rights L.J.* (1980); NIKKEN, P., *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, IIDH/Civitas, Madrid 1987, pp. 205-219; BUERGENTHAL, T., GROSSMAN, C. y NIKKEN, P., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, IIDH/EJV, San José/Caracas 1990, pp. 98 y 99; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales; cit...*, pp. 192-194.

27. Esta disposición reproduce, en lo esencial, la Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), que reformó el Estatuto de la Comisión (a pedido de ésta) y formalizó y autorizó la práctica de la CIDH, instaurada desde sus primeras sesiones, en el sentido de recibir y dar trámite a *comunicaciones* o *peticiones* individuales. Se estableció así un sistema de iniciativa individual para la denuncia de violaciones a los derechos humanos, aplicable a todos los miembros de la OEA, años antes de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

28. Cf., a este respecto, el importante estudio de CANÇADO TRINDADE, A.A., “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario (noviembre de 1999), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José 2001, pp. 3-68.

sión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos- encargada de desarrollar este derecho y de regular procesalmente la protección internacional de los derechos humanos.

Desde el momento en que la Convención Americana, inspirada en la práctica inveterada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconoció como regla general de procedimiento el derecho de petición individual para denunciar la violación de los derechos por ella protegidos, se abrió un campo formidable para el florecimiento de la personalidad jurídica internacional del ser humano²⁹. Tal como ha sido destacado, “no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, -la piedra angular del acceso de los individuos al mecanismo de protección de la Convención Americana-”³⁰. (Énfasis añadido).

Siguiendo ese concepto se han producido las últimas reformas a los Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Según las normas procesales vigentes de la Comisión, el peticionario tiene derecho, en principio, a que, en el trámite de su caso, se agoten todos los mecanismos de protección previstos en la Convención. Por lo tanto, sólo a título excepcional podría impedirse que sea sometido a la consideración de la Corte un caso en el que la CIDH concluya que el tratado ha sido violado³¹, según lo dispone el artículo 44.1 del reglamento de la Comisión:

Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

En cuanto a la Corte, el artículo 35.1.e de su Reglamento, ordena a la Secretaría que se notifique a la presunta víctima de la introducción de la demanda por parte de la CIDH. A su vez, el párrafo 4 del mismo artículo establece:

Notificada la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, estos dispondrán de un plazo de 30 días para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas.

Por lo tanto, una vez introducida la demanda (actuación que, según la Convención, es monopolio de los Estados partes y de la CIDH), el ser humano individual puede ejercer plenamente su derecho a ser parte plena, con total autonomía, en el proceso ante la Corte.

29. Hace apenas quince años abordé el asunto con optimismo, pero reconociendo que aún se estaba en una fase de aproximación, que no había cristalizado como ocurre en el presente. Cf., *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo...cit.*, pp. 65 y ss.

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Pietruzzi y otros Excepciones Preliminares*, Sentencia del 4 de septiembre de 1998, serie C, n° 41, voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, A.A., párr. 3.

31. En mi opinión, incluso cuando la CIDH concluye que no hubo violación de la Convención, si la víctima manifiesta su aspiración a que el caso sea sometido a la Corte, la CIDH debería introducir a la instancia: el recurso a la Corte es un medio de protección de los derechos humanos y no un derecho procesal de la CIDH. Las razones para denegar el acceso a la Corte de estos casos, deberían estar sometidos a la misma regla del artículo 44.1: *decisión fundada de la mayoría de los miembros de la Comisión.*

De esta manera, a partir de la cuestión conceptual según la cual el titular subjetivo de los derechos humanos es la persona y nadie más; de la formulación procesal del artículo 44 de la Convención; y del sistema general de protección dispuesto en la Parte II del tratado, los Reglamentos de la Comisión y de la Corte han desarrollado con progresiva claridad un derecho autónomo, establecido y regulado en la misma Convención y en los citados Reglamentos: *el derecho a la protección internacional de los derechos humanos*.

Ahora bien, este derecho, como cualquier otro, debe ser *efectivo*, y debe estar sometido a los mismos deberes de *respeto y garantía* que pauta el artículo 1.1 e la Convención, para su libre y pleno ejercicio. Por lo mismo, ese derecho comporta nuevos deberes para los Estados, como lo es, en primer lugar el deber (negativo) o prohibición de establecer obstáculos para el acceso de la persona a la protección internacional³².

Los derechos de las víctimas presuntas, así como los deberes del Estado, no se agotan en el acceso a la protección internacional, sino que comprenden *su efectividad*, sin la cual el sistema internacional de salvaguarda de los derechos humanos carecería de *efecto útil*. Por lo tanto, las decisiones tutelares de los órganos internacionales de protección son de obligatorio cumplimiento para los Estados partes, los cuales, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, deberán adoptar las *disposiciones legislativas o de otro carácter* necesarias para ponerlas en práctica, en la medida en que tales mecanismos no existan en el Derecho interno³³.

Por otra parte, no debe olvidarse que la Corte Interamericana ha interpretado el artículo 2 de la Convención de manera general y ha dejado claro, que un Estado parte *en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole; y que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas*³⁴.

Por consiguiente, los Estados partes en la Convención Americana están obligados a adoptar las disposiciones legislativas y de otro carácter necesarias para dotar de efectividad en el orden interno a *todos los compromisos asumidos al ratificar el tratado y reconocer la competencia de los órganos de protección en él previstos*.

Es en este terreno donde se han revelado las carencias más importantes de la operación del sistema interamericano de derechos humanos. No es el propósito de este trabajo detenerse en este punto, cuya gravedad e importancia no pueden, empero, dejar de

32. Cf., FAÚNDEZ LEDESMA, H., *cit.*, p. 192; y voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, ya citado, en el Caso *Castillo Petruzzi*.

33. El artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, reconoce el derecho de toda persona a *dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos*, es decir, el derecho de petición y acceso a la protección internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la misma norma, en lo que hace a la *efectividad* de dicha protección, el mismo artículo remite a normas secundarias, prescribiendo que *el Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales...* El carácter autoejecutivo (*self-executing*) que se reconoce a los tratados en el ordenamiento constitucional venezolano, puede ser una base para la ejecución en el orden interno de las decisiones de los órganos internacionales de protección. Sin embargo, hay que reconocer que esa base puede revelarse insuficiente en numerosos casos.

34. V., notas 11, 12 y 13.

subrayarse. Basta destacar que en los trabajos emprendidos dentro del seno de la OEA, así como en la Cumbre Hemisférica de Québec, el estudio de las reformas tendientes a mejorar el sistema regional de derechos humanos ha puesto de relieve que, antes que las reformas en cuanto innovaciones institucionales, habría que ocuparse de mejorar el funcionamiento de las instituciones existentes, lo que comienza por el respeto y acatamiento que deben merecer a los Estados partes en la Convención las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos³⁵.

Las sentencias de la Corte, más allá de ninguna discusión, son de obligatorio cumplimiento para los Estados sometidos a su jurisdicción en un caso contencioso. Así lo estipula el artículo 68 de la Convención:

1.- *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

2.- *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.*

Esta disposición debe interpretarse en su más amplio sentido, pues no debe restringirse sólo a la sentencia sobre el fondo del caso sino a todas las sentencias, resoluciones y demás providencias que en el curso del proceso adopte el tribunal en particular a aquellas que se refieren las excepciones preliminares, a reparaciones o a la ejecución de la sentencia, así como a las medidas provisionales que la Corte ordene de conformidad con el artículo 63.2 de la Convención.

Sin embargo, la única previsión sobre ejecución de sentencias que contiene la Convención es la relativa a la indemnización compensatoria que pudiere acordar la sentencia. Esto resulta a todas luces insuficiente, pues numerosas providencias judiciales están referidas a actuaciones a las cuales debe proveer el Estado al cual está dirigida la sentencia y que no implican el pago de una indemnización. Por lo demás, es frecuente que el Derecho interno de numerosos países latinoamericanos establezca el llamado *privilegio fiscal*, que impide la ejecución forzosa de las sentencias de los Tribunales internos contra el Estado, hipótesis en la cual, incluso las sentencias de la Corte Interamericana que ordenen el pago de una indemnización compensatoria estarían desprovistas de fuerza ejecutoria real en la jurisdicción nacional.

Claro está, en los países en que exista el aludido *privilegio fiscal* se requiere de una adecuación del Derecho interno a la Convención, para que semejante privilegio no pueda ser invocado para oponerse a la ejecución de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo demás, en mi opinión, el llamado *privilegio fiscal* violenta el derecho al debido proceso de quien litiga contra el Estado u otras entidades que disfruten del susodicho privilegio, el cual atenta, además, contra los derechos a la

35. El asunto fue objeto de detenido estudio en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, en especial durante los años 1999 a 2001, en un debate abierto a los órganos del Sistema y a la sociedad civil. Las conclusiones de dichos trabajos fueron transmitidos al Consejo Permanente y, por éste, al XXI Período de Sesiones de la Asamblea General, que tuvo lugar en San José, Costa Rica, en junio de 2001 (CP/CAJP-/01). Con base en dicho informe, la Asamblea General adoptó una resolución sobre *Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento* (OEA/Ser.P AG/RES. 1828 (XXXI-O/01) 5 junio 2001). Esta resolución, aunque tomó nota de la importancia de la efectividad de las decisiones de la Comisión y de la Corte, sólo tuvo tímidas expresiones para que los órganos políticos de la OEA cumplan un papel efectivo en “el cumplimiento de las decisiones de la Corte y el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión”. Está todavía por verse cuál será el impacto real de esta información anual en el seno de los órganos políticos de la OEA.

igualdad ante la ley y la no discriminación. En virtud de esta odiosa ventaja, se sitúa a los particulares, en la práctica, en una posición de indefensión frente al Estado, al que se ofrece una ventaja procesal indebida de litigar sin riesgos.

En cuanto a la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte ha aclarado lo siguiente:

...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, *si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana* que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*”, por lo que, *-al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes-*.³⁶ (Las cursivas son de la Corte; los resaltados son añadidos).

Por lo tanto, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso, por lo demás nunca utilizado hasta el presente, que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la Comisión en aplicación del artículo 50 de la Convención, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

El hecho es que, en general, el Derecho interno de los Estados partes en la Convención, carece de mecanismos específicos para la ejecución forzosa de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o para el seguimiento y puesta en práctica de las recomendaciones de la Comisión³⁷.

En síntesis, los Estados partes en el Pacto de San José no sólo están obligados a respetar y garantizar los derechos explícitamente reconocidos en la Parte I del tratado. También están obligados a respetar y poner en práctica las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, en las áreas propias de su competencia

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, n° 33; párs 80 y 81.

37. Una excepción parcial a este cuadro viene dado por el Convenio de Sede entre la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito el 10 de septiembre de 1981 y ratificado por el Estado el 9 de septiembre de 1983. En los términos del artículo 27 de dicho Convenio, *las resoluciones de la Corte y, en su Caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la república, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses*. Asimismo, la Sala Cuarta (constitucional) de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de mayo de 1995 (Exp. 0421-S-90. n° 2313-95) estatuyó que, cuando un Gobierno solicita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre la compatibilidad de sus leyes internas con la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, la opinión de la Corte es vinculante y obligatoria para el gobierno que la solicitó, conclusión que, por razón de competencia del Tribunal de la cual emanó, sólo constriñe a Costa Rica. Costa Rica, en cambio, no ha considerado vinculantes las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al menos cuando ellas tienden a suspender la ejecución o a dejar sin efecto en fallo definitivamente firme, confirmado por la Corte suprema de Justicia. Tal fue la posición de Costa Rica en el trámite del caso *Mauricio Herrera y otros c. Costa Rica* (Caso del periódico *La Nación*) en la CIDH.

como órganos de protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano. Esta obligación de los Estados partes no es solamente una emanación de la recta aplicación de Derecho internacional general, sino que también cae dentro del supuesto de aplicación del artículo 2 de la Convención, que debe asegurar la efectividad en el orden interno del ejercicio del *derecho de petición* previsto en el artículo 44 de la misma; y del *derecho a la protección internacional de sus derechos humanos* en los términos que dicho tratado la establece y que los Reglamentos de la Comisión y de la Corte organizan. La efectividad de este derecho, particularmente por lo que toca al cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión y a la ejecución de las sentencias de la Corte en cada Estado parte, debe quedar garantizada por “*disposiciones legislativas o de otro carácter*”, tal como lo ordena el artículo 2 de la Convención Americana. Al fin y al cabo, la protección internacional de los derechos humanos perdería buena parte de su sentido si su efectividad no formara parte de la *garantía* del pleno y libre ejercicio de tales derechos.

Por lo tanto, cuando un Estado no pone en práctica las recomendaciones de la Comisión o las sentencias u otras providencias de la Corte de las cuales es destinatario, puede estar incurriendo en una *doble violación de la Convención Americana*. En primer lugar, la que resulta directamente de la inobservancia de lo decidido por los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos. Dicha inobservancia está referida, en el caso de la Comisión, a la violación de los deberes implícitos en el artículo 33 de la Convención, en concordancia con los artículos 52 y 111 de la Carta de la OEA; y, en el caso de la Corte, a la violación directa del artículo 68 de la misma Convención. En segundo lugar, si el Estado en cuestión no ha adoptado disposiciones legislativas o de otro carácter destinadas a dotar de efectividad, en el orden interno, a las decisiones o recomendaciones de la Comisión y las sentencias y demás providencias de la Corte, incurre también en una violación del artículo 2 de la Convención.

En conclusión, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la interpretación del artículo 2, en el contexto del derecho de petición ante los órganos del sistema, que implícitamente se reconoce a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados partes en la Convención Americana, dicho artículo 2 representa una pieza de significativa importancia para la *garantía de los derechos humanos* reconocidos por la misma Convención.

Dicha garantía implica, una vez más, cierto número de obligaciones a cargo de los Estados partes. Algunas de esas obligaciones son de contenido positivo, en el sentido de que implican *un hacer* por parte de los órganos del poder público; mientras que otras son negativas, en cuanto comportan *prohibiciones* que limitan la esfera de actuación legítima de dichos órganos. Quedan así comprendidas: 1) la obligación de *adoptar sin dilación disposiciones de Derecho interno* necesarias para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en la Convención; 2) la obligación de *suprimir toda norma o práctica* incompatible con los deberes que la Convención impone a los Estados partes; 3) la prohibición de dictar normas u otros actos, así como la de establecer prácticas violatorias de la Convención; 4) la prohibición de aplicar o dar cumplimiento a leyes u otras normas violatorias de la Convención³⁸; 5) la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter *necesarias para hacer efectivas las decisiones o recomendaciones de la Comisión y las sentencias y demás providencias de la Corte*.

38. Cf., FAÚNDEZ LEDESMA, H., *cit.* p. 75.

Estos deberes, junto con algunos de los que antes se han enunciado en conexión con el artículo 1 del Pacto de San José, se ubican dentro de la prevención de las violaciones de los derechos humanos, como un vehículo para proveer a la garantía de los mismos. Esta última, claro ésta, no se agota en la fase previa a la violación, sino que surge con todo vigor cuando tales derechos son lesionados, supuesto en el cual el Estado está en el deber de investigar los hechos, de establecer las responsabilidades que los mismos den lugar y a asegurar la adecuada reparación a la víctima. La inobservancia de estos deberes dentro de su jurisdicción se traduce en una violación de la Convención Americana, esto es, en un hecho ilícito internacional imputable al Estado concernido, que incurre, por lo tanto, en responsabilidad internacional. Entre las consecuencias que la responsabilidad internacional por violación del deber de respetar y garantizar los derechos humanos, destaca muy especialmente a *obligación de reparar* el daño causado. Este tema será someramente examinado en la segunda parte del primer capítulo de este trabajo.

2. El deber de reparar las violaciones de los derechos humanos

El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Esta norma convencional recoge, en el ámbito específico de los derechos humanos, una regla de Derecho universalmente aplicable a los supuestos en los que una persona sufre un daño como consecuencia de un hecho ilícito imputable a otra persona: el agente del daño debe repararlo. En el ámbito de la responsabilidad internacional en general, el deber de reparación está a cargo del Estado al que resulta imputable un hecho internacionalmente ilícito que ha causado un daño.

Se expresa así una regla de Derecho consuetudinario, que es la base de la teoría de la responsabilidad internacional: “*todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado compromete su responsabilidad internacional*”³⁹.

La jurisprudencia internacional ha recogido de manera inveterada el principio según el cual un Estado que incurre en responsabilidad internacional está obligado a reparar el daño causado por el hecho ilícito que se le imputó. La obligación de reparar es autónoma respecto de la violación originaria y su pleno cumplimiento, en principio, libera al Estado de las consecuencias de la responsabilidad internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera invariable, ha destacado que la obligación de reparar forma parte indisociable de los deberes asumidos por los

39. *Tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale*, Commission de Droit International, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats (*Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale*) en AGO, R., *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati...* cit., vol. II,1, p. 386. La Corte Internacional de Justicia, siguiendo la jurisprudencia invariable de la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha recogido el mismo principio: la violación de un compromiso internacional acarrea la obligación de repararlo en forma adecuada: *Reparation for injuries suffered in the service of United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1949, p. 184.

Estados Partes en la Convención y que expresa una regla general del Derecho internacional⁴⁰, según la cual “*toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*”⁴¹.

La extensión de la reparación también ha sido bien definida por la jurisprudencia internacional. La Corte Permanente de Justicia Internacional, a propósito de la reparación dentro del Derecho internacional general determinó lo siguiente:

...La reparación debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto. La *-restitución en especie-*, o, de no ser ésta posible, el pago de *-una cantidad correspondiente al valor que tendría la restitución en especie-*, y la concesión, caso de ser necesario, de una *-indemnización por daños-* por la pérdida sufrida *-si ésta no resulta cubierta por la restitución en especie o por el pago en lugar de ella-* *-esos son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnización debida por un acto contrario al Derecho internacional-*⁴².

Estos principios han sido acogidos en el antes citado artículo 63.1 de la Convención Americana, y han sido desarrollados, teniendo en cuenta las particularidades del Derecho internacional de los derechos humanos, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentados principios generales que deben dominar esta materia. La reparación comporta normalmente una indemnización y otros aspectos resarcitorios de naturaleza patrimonial. Pero, especialmente en materia de derechos humanos, la obligación de *reparar* debe ir más allá de lo meramente patrimonial y comportar ciertas actuaciones de carácter extrapatrimonial (como una *satisfacción* a la víctima o sus familiares); o legislativo (como la adecuación del Derecho interno a la convención, en los términos del artículo 2 de la misma); o administrativo (como la destitución de un funcionario); o judicial (como proseguir investigación judicial del hecho lesivo, como puede ocurrir con las desapariciones forzadas de personas)⁴³.

De una manera invariable, la Corte ha enfatizado que el artículo 63.1 expresa, dentro del ámbito específico de los derechos humanos una norma fundamental de la responsabilidad internacional. Al violar una norma jurídica internacional y causar con ello un perjuicio, el Estado infractor debe soportar las consecuencias del hecho ilícito, que consisten, en estos casos, en el deber de reparar las consecuencias lesivas del ilícito

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, *Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie C, n° 7, párr. 25; Caso *Godínez Cruz*, *Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie C, n° 8, párr. 23; Caso *El Amparo*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C, n° 28, párr. 14; Caso *Neira Alegria y otros*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de septiembre de 1996, serie C, n° 29, párr. 36; Caso *Caballero Delgado y Santana*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia 29 de enero de 1997, serie C, n° 31, párr. 15; Caso *Garrido y Baigorria*, *Reparaciones*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 40.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Niños de la Calle*, (Caso *Villagrán Morales y otros*), Sentencia de Reparaciones del 26 de mayo de 2001, párr. 59.

42. *Affaire de l'usine de Chorzów*, *fond*, Arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I., serie A, n° 17, p. 47.

43. *Cf.*, A este respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, *cit.*, párr. 181; Caso *Godínez Cruz*, *cit.*, párr. 181. Más explícitamente, Caso *Velásquez Rodríguez*, *Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989 (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie C, n° 7; párrs. 32-36; Caso *Godínez Cruz*, *Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989 (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie C, n° 8; párrs. 30-34.

internacional y, en su caso, de poner cese de inmediato a la actuación contraria a Derecho que le es imputable:

Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana contiene una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De acuerdo con ello, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la mencionada violación⁴⁴.

En su jurisprudencia reciente, la Corte ha subrayado que la reparación no puede separarse del contexto del caso concreto en el cual se ha producido la violación de los derechos humanos y que, por lo tanto, su contenido puede variar de acuerdo con las circunstancias:

-La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida-: podrá consistir en la restitutio in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 189; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 199; Caso Aloboetoe y otros, Reparaciones, ..., párr. 46; Caso El Amparo, Reparaciones, ..., párr. 16 y Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, ..., párr. 17). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos⁴⁵.

En cuanto a la reparación, la Corte ha afirmado el principio generalmente aceptado en el Derecho internacional, que ella debe procurar la *restitutio in integrum* y que el daño moral es indemnizable:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.

En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad⁴⁶.

Como una materia de principio general, la Corte precisó que el artículo 63.1 debe interpretarse conforme al Derecho internacional y no al Derecho interno:

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantos (fondo)*,...cit., párr. 67. En el mismo sentido, Caso *del Caracazo*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 29 de agosto de 2002, serie C, n° 95, párr. 76; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, Sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, n° 94, párr. 202; y Caso *Trujillo Oroza*, Reparaciones, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de febrero de 2002, serie C, n° 92, párr. 60.

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Garrido y Baigorria*, Reparaciones, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 41.

46. Caso *Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, cit., párrs. 26 y 27; Caso *Godínez Cruz*, Indemnización Compensatoria, cit., párrs 24 y 25.

Ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo.

Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia⁴⁷.

Estas reglas generales, con matices y atenuaciones en algunos casos han servido como directriz a la Corte para el cálculo de las indemnizaciones debidas por los Estados declarados responsables de haber violado la Convención en perjuicio de cualquier persona bajo su jurisdicción.

Este trabajo no pretende abordar *in extenso* el tema de la reparación conforme al artículo 63.1 del Pacto de San José, que presenta complejidades cuyo examen exhaustivo desbordaría el propósito del mismo. Me limitaré por tanto, a pasar revista, de manera sumaria, al contenido de la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos, teniendo presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La reparación del daño en forma específica, es el que procura *borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto*. Como se destacó antes, este es el concepto prioritario en materia de reparación según el Derecho internacional general; y cobra especial relevancia y vigor en el ámbito de la garantía de los derechos humanos, dada la naturaleza del bien lesionado, que es un derecho *inherente a la dignidad de la persona humana*.

De manera subsidiaria y complementaria, se debe una justa indemnización por los perjuicios que no pueden ser restituidos en forma específica. Por último, también es indemnizable el daño moral, o, como la Corte Interamericana ha precisado mejor en su terminología, los *daños inmateriales*.

Se examinarán entonces, sucesivamente, las siguientes cuestiones: (A) la reparación de la violación a los derechos humanos en forma específica; (B) la reparación por equivalente o indemnización; y (C) la reparación de los daños inmateriales. A estos tres aspectos se agregará un breve comentario sobre una forma particular de reparación inmaterial, normalmente apropiada sólo para los daños inmateriales, como los es la *satisfacción* (D).

A. La reparación de las violaciones a los derechos humanos en forma específica: restitución material

En Derecho internacional general, la primera obligación de un Estado que ha incurrido en un hecho ilícito, consiste en poner cese de inmediato a la violación⁴⁸. En la Con-

47. Caso *Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, *cit.*, párrs. 30 y 31; Caso *Godínez Cruz*, Indemnización Compensatoria, *cit.*, párrs 28y 29.

48. *Cf.*, ZEMANEK, K., "La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites" en *Responsabilité internationale*, Pedone, París 1987, p. 65. El autor cita el artículo 6 del Segundo Informe de Riphagen a la Comisión de Derecho Internacional: *El Estado lesionado puede exigir al Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito: a) que ponga cese a ese hecho, que libere a las personas y restituya los objetos que están en su poder y que impida que los efectos de tal hecho se prolonguen*.

vención Americana, este deber es el fundamento de la competencia de la Corte para disponer “*que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados*”. (Art. 63.1). En este sentido, la reparación “*está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida*”⁴⁹. La reparación *en especie*, consiste, por lo tanto, en borrar las consecuencias de la violación de la Convención *en perjuicio de la víctima* y en restituirla en el pleno ejercicio de sus derechos y libertades.

Las medidas que puede adoptar la Corte siempre dependerán, en primer término, de la posibilidad material de revertir la lesión (lo cual es imposible cuando se ha violado, por ejemplo, el derecho a la vida o a la integridad física, pues no es posible devolver la vida a la víctima ni borrar los efectos o poner cese a una tortura ya infligida); y, en segundo lugar, del derecho o libertad conculcados. A título de ejemplo, la Corte ha decidido que un proceso judicial realizado violentando las prescripciones de la Convención, debe ser invalidado y el caso debe ser reabierto en los tribunales nacionales. La Corte ha resuelto que,

*-declara la invalidez-, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez-y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal*⁵⁰.

Asimismo, en un caso de violación del derecho a la libertad personal y al debido proceso, la Corte ha ordenado que el Estado ponga en libertad a la víctima, de acuerdo con su Derecho interno, en un *plazo razonable*:

*Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención, y especialmente de la prohibición de doble enjuiciamiento, en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo y, por aplicación del artículo anteriormente transcrito, la Corte considera que el Estado del Perú debe, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable*⁵¹.

En caso de que la Corte encuentre que la violación de la Convención se origina en la incompatibilidad entre disposiciones de Derecho interno y la Convención, la Corte ha ordenado la inmediata adecuación de aquél, aun en el caso de que se trate de normas internas de rango constitucional. En el caso *La Última Tentación de Cristo*, normas de la Constitución chilena sobre censura resultaban incompatibles con la Convención y la Corte estableció:

Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que -el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa-, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película La Última Tentación de Cristo, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apro-

49. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones...* cit., párr. 43.

50. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n° 52, párr 226 (13).

51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Loayza Tamayo*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, n° 33, párr. 84.

*piadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención*⁵².

La Corte ha delimitado también casos en los cuales la plena restitución no es posible de inmediato, caso en el cual subsiste como un deber permanente a cargo del Estado, que no se libera de él hasta reparar efectivamente el daño. Tal ha sido el caso de ciertas violaciones continuadas, particularmente de la desaparición forzada de personas, por lo que hace al *derecho a la verdad* de los familiares de los desaparecidos y del cuerpo social en general. En sus primeras sentencias contenciosas la Corte expresó:

*El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance*⁵³.

La Corte regresó sobre el tema en sus sentencias sobre reparaciones en esos mismos casos:

*Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento*⁵⁴.

En todos los ejemplos citados, la reparación tiende a lograr la plena *restitución* del derecho o libertad conculcados. Sin embargo, normalmente, la cesación de la violación no es suficiente para obtener la plena reparación de la lesión sufrida por la víctima. Por otra parte, la restitución así entendida puede, en ciertas condiciones, desbordar en sus efectos a la esfera de la víctima y repercutir de una manera general sobre el deber de garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a *todas las personas* bajo la jurisdicción del Estado condenado.

A propósito de este último aspecto, la jurisprudencia de la corte ha establecido una distinción entre el resarcimiento debido a la víctima y las consecuencias generales de la violación de la Convención:

La obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación. La razón de esta diferencia se manifiesta en lo siguiente: "la reparación prevista en el artículo 63.1, tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados". Dado que se trata de una medida dirigida a reparar una situación personal, el afectado puede renunciar a ella. Así, la Corte no podría oponerse a que una persona víctima de una violación de derechos humanos, particularmente si es un mayor de edad, renuncie a la indemnización que le es debida. En cambio, aún cuando el particular damnificado perdona al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. "La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito"

52. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de Febrero de 2001, serie C, n° 73, párrs. 97 y 98.

53. Caso *Velásquez Rodríguez (fondo)*..., cit., párr. 181; Caso *Godínez Cruz (fondo)*..., cit., párr. 191.

54. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria*..., cit., párr. 35; Caso *Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria*...cit., párr 33.

*cito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención*⁵⁵.

Debe tenerse presente además que, en general, una vez producida la violación de los derechos protegidos por la Convención, la sola cesación de los efectos del acto lesivo no constituye una reparación íntegra la lesión padecida por la víctima, porque no es posible desvanecer retroactivamente los daños infligidos hasta el momento en que dicha cesación se hace efectiva (el tiempo de privación ilegítima de libertad o las consecuencias ya pasadas de un acto del poder público en aplicación de una ley incompatible con la Convención, por ejemplo). Por esa razón, la reparación *in natura* normalmente debe ser complementada con medidas de reparación adicionales. Algunas de ellas tienden a la garantía *ex post facto*, las cuales, a su vez, pueden estar orientadas a la reparación integral debida a la víctima y tienen como objeto principal dar una respuesta apropiada a la violación a los derechos de ésta, tal como ocurre con la obligación de investigar los hechos y de sancionar, en cuanto fuere menester, a los responsables de éstos.

También cabe agrupar bajo esta categoría a las medidas tendientes a evitar la repetición de hechos semejantes. La prevención, como se ha destacado antes en este trabajo, forma parte del deber general de garantía de los derechos humanos a cargo de los Estados partes en la Convención Americana. Esa obligación de carácter general puede ser objeto de una resolución, *también de efectos generales*, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *en la ocasión de sentenciar un caso particular*. Por ejemplo, en el *Caso del Caracazo*, donde se evidenciaron excesos represivos producto de prácticas precedentes y de la estructura de los cuerpos de seguridad, la Corte estatuyó lo siguiente:

*Las características de los hechos de este caso, revelan que los cuerpos armados y los organismos de seguridad del Estado “no estaban preparados para encarar situaciones de perturbación del orden público mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos. Es menester impedir a toda costa que vuelvan a repetirse las circunstancias descritas”. El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. No se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida. “Debe, asimismo, el Estado, ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos,” adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal*⁵⁶.

Este género de providencias judiciales tiene algo en común con aquéllas que se enderezan a ordenar la adecuación del Derecho interno a la Convención, con ocasión de una infracción individual producto de la aplicación particular de una norma doméstica incompatible con ésta. Se trata de sentencias que tienen un alcance general sobre la garantía debida a los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción del estado infrac-

55. Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones... cit., párr. 72.

56. Caso del Caracazo. Reparaciones... cit., párr. 127.

tor en el caso concreto. En ese sentido, aunque se procura reparar la lesión de la víctima en el caso concreto, la sentencia tiene efecto *erga omnes*, cuyo cumplimiento no se agota en el interés particular del reclamante, sino que toca a la naturaleza y alcance de las obligaciones contraídas por los Estados partes en la Convención⁵⁷.

En el otro extremo se sitúa el resarcimiento de la lesión que no pudo quedar cubierto por la reparación *in natura*. En tal supuesto es necesario acudir al pago de una indemnización que repare, *por equivalente*, o compense la parte de la lesión que no ha podido restablecerse con la restitución del derecho o libertad conculcados ni con las reparaciones *ex post facto*, pues se refieren a daños ya causados que no pueden borrarse retroactivamente. De conformidad con el antes anunciado orden de exposición de este trabajo, se pasa de inmediato a considerar dicho punto.

B. El pago de una justa indemnización

Dadas las características que normalmente reviste la violación de los derechos humanos, la *restitutio in integrum* no es siempre realizable a través del mero restablecimiento a la víctima en el goce del derecho o libertad lesionados. En ocasiones (la privación de la vida es el ejemplo más elocuente), el restablecimiento es imposible en lo absoluto, mientras que en otras ocasiones sólo lo es parcialmente. Es necesario entonces suplir el resarcimiento de los daños materiales (e inmateriales) no reparados por medio del pago de una *justa indemnización*.

En sus primeras sentencias sobre la materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la pauta que, con las adaptaciones y precisiones impuestas por cada caso concreto, han orientado de manera invariable su jurisprudencia:

*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo "y el pago de una indemnización como compensación por los daños" patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral*⁵⁸.

La indemnización es, en consecuencia, una *compensación* adicional al restablecimiento de la víctima (en la medida de lo posible) en el pleno goce del derecho o libertad conculcados. Como remedio a la imposibilidad del pleno restablecimiento, se compensa a la víctima (o, si fuera del caso, a sus familiares) por los daños experimentados y no reparados mediante la restitución *in natura*.

La Corte también estableció que, si se comprueba su cuantía, es indemnizable el daño emergente (que puede comprender, por ejemplo, los gastos hechos en la investigación de la suerte de las víctimas, tratamientos por lesiones, los resultados de una condena patrimonial impuesta en violación de la Convención, etc.)⁵⁹, lo mismo que el lucro cesante (que puede consistir en lo que la víctima fallecida dejó de percibir en lo que puede presumirse habría sido su vida útil en términos económicos, o los salarios que deje de

57. Cf., FAÚNDEZ LEDESMA, *cit.*, pp. 499 y 500.

58. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria...*, *cit.*, párr.26; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria...*, *cit.*, párr 24.

59. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria...*, *cit.*, párr.42; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria...*, *cit.*, párr 40.

percibir)⁶⁰. En cambio, el estado actual del Derecho internacional no autorizaría a condenar al Estado por concepto de daños y perjuicios punitivos⁶¹.

La indemnización debe ser *justa*. Esto implica que ella debe, en la medida de lo posible, cumplir un efecto de reparación de un daño, a través de su cuantificación en una suma determinada de dinero. Por la misma razón, la indemnización no debe exceder de la compensación, de modo que se traduzca en un lucro para la víctima o sus familiares, como ocurriría si excede lo necesario para reparar los daños y perjuicio experimentados por la víctima. La *“reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”*⁶².

Sin embargo, la Corte ha considerado en algunos casos que es relevante el hecho de que el Estado haya reconocido su responsabilidad para determinar el monto de la indemnización, en el sentido de disminuir el monto al cual se condena al Estado a pagar a la víctima o a sus familiares⁶³. No puedo compartir ese criterio, precisamente porque el propósito de la indemnización no es premiar o castigar al Estado o a la víctima, sino asegurar a ésta que el monto que recibe tenga, realmente un efecto compensatorio del daño resultante de la violación de sus derechos, para asegurar de ese modo que la reparación *in toto* se traduzca en la *restitutio in integrum* de la lesión. El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado toca a la *satisfacción* debida a las víctimas y sus familiares, es decir, al concepto amplio de *reparación* previsto en el artículo 63.1; y no al de *indemnización*, en sentido estricto, de todos los daños producidos la violación a los derechos humanos de la víctima.

La indemnización completa no se agota en los daños materiales, sino que comprende también el daño moral.

C. La indemnización del daño inmaterial

Como antes se ha expresado, la jurisprudencia de la Corte, desde sus primeras sentencias, ha afirmado la resarcibilidad del daño moral, el cual, en la evolución posterior de la misma jurisprudencia, ha sido denominado *daño inmaterial*, que es, sin duda, una expresión más amplia y comprensiva que la de daño moral, tradicionalmente empleada en el Derecho comparado de la responsabilidad civil.

Es normal que en el ámbito de los derechos humanos la cuestión del daño moral o inmaterial se plantee con singular importancia. En la violación de los derechos humanos están envueltos valores intangibles propios de los atributos inherentes a la dignidad de

60. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria...*, cit., párrs.47 y ss.; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria...cit.*, párrs 45 y ss.

61. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización compensatoria...*, cit., párr. 38; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria...cit.*, párr 36.

62. Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones...* cit., párr. 43; Caso *Castillo Paéz. Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C, n° 43, párr. 53.

63. Cf., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Aloeboetoe y Otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, serie C, n° 15, párr. 115; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *El Amparo. Reparaciones*. (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C, n° 28, párr. 34. No compartimos ese criterio, porque tal reconocimiento toca a la satisfacción debida a las víctimas y sus familiares, es decir, al concepto amplio de *reparación* previsto en el artículo 63.1, y no al de *indemnización* de todos los daños materiales y morales efecto de la violación a los derechos humanos de la víctima.

la persona. Cuando estos atributos son lesionados, no se produce tan sólo una pérdida patrimonial, susceptible de ser cuantificada con cierta precisión. Acarrea también una lesión profunda a la integridad del ser humano, a su autoestima, a la definición de su vida personal y familiar en el porvenir, a sus relaciones con la sociedad, a su equilibrio psíquico. Se trata, en definitiva, de un tipo de daño que comporta sufrimientos corporales y morales y que afecta valores intangibles de la personalidad.

La Corte no ha considerado necesario fundamentar la resarcibilidad del daño inmaterial. Lo ha vinculado con el sufrimiento humano y, desde sus primera sentencias ha mantenido invariablemente que “*su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad*”⁶⁴. En su jurisprudencia más reciente, la Corte ha expresado:

Dadas las graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los respectivos hechos causaron a las víctimas y que produjeron también sufrimientos a sus familiares, las alteraciones de las condiciones de existencia de las víctimas y sus familiares y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que les acarrearán a estos últimos, la Corte estima que debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales, - conforme a la equidad-.

*Los hechos del presente caso ocasionaron a las víctimas y a sus familiares diversos tipos de padecimientos físicos y psíquicos, dolor, angustia, miedo intenso, y frustración. La Corte estima que el daño causado por estos nocivos impactos sobre las personas de que se trata deben ser objeto de compensación, en equidad, de la manera que pasa a señalar*⁶⁵.

Es interesante destacar que, el daño moral no se limita a los sufrimientos infligidos por atentados contra la vida, seguridad, libertad o integridad de la persona, sino que pueden originarse en violaciones a otros derechos, como el debido proceso o el acceso a la justicia⁶⁶. La Corte ha planteado el tema de los daños causados al *proyecto de vida* de una persona, como ejemplo de daños inmateriales, pero no ha establecido todavía, de una manera expresa, una condena al pago de una indemnización por ese concepto⁶⁷.

Los daños inmateriales son, pues, indemnizables materialmente. A la inversa, existe igualmente un mecanismo resarcitorio inmaterial, especialmente aplicable a los daños inmateriales, al menos en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos, y que complementa la *restitutio in integrum*, que es la *satisfacción*.

D. La satisfacción como medio de reparación

La satisfacción tiene en general por objeto el reconocimiento del Estado de haber incurrido en un hecho internacionalmente ilícito, sin que tal reconocimiento esté necesariamente vinculado con el pago de una indemnización o de otra forma de reparación material. Junto con dicho reconocimiento, la satisfacción puede ser acompañada de una expresión de pesar por lo ocurrido y la presentación de las correspondientes excusas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que su sentencia condenatoria de un estado por haber violado la Convención puede representar a veces, en sí

64. Caso *Velásquez Rodríguez*. *Indemnización Compensatoria*, cit., párrs. 26 y 27; Caso *Godínez Cruz*. *Indemnización Compensatoria*, cit., párrs. 24 y 25.

65. Caso *del Caracazo*. *Reparaciones...* cit., párrs. 99 y 100.

66. *Ibíd.*, párr. 107.

67. Cf., FAÚNDEZ LEDESMA, cit., pp. 519-522.

misma, una satisfacción para las víctimas. Así ha ocurrido en su jurisprudencia más remota:

*Por lo demás, la Corte entiende que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 constituye, en sí misma, -una forma de reparación y satisfacción moral- de significación e importancia para los familiares de las víctimas*⁶⁸.

Ese mismo criterio ha sido confirmado, al menos en parte, por la jurisprudencia más reciente de la misma Corte:

*En cuanto a la solicitud de los representantes de los familiares de las víctimas y de la Comisión para que Colombia realice actos simbólicos como medidas de no repetición o de satisfacción, esta Corte considera que el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado constituye un aporte positivo al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana. Atendiendo al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado en lo que se refiere a este reclamo específico, -la presente Sentencia constituye per se una forma de reparación y satisfacción para los familiares de las víctimas-*⁶⁹.

En este último caso, la satisfacción no emanó únicamente del fallo de la Corte, sino del expreso reconocimiento de su responsabilidad por parte del Estado. Aun así, la Corte consideró que era necesaria una medida de satisfacción complementaria:

*Sin perjuicio de lo anterior, la Corte establece, como medida de satisfacción, que el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en un boletín de prensa de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas de Colombia, por una sola vez, la sentencia de fondo dictada por la Corte el 6 de diciembre de 2001 y de la presente sentencia el capítulo VI denominado Hechos y los puntos resolutivos 1 a 4*⁷⁰.

La satisfacción puede resultar también del efecto restitutivo comprendido en una sentencia de la Corte:

*La Corte, conforme a una constante jurisprudencia internacional, considera que la obtención de una Sentencia por parte de las víctimas, como culminación de un proceso que ampare sus pretensiones, es por sí misma una forma de satisfacción. En el caso sub judice, se trata de magistrados de un alto tribunal de justicia constitucional que fueron destituidos. Consta en el expediente que, el 17 de noviembre de 2000 (supra 26 y 56.30), mediante una resolución del Congreso, los magistrados fueron restituidos en sus funciones, es decir, por el propio órgano que los había removido de sus cargos. Dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial El Peruano. La Corte considera que esos hechos constituyen per se una reparación moral; igual reparación moral entraña la presente Sentencia*⁷¹.

En conclusión, el deber de garantía de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica algo más para el Estado que la cabal ejecución de las obligaciones que por dicho tratado ha contraído. Comprende también nuevos deberes en caso de que infrinja dichas obligaciones, en menoscabo de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción. Una de ellas es la de reparar las consecuencias de esa infracción.

68. Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria*, cit., párr. 36; Caso *Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria*, cit., párr. 34.

69. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Las Palmeras v. Colombia. Reparaciones*, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 74.

70. *Ibíd.*, párr. 75.

71. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*, Sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, n° 71; párr. 122.

Como ya se ha visto antes en esta primera parte, en un extremo de la obligación de garantía, cuando ésta involucra la reparación dispuesta u ordenada por un órgano de protección internacional de los derechos humanos, comprende que el Estado, en cumplimiento de la *obligación legislativa* que le impone el artículo 2 de la Convención, haya adoptado las medidas legislativas o de otro carácter para que la reparación ordenada como consecuencia de la protección internacional, pueda ser hecha efectiva en el ámbito de la jurisdicción doméstica. Ese cuadro, cuando se presenta, es una situación de máxima implicación del aparato estatal en la garantía debida a los derechos humanos y en la responsabilidad internacional que puede resultar en la frustración de esa garantía en perjuicio de una persona bajo la jurisdicción del Estado concernido. En ese sentido, la garantía en la jurisdicción interna de la reparación debida en virtud de la garantía internacional de los derechos humanos, se sitúa en las fronteras de la máxima exigencia al estado, al menos en lo que toca al más completo engranaje entre el sistema internacional de protección y el aparato estatal encargado de implementar las obligaciones internacionales contraídas en este ámbito.

No se agota allí, sin embargo, el recorrido que me he propuesto en el presente trabajo por contornos de la actividad ligada al Estado o sus intereses que pueden considerarse en los extremos o fronteras de sus deberes de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. Esos puntos extremos pueden aparecer también en una franja fronteriza entre la imputación al Estado, como un hecho propio, de una acción ejecutada directamente por un particular, por una parte; y la imputación de lo que inicialmente era un hecho de un particular, pero que no fue debidamente prevenido o reprimido por el Estado, por la otra. En el primer caso, el Estado puede ser considerado como el autor directo del hecho ilícito y estaríamos, por lo tanto, en el supuesto de que tal hecho se imputa al Estado como un incumplimiento del deber de *respetar* los derechos humanos; en el segundo, la imputación al Estado resulta de una omisión en la *garantía* debida a tales derechos.

En efecto, en principio, para que las consecuencias de una lesión a los derechos protegidos sea imputable al Estado, es necesario que se cumplan ciertas condiciones, como lo son que el hecho haya sido cometido por un agente u órgano del Estado; o que la infracción se haya apoyado en el uso de recursos que proporciona la función pública; o que obedezca a una falta de prevención; o que, incluso si ella ha sido cometida directamente por un particular o por un tercero desconocido, la acción lesiva no haya sido seriamente investigada y, en su caso, sancionada por el Estado.

La imputación al Estado de la acción de particulares o, en general, de personas que no proceden investidas de carácter oficial, representa un capítulo importante en la responsabilidad por violación a los derechos humanos, pues no es extraño que para cometer ciertos atentados, en procura de impunidad se recurra a la utilización de grupos paramilitares o de apariencia privada, pero que actúan por cuenta o interés del Estado (cualquiera sea el órgano o rama del poder público involucrados), o con su aquiescencia o estímulo.

Esta será la materia que se abordará en la segunda y última parte de este trabajo, conforme al orden de exposición que se anunció en las consideraciones preliminares del mismo.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS ACTUACIONES DE PERSONAS, GRUPOS O ENTIDADES NO INVESTIDOS FORMALMENTE DE FUNCIONES OFICIALES

La complejidad y la versatilidad del Estado en sus manejos no se agotan entre los extremos del irrespeto directo a los derechos humanos cometido por un funcionario u órgano del poder público; o la falta de garantía a dichos derechos. Pueden, en efecto, presentarse además otras posibilidades intermedias⁷². Una de ellas es la actividad de personas o grupos de personas que no tienen la condición formal de órganos del poder público, pero que actúan por cuenta de éstos, o bajo su cobertura, sus instrucciones, sus intereses, su financiamiento, su aquiescencia o su protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la imputabilidad al Estado por violaciones a los derechos protegidos en el Pacto de San José no se agota en aquellos actos que sean obra directa de los órganos del poder público, sino que *la responsabilidad del Estado puede quedar igualmente comprometida por actos atribuidos a particulares o a autores no identificados*, aunque no esté probado que actuaron por cuenta o interés del Estado, siempre que ésta haya omitido sus deberes en la prevención, investigación o represión de tales actos. Pero en estos casos la fuente de la imputabilidad por el acto lesivo no radicaría en *“ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”*⁷³.

Se plantean así dos extremos diferenciados en cuanto al ente que incurre directamente en la trasgresión a la Convención: por una parte estarían las actuaciones emanadas directamente de órganos formales del poder público; y, por la otra, los que puedan atribuirse a particulares e incluso a personas desconocidas. En el primer caso, la violación a la Convención sería imputable *ipso jure* al Estado, mientras que en el segundo la fuente de la imputabilidad es la falta de diligencia en la prevención, investigación, sanción (si procede) y reparación de la violación. Todo ello atañe directamente a la obligación de *garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*, más que al estricto deber de respetarlos.

El régimen jurídico aplicable a estos supuestos se origina en principios generales de la teoría de la responsabilidad, aplicables en primer término, en el ámbito del Derecho internacional general, a la responsabilidad internacional. Sus desarrollos más recientes, empero, han tenido lugar en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos, en el cual los órganos de protección han tenido que tramitar a menudo denuncias relacionadas con la acción de grupos encubiertos, que practican actividades represivas violatorias de derechos fundamentales, en nombre, por cuenta o con la aquiescencia del Estado. Es, lamentablemente, una práctica recurrente en el mundo contemporáneo, cuyo

72. Entre esas situaciones está la del funcionario putativo o de hecho, es decir, de la persona que, sin tener la correspondiente investidura, *de hecho ejerce una función pública*, esto es, una función que normalmente cumple un órgano del poder público. En estos casos, en el Derecho público interno, se aplica la teoría del *funcionario de hecho*, cuyos actos, en principio, producen efecto frente a los administrados que actúan de buena fe. Esa teoría resulta con mayor razón aplicable en el Derecho internacional, más aún en el campo de los derechos humanos, donde poco importa al interés de la víctima si la agresión a sus derechos se originó en un acto real o aparente de ejercicio de una función pública, siempre que se den los requisitos para considerar al agente como un funcionario de hecho. Ese supuesto no será abordado en este trabajo.

73. Caso *Velásquez Rodríguez*, cit. párr. 172; Caso *Godínez Cruz*, cit., párr. 182.

norte es asegurar la impunidad de los perpetradores de graves atentados contra la dignidad humana. En ese contexto, me referiré primero al tratamiento de estos supuestos dentro del Derecho internacional general (1), para después abordar el tema de las violaciones a los derechos humanos por agentes encubiertos del Estado o por grupos paramilitares o paragubernamentales (2).

1. El Estado internacionalmente responsable por la acción de personas que no actúan investidas de funciones oficiales

El tema ha sido considerado dentro del Derecho internacional general, particularmente dentro de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado, en la cual se ha planteado que dicha responsabilidad internacional puede quedar comprometida, no solamente por actos emanados directamente del Estado o de instituciones públicas, sino también de particulares, si actúan como funcionarios de hecho o si lo hacen *por cuenta del Estado o con su aquiescencia*.

En su *Tercer Informe sobre la Responsabilidad del Estado*, la Comisión de Derecho Internacional planteó el tema en los siguientes términos⁷⁴:

Se han tenido en cuenta, hasta este punto, a los fines de la atribución al Estado sujeto de Derecho internacional, las acciones u omisiones calificadas en el Derecho interno, como órganos de la administración estatal, o bien como órganos de instituciones públicas de carácter especial o territorial que, por sus propias funciones, completan las funciones de interés público a las cuales provee el Estado mismo. Dirijamos nuestra atención ahora hacia situaciones en las cuales se está en presencia de acciones u omisiones de personas que no revisten ninguna de las calificaciones indicadas y que, no obstante, vistas las condiciones en las cuales dichas acciones u omisiones han tenido lugar y los fines perseguidos, son también susceptibles de ser consideradas como -hechos de Estado- y de engendrar una responsabilidad internacional, si ellas constituyen el incumplimiento de una obligación internacional⁷⁵.

Después de analizar detenidamente la práctica y la jurisprudencia internacionales a este respecto, la Comisión de Derecho Internacional concluyó proponiendo la redacción del artículo 8 de la Convención que se aspiraba a adoptar:

Artículo 8. Atribución al Estado, sujeto de Derecho Internacional, de los hechos de particulares que ejercen de hecho funciones públicas o actúan de hecho por cuenta del Estado.

Es también considerado como un hecho del Estado en el plano del Derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que, aunque estén formalmente des-

74. Commission de Droit International. Troisième rapport sur la responsabilité des Etats (*Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale*) en AGO, R., *Scritti sulla responsabilità internazionale...* cit, p. 514

75. Traducción no oficial. El texto original dice: "186. On a tenu compte, jusqu'ici, aux fins de l'attribution à l'Etat sujet de droit international, des actions ou omissions des personnes qualifiées, en droit interne, d'organes de l'administration étatique, ou bien d'organes des institutions publiques de caractère spécial ou territorial qui, de par leurs propres fonctions, complètent les fonctions d'intérêt public auxquelles pourvoit directement l'Etat lui-même. Tournons maintenant le regard vers des situations où l'on est en présence d'actions ou omissions de personnes ne revêtant aucune des qualités indiquées et qui, néanmoins, vu les conditions dans lesquelles ces actions ou omissions ont été commises et les buts poursuivis, sont elles aussi susceptibles d'être considérées comme des faits de l'Etat et d'engendrer une responsabilité internationale si elles constituent l'occasion d'un manquement à une obligation internationale".

provistas, según el orden jurídico interno del Estado, de la condición de órganos de éste o de otra institución pública, ejercen de hecho funciones públicas o -actúan por cuenta del Estado-⁷⁶.

El problema, tal como se plantea en los citados textos, se refiere, bien a *funcionarios de hecho*, es decir, quienes *de facto* ejercen la actividad normalmente correspondiente a una función pública sin estar formalmente investidos de ella; bien a actos de personas o grupos de personas que, por la circunstancia de actuar *de hecho* por cuenta del Estado, incurren en un hecho ilícito internacional que resulta en una fuente de responsabilidad internacional frente a otro Estado, que ha sufrido el daño causado por dicho hecho ilícito.

Respecto de la primera situación existen ciertos ejemplos en la jurisprudencia arbitral, que no forman parte del objeto del presente trabajo⁷⁷, pues no presentan particularidades especiales respecto de las violaciones a los derechos humanos, en comparación con las cometidas por un funcionario público formalmente investido como tal. El otro supuesto ha dado origen a situaciones controversiales en las relaciones internacionales, y que han envuelto problemas relacionados con la irregularidad de lo que, en la práctica, equivalió a una extradición, como ocurrió con el caso *Eichmann*. Adolf Eichmann fue capturado en 1960 en Buenos Aires por un comando de nacionales israelitas, quienes lo trasladaron secretamente a Israel, donde fue juzgado por los crímenes de lesa humanidad que se le imputaban. Argentina reclamó a Israel la violación de su soberanía, a lo que este último respondió que la captura y traslado de Eichmann fueron resultado de la acción de un grupo de *voluntarios*. El 23 de junio de 1960 el Consejo de Seguridad, ante el cual el asunto fue planteado por el gobierno argentino, adoptó su resolución 138 (1960), mediante la cual llamó la atención sobre los peligros que comportaría la repetición de hechos semejantes y demandó del gobierno de Israel una reparación adecuada a la Argentina, conforme a la Carta de las Naciones Unidas y a las reglas del Derecho internacional. El asunto quedó zanjado mediante una declaración conjunta de los dos gobiernos del 3 de agosto de 1960, sin someterlo a arbitraje ni a arreglo judicial, de modo que los problemas jurídicos que se plantearon nunca fueron resueltos⁷⁸.

El caso se planteó jurídicamente ante la Corte Internacional de Justicia con ocasión de la toma, a fines de 1979, de las oficinas de la Embajada y el Consulado de los Estados Unidos en Teherán, así como de las oficinas consulares del mismo país en Tabriz y Shiraz. El asedio y posterior ocupación de las edificaciones mencionadas, así como la retención en condición de rehenes del personal diplomático y consular, fue perpetrado por una muchedumbre de estudiantes iraníes seguidores de la Revolución Islámica en-

76. *Ibid.*, pp. 526 y 527. Traducción no oficial. El texto original dice:

Article 8.- Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits des particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat.

Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement des personnes qui, quoique formellement dépourvues d'après l'ordre juridique interne de l'Etat de la qualité d'organes de celui-ci ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'Etat". (Énfasis añadido).

77. Por ejemplo, el Caso *Zafiro* (tripulación de un barco privado norteamericano, que actuaba, de hecho en operaciones de guerra naval). *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 6, pp. 160 y ss.

78. Cf., AGO, R., *Scritti sulla...*, cit. pp 521-523. Un asunto parecido se planteó en el Caso *Argoud*, uno de los jefes de la Organización Armada Secreta francesa, que fue secuestrado en Munich y transportado a París por un grupo de *desconocidos*, en 1963. Fue ubicado y arrestado por la policía francesa. Ante la reclamación del gobierno alemán, su contraparte francesa denegó categóricamente toda participación en el evento de Munich. El asunto también fue arreglado por la vía diplomática.

cabezada por el Ayatollah Khomeini. No eran agentes ni funcionarios públicos iraníes, ni pertenecían a ninguna organización integrada al aparato estatal de la República Islámica de Irán. La omisión en la protección debida a la sede diplomática y consular, de por sí, constituía un ilícito internacional, violatorio de normas convencionales y consuetudinarias de Derecho internacional relativo a las relaciones diplomáticas y consulares.

Pero, además, la conducta de los ocupantes de las instalaciones norteamericanas no podía desvincularse de la política del gobierno revolucionario de Irán, ni de las directrices, progresivamente más claras de su máximo líder, de aquiescencia primero, y de franco respaldo después, a la acción de los estudiantes revolucionarios, tanto en lo concerniente a la toma de las instalaciones diplomáticas y consulares norteamericanas, como a la retención en condición de rehenes del personal que trabajaba en dichas sedes.

Estados Unidos demandó a Irán por estos hechos ante la Corte Internacional de Justicia, la cual, entre otras cosas, concluyó estableciendo que:

La aprobación dada a estos hechos por el Ayatollah Khomeini y otros órganos del Estado de Irán, junto con la decisión de perpetuarlos, convirtieron la ocupación permanente de la Embajada y la detención persistente de los rehenes, en actos de ese Estado. “Los militantes, autores de la invasión y carceleros de los rehenes devinieron así agentes del Estado de Irán, por cuyos actos el propio Estado era internacionalmente responsable”⁷⁹. (Énfasis añadidos).

Como lo ha destacado el juez Carrillo Salcedo a propósito de este caso, “aunque los ataques hubieran sido llevados a cabo por militantes desprovistos de carácter oficial, habrían tenido éxito porque los edificios atacados no estaban suficientemente protegidos por las autoridades del Estado territorial”⁸⁰.

Frente a estas infracciones, la Corte Internacional de Justicia, en su Sentencia del 24 de mayo de 1980, *inter alia*, declaró:

Decide que la República Islámica de Irán, por la conducta que la Corte ha expuesto en esta Sentencia, ha violado en diversos aspectos, y está todavía violando, obligaciones que tiene contraídas frente a los Estados Unidos de América, de acuerdo con convenciones internacionales en vigor entre los dos países, así como bajo inveteradas reglas de Derecho internacional general⁸¹.

Decide que las violaciones de esas obligaciones comprometen la responsabilidad de la República Islámica de Irán frente a los Estados Unidos de América, de conformidad con el Derecho internacional⁸².

Se trata, claro está, de materias vinculadas con la teoría de la responsabilidad internacional en el Derecho internacional general, particularmente en lo que se refiere a la atribución al Estado de un determinado hecho ilícito, que como tal compromete su responsabilidad frente al Estado que ha sufrido el perjuicio resultante de dicho ilícito.

79. *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment of 24 May 1980. I.C.J. Reports, 1980, párr. 74. Traducción no oficial. El texto original dice: “*The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision of perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State. The militants, authors of the invasion and jailers of the hostages, had now become agents of the Iranian State for whose acts the State itself was internationally responsible*”. (Énfasis añadidos).

80. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 1991, p. 181.

81. Traducción no oficial. El texto original dice: “*Decides that the Islamic Republic of Iran, by the conduct which the Court has set out in this Judgment, has violated in several respects, and is still violating, obligations owed by it to the United States of America under international conventions in force between the two countries, as well as under long-established rules of general international law*”.

82. Traducción no oficial. El texto original dice: “*Decides that the violations of these obligations engage the responsibility of the Islamic Republic of Iran towards the United States of America under international law*”.

Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría jurídica, el problema se plantea en términos idénticos en el Derecho internacional de los derechos humanos, cuando se trata de establecer cuándo es imputable al Estado la violación de los derechos internacionalmente protegidos sin que haya podido comprobarse la intervención directa de un órgano o entidad, que de acuerdo con el orden jurídico interno se encuadre dentro de la organización jurídica del Estado. Se trata de situaciones en las cuales, dichas personas o grupos de personas, actuando directa o indirectamente por cuenta del Estado, pero contando con el estímulo, el apoyo, fomento, la tolerancia o, en general, la aquiescencia de éste, violan derechos humanos internacionalmente reconocidos y; particularmente como en el caso al que se refiere esta petición, cuando dichos actos perpetrados por tales grupos de personas violan derechos fundamentales que están bajo el régimen de protección internacional establecido por la Convención.

2. La violación de los derechos humanos por actos que interesan al Estado perpetrados por personas que no ostentan formalmente carácter oficial ni pretenden ejercer una función pública

En materia de derechos humanos es aún más claro y grave el problema teórico jurídico planteado cuando éstos son violados por personas que no afirman ninguna condición oficial, pero cuyos actos redundan en provecho de políticas que el Estado no puede asumir como propias legítimamente. Se trata, indefinitiva, de situaciones en que se violan los derechos humanos, a través de personas que son aparentemente particulares, pero que actúan por cuenta del mismo Estado y que son en realidad sus agentes interpuestos.

Estas situaciones suelen ser peores aún que las resultantes de funcionarios que asumen plenamente su condición y responsabilidad. Particularmente en los casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, ha sido práctica de gobiernos autoritarios o despóticos, recurrir a personas o grupos de personas que actúan con apariencia anónima pero por cuenta del Estado, bajo sus órdenes y su protección, para cometer graves y atroces violaciones a los derechos humanos, y de esta manera protegerse tras una impunidad que el propio Estado les proporciona. Esta es, en Latinoamérica, la historia del terrorismo de Estado con aspiración a crimen perfecto, al que tan firmemente ha combatido la comunidad democrática y los grupos de derechos humanos; y que con vigor, creatividad jurídica y eficacia han caracterizado en su ilegalidad la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Esa ha sido la situación más frecuente de los grupos de exterminio clandestinos, de los paramilitares, de la desaparición forzada de personas o de las ejecuciones extra judiciales.

Una manifestación elocuente de esta observación, en lo que toca a las violaciones de los derechos humanos, es el concepto de *desaparición forzada de personas* contenido en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, en cuyos términos:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En el mismo sentido, el artículo 3° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, expresa:

Serán responsables del delito de tortura:

a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b) *las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices. (Énfasis añadido).*

La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por su parte, ofrece numerosos ejemplos en los cuales se han considerado imputables al Estado y susceptibles de comprometer su responsabilidad internacional, actuaciones de personas o grupos de personas que, sin ser formalmente agentes o funcionarios del Estado, actuaban bajo las órdenes o por la cuenta de éste, o cuya actuación ha contado con la aprobación formal o con la aquiescencia del mismo Estado, a través de sus fuerzas de seguridad o de cualquiera de sus órganos.

En los llamados *Casos Hondureños (caso Velásquez Rodríguez y caso Godínez Cruz)*, entre los diversos fundamentos que tuvo la Corte para considerar que la desaparición forzada de la víctima había sido imputable al Estado hondureño y comprometía su responsabilidad, estuvo tener por probado:

Que en la República de Honduras, durante los años de 1981 a 1984, un número de personas, entre 100 y 150, desaparecieron sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener noticia alguna (*omissis*).

Que tales desapariciones tenían un patrón muy similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados que actuaban con aparente impunidad, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas (*omissis*).

Que la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección (*omissis*).

Que ese secuestro [de Manfredo Velásquez Rodríguez] fue llevado a cabo por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección (*omissis*)⁸³ (Énfasis añadidos).

De allí la Corte concluyó, *inter alia* que

*han sido probadas en el proceso: 1) "la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada" por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) la desaparición de Manfredo Velásquez "por obra o con la tolerancia" de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica*⁸⁴.

De acuerdo con los párrafos citados de dicha sentencia, para que la desaparición forzada de Manfredo Velásquez Rodríguez (como en el de Saúl Godínez Cruz) resultara un hecho imputable a Honduras y configurara una violación a la Convención de la cual dicho Estado fue declarado responsable, bastaba que la misma hubiera sido perpetrada, no tan sólo por funcionarios de los cuerpos de seguridad hondureños, sino también por otras personas que actuaban bajo sus órdenes, vale decir, por cuenta del Estado. Tampoco era estrictamente necesario para condenar a Honduras en ese caso, que la desaparición hubiera sido obra de las autoridades, sino que era suficiente que se tratara de un

83. Caso Velásquez Rodríguez... cit., párr. 147; Caso Godínez Cruz...cit., párr. 153.

84. Caso Velásquez Rodríguez... cit., párr. 148. En el mismo sentido, Caso Godínez Cruz...cit., párr. 156.

crimen perpetrado *con la tolerancia* de dichas autoridades, lo que equivale a equiparar las actuaciones de las autoridades formales del Estado con la de personas que no ostentan esa cualidad, pero que actúan *con la tolerancia o bajo las órdenes de dichas autoridades*.

La misma doctrina fue aplicada por la Corte años más tarde en el *Caso Blake* (Guatemala)⁸⁵. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó a la República de Guatemala por la desaparición y el homicidio del señor Nicholas Blake, ciudadano norteamericano, quien habría sido secuestrado y asesinado en Guatemala por agentes del Estado guatemalteco, *“miembros del Ejército y de las patrullas civiles; que los patrulleros civiles actuaron en coordinación directa con el personal militar y que había una dependencia institucional y participación directa de los agentes del Estado, tanto en la ejecución inicial del crimen como en las acciones para ocultar la desaparición forzada y favorecer una situación de impunidad”*⁸⁶.

En su defensa, Guatemala sostuvo *“que el señor Nicholas Blake no fue interceptado por ningún agente del Estado, llevado a un lugar de detención, ni sometido en éste a tratos crueles, infamantes, degradantes o torturas, y que no fue interrogado por autoridad alguna, ni desaparecido forzada o involuntariamente, o ejecutado por el Estado”*⁸⁷. Dentro de esa línea de argumentos, en vista de que entre los señalados como autores del secuestro y asesinato del señor Blake se encontraban integrantes de cuerpos paramilitares conocidos comúnmente como *patrullas civiles*, Guatemala adujo ante la Corte que rechazaba *“el argumento de que los integrantes de las patrullas civiles fueran agentes estatales y que hubiera responsabilidad del Estado con base en esa premisa. Agregó que las patrullas civiles eran organizaciones comunitarias voluntarias que se originaron en las áreas de conflicto y que se encontraban integradas por los pobladores de esas zonas con el propósito de defender sus vidas, las de sus familias y sus pertenencias contra la subversión. Señaló que era natural que dichas patrullas tuvieran vinculaciones estrechas con el Ejército en lo que respecta a la lucha contra la subversión, pero que eso no permite presumir que “sus integrantes pertene[cieran], o [tuvieran] iguales funciones que las Fuerzas Armadas y que [fueran] Agentes del Estado de Guatemala”*⁸⁸. (El énfasis es de la sentencia).

Asimismo el *“Estado manifestó que no otorgaba a los miembros de las patrullas remuneración alguna o beneficios de Seguridad Social como a las tropas regulares. Agregó que sus miembros no estaban sujetos a la disciplina militar e integraban las patrullas en su tiempo libre, cuando no estaban dedicados a sus propias labores”*⁸⁹.

Al analizar los alegatos y pruebas de la Comisión y las antes citadas defensas opuestas por la representación del Estado, la Corte concluyó lo siguiente:

Con fundamento en las pruebas examinadas y teniendo en cuenta los alegatos de las partes, la Corte considera probado que, en la época de los hechos relevantes del presente caso, *las patrullas civiles tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las*

85. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake Sentencia de 24 de enero de 1998*, serie C, n° 36. Este asunto fue objeto de cuatro decisiones de la Corte; sin embargo, para abreviar y por tratarse de la sentencia que expresó la doctrina a la que me refiero, en las sucesivas ocasiones en que se haga mención al *Caso Blake*, la misma estará referida al fallo del 24 de enero de 1998.

86. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake*, párr. 57.

87. *Ibíd.*, párr. 61.

88. *Ibíd.*, párr. 73.

89. *Ibíd.*, párr. 74.

funciones de las fuerzas armadas y, aún mas, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (supra párr. 52).

Esa relación institucional queda de manifiesto en el mismo decreto de creación de los Comités de Defensa Civil (CDC), así como en los Acuerdos de Paz de Guatemala de 1996 que, en este último caso, establecen que los CDC, “*incluyendo aquéllos que se desmovilizaron con anterioridad, -cesarán toda relación institucional- con el Ejército de Guatemala y no serán reconvertidos de manera que se restituya esta relación*” (subrayado no es del original) (Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, párr. 61.)

En consecuencia, *la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados*⁹⁰. (Énfasis añadidos)

Más recientemente aún, dentro del marco que le proporciona el artículo 63.2 de la Convención Americana, la Corte dictó *medidas provisionales*, para evitar daños irreparables a los integrantes de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), gravemente amenazada por los grupos armados irregulares conocidos como *paramilitares*. En ese contexto, la Corte dictó medidas cautelares, considerando, *inter alia*:

*Que, para tornar efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación, erga omnes, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Esto significa, a juicio de la Corte, que dicha obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza*⁹¹.

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la ocasión de analizar la imputabilidad al Estado de actuaciones de personas que actúan por cuenta de éste o con su tolerancia o aquiescencia, y que configuran violaciones a los derechos humanos reconocidos por la Convención. Se trata de situaciones que, lamentablemente, han presentado un carácter más o menos general y recurrente en América Latina, con diversas variantes. El hecho es que frecuentemente los Estados, y más concretamente sus cuerpos de seguridad, han utilizado como instrumentos de *guerra sucia* a grupos paramilitares, escuadrones de la muerte o, en general, grupos de personas que, sin ostentar formalmente condición oficial, han cometido crímenes contra los derechos humanos dentro del marco de una estrategia represiva o contrainsurgente promovida o tolerada por el Estado. Sobran los ejemplos. Los *ton ton macoutes*, en el Haití de Duvalier, las diversas expresiones de los escuadrones de la muerte en varios países de América Central; las llamadas *brigadas de la dignidad*, en el Panamá de Noriega; las llamadas *autodefensas* o cuerpos paramilitares de Colombia en estos mismos años, son apenas algunos de los ejemplos más patentes en América Latina de la utilización de personas, aparentemente desprovistas de la condición de agentes del Estado, para ejercer una acción política ilegal, presuntamente favorable al gobierno respectivo, y violar los derechos humanos reconocidos en la Convención.

En los tiempos más recientes, podría afirmarse que el ejemplo más dramático que se ha presentado en el hemisferio es el de los paramilitares colombianos (ya he citado el

90. *Ibid.*, párrs. 75, 76 y 78.

91. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Resolución de Medidas Provisionales del 24 de noviembre de 2000, considerando 11.

reciente caso de las medidas provisionales de la Corte a favor de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*). Este tema fue ampliamente analizado por la CIDH, tanto respecto a las actuaciones de dichos cuerpos como en su significación jurídica respecto del Estado colombiano, en su *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999)* (en adelante *Tercer Informe*)⁹².

En su origen, los paramilitares colombianos con el nombre oficial de *patrullas civiles*, actuaban bajo la cobertura legal del decreto N° 3398, aprobado bajo estado de emergencia en 1965; y más tarde convertido en legislación ordinaria por la ley N° 48 de 1968. A fines de los años setenta y en los ochenta, se fortalecieron los grupos paramilitares de autodefensa vinculados a los sectores económicos y políticos en las diferentes zonas del país. Estos grupos, patrocinados o aceptados por sectores de las Fuerzas Militares, buscaban defender los intereses de algunos individuos o grupos mediante la violencia, especialmente como reacción contra la desplegada en las zonas rurales del país⁹³. Los paramilitares tenían pues una motivación contrainsurgente. Como resultado de ello, establecieron lazos con el Ejército colombiano⁹⁴.

A fines de los años ochenta, los paramilitares fueron declarados formalmente ilegales, pero ello no impidió que continuaran actuando y fortaleciéndose progresivamente. La Comisión pudo verificar, “*basada en toda la información que ha recibido en relación con las violaciones de derechos humanos en Colombia, los informes del Ejército dejan de presentar una descripción adecuada y completa de la situación de derechos humanos en el país, debido a la evidente falta de atención a las violaciones cometidas por las fuerzas de seguridad y los paramilitares*”⁹⁵. (Énfasis añadido). La desidia del Ejército en atender e investigar las violaciones cometidas por los paramilitares implicaba, al menos, la anuencia con las actuaciones de dichos grupos.

En ese contexto, en su *Tercer Informe*, la Comisión afirmó de manera inequívoca la doctrina de la imputabilidad al Estado de las actuaciones de grupos de personas que incurren en actividades violatorias de los derechos humanos, actuando directa o indirectamente por cuenta de aquél o con su aprobación:

...en la medida en que miembros de estos grupos actúen como agentes estatales o asuman esta condición, o en la medida en que sus actividades ilícitas sean toleradas, perdonadas o aceptadas por el Estado, sus acciones pueden ser atribuibles al Estado colombiano y pueden comprometer la responsabilidad estatal frente a la comunidad internacional por violaciones a la Convención Americana y otros instrumentos de derechos humanos aplicables⁹⁶.

La Comisión está obligada a concluir que el Estado ha jugado un papel importante en el desarrollo de los grupos paramilitares y que no ha combatido adecuadamente estos grupos. *El Estado es por lo tanto responsable, de manera general, de la existencia de los grupos paramilitares y, por lo consiguiente, se le tendrá como responsable de las acciones llevadas a cabo por estos grupos*⁹⁷.

Puede entonces concluirse que, de acuerdo con el Derecho internacional general, incluida la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como con el Derecho Internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos del sistema

92. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999.

93. *Tercer Informe*, párr., 18.

94. *Ibid.*, párr. 19.

95. *Ibid.*, párr. 163.

96. *Ibid.*, párr. 234.

97. *Ibid.*, párr. 236.

interamericano de protección, que los actos de personas o grupos de personas, aunque estén formalmente desprovistos de la condición de autoridad como agentes del Estado, pero que al menos de hecho actúan por su cuenta, o con su estímulo, protección, tolerancia, apoyo o aprobación, son imputables al mismo Estado y comprometen su responsabilidad internacional, en la medida en que son actuaciones contrarias al Derecho internacional; y para los efectos que ahora nos interesan, violan los derechos humanos internacionalmente protegidos. En tales supuestos el Estado es reputado como *autor directo de la violación, que infringe su deber de respetar los derechos humanos de toda persona bajo su jurisdicción*.

Ya se ha recordado varias veces que no se agotan allí las situaciones en las que la responsabilidad del Estado pueda verse comprometida, con todas sus consecuencias, sin que haya quedado demostrado que el autor material del acto lesivo es un agente del poder público e incluso, tampoco ha podido probarse que actuaba por cuenta del mismo Estado o con su aprobación. El Estado puede ser declarado internacionalmente responsable, ya no por la lesión originaria sufrida por la víctima, sino por su omisión en investigarla y hacer efectiva la identificación del responsable; su punición, si corresponde; la reparación de los daños causados a la víctima; y las demás consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuya al hecho lesivo.

En estos casos, técnicamente la transgresión versa sobre el *deber de garantía* y no sobre el de respeto a los derechos humanos. Sin embargo, en la realidad, a veces es muy difícil, si no imposible, establecer que el estado es el autor intelectual de una violación a los derechos humanos ejecutada materialmente *interposita persona*, por aparentes grupos irregulares particulares. En tales situaciones, el establecimiento de que, por lo menos, el Estado incumplió con su deber de investigación, que atañe a la *garantía*, es la única herramienta técnico-jurídica para evitar que el *irrespeto*, premeditado a través de la actuación de grupos irregulares al servicio del Estado, quede completamente impune.

A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado expresamente:

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. "Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en

*cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado*⁹⁸”.

Se trata, de nuevo, de una zona limítrofe entre la infracción por defecto de respeto o defecto de la garantía apropiada a los derechos humanos. Las elaboraciones de técnica jurídica que sirven para discernir si se está frente a uno u otro supuesto no dejan de tener relevancia en diversas materias, como puede ser la del contenido y alcance de la obligación en todo caso a cargo del Estado de reparar las consecuencias de la lesión a los derechos humanos. Sin embargo, lo determinante es el establecimiento de la responsabilidad del estado por infringir la Convención. En ese sentido, el escrutinio que los órganos internacionales de protección tienen atribuido dentro de su respectiva esfera de competencia, debe penetrar haciendo una disección rigurosa entre los límites que impone el deber de respeto y aquéllos que dimanen del deber de garantía, para salir al paso a las sofisticadas maquinaciones detrás de las cuales sectores de la actividad pública, aun en Estados gobernados democráticamente, esconden aparatos y prácticas reñidas con el imperio del Derecho y la intangibilidad de los atributos inherentes a la dignidad humana.

IV. CONCLUSIÓN

Termina esta ya extensa exposición con dos reflexiones. La primera tiene que ver con la fijación de las fronteras de los deberes del Estado en materia de derechos humanos. Esos deberes, que pasaron por el reconocimiento previo de los derechos como inherentes a la dignidad de la persona humana, nunca habrían quedado establecidos sin las luchas sociales y las conmociones históricas que le han venido devolviendo al ser humano el lugar que nunca debió dejar de ocupar como sujeto primario de las relaciones internacionales y como ineludible referente axiológico del Estado.

El poder público, o más precisamente, las personas y grupos que lo detentan, invariablemente procuran estrechar la extensión de los límites de sus deberes en materia de derechos humanos. Por eso es necesario escudriñar continuamente sobre el contenido, sentido y razón de ser de esos deberes, que no son más que el vehículo para la plenitud de los derechos innatos de la persona. También es necesario determinar cómo, ya sea a través de conceptos restrictivos, ya sea a través de mecanismos más o menos ingeniosos, el poder tiende a sacudirse la ligazón incómoda que resulta de su obligación de respetar y servir a la gente. La dignidad humana impone que, sin desmayo, se defina *in extenso* el ámbito de la garantía estatal a los derechos humanos y que, al mismo tiempo, se cierren las vías para la inimputabilidad de los ilícitos contra la persona, concebidos o aprovechados por el mismo poder. En suma, la extensión de las fronteras de la protección internacional de los derechos humanos, apareja el recorte de las fronteras dentro de las cuales se instala y se mueve la impunidad.

Este trabajo también ha aspirado, en segundo término, hacer un bosquejo de lo que implica la reparación de los daños causados por la violación de los derechos humanos. He subrayado que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, esa reparación no debe ser un vehículo de lucro para la víctima, ni de empobrecimiento indebido para el responsable. Ello no quita, empero, que la reparación procure ser un medio idóneo para

98. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez...*, cit., párrs. 176 y 177; Caso *Godínez Cruz...*, cit. párrs. 187 y 188.

el restablecimiento del bien conculcado, que es siempre un atributo de la dignidad humana; y que también sea una carga para el responsable, que deje marcada en la historia del ejercicio del poder del Estado concernido, una huella lo suficientemente honda como para disuadir la repetición de violaciones que, al ser reparadas, no quedan completamente impunes, aun en los casos en que la aplicación de una sanción al agente de la violación, no es posible o procedente. De nuevo nos encontramos ante la necesaria correspondencia entre dos dimensiones: la de la lesión y la de su reparación. La amplitud de la reparación debe colmar las fronteras trazadas por la magnitud del daño experimentado por la víctima.

Dentro de esa dialéctica, con la fuerza de la razón, con la herramienta que proporciona la juridificación universal de los derechos humanos, con el ímpetu de una sociedad civil planetaria que está lista para seguir abriendo caminos para la salvaguarda de su propia dignidad, se dilata progresivamente el ámbito de la protección diseñada desde la letra del Pacto de San José hasta la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, definiendo con el sentido expansivo las fronteras de aquel compromiso hacia espacios donde sea más vigorosa la garantía que el Estado le debe al libre y pleno ejercicio de los derechos inherentes a los seres humanos situados bajo su jurisdicción.

§ 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?

German J. Bidart Campos
Director Universitas S.R.L., Argentina

1. Formular esta pregunta y pretender modestamente contestarla ofrece atractivos y riesgos. Puede, además, no ser simpática si se supone que implica renovar, sin demasiada perspectiva de éxito, la antinómica dualidad de derecho natural *versus* derecho positivo. ¿Habrà algo un poco más nuevo y menos polémico para comentar en esta nota?

El título se nos ocurrió hace tiempo, cuando tantas veces pensamos por qué desde el constitucionalismo moderno de fines del siglo XVIII hasta el actual del constitucionalismo social *siempre en el marco del estado democrático* se nos hizo habitual incluir en la constitución escrita un listado de derechos de la persona humana con más, en muchos casos, un plexo de derechos no enumerados o implícitos.

2. En el origen de cada constitución que a su contenido normativo y axiológico le inserta un sistema de derechos, las motivaciones pueden ser varias, y hasta distintas. Pero, en esa diversidad, ¿subyace algo común a todas, más allá de cuál sea la cultura social, el imaginario colectivo, la eventual tradición histórica, etc.? Sin apresurarnos, nos tentamos a contestar afirmativamente: hay *algo* compartido. Qué es, habrá de demandarnos alguna breve explicación personal en este trabajo.

3. Una primera cosa: si en un estado con escasa o nula afición democrática se dicta una constitución que, a su manera y estilo, incluye una declaración de derechos, podemos seguramente suponer que lo hace para dar una buena imagen, ya que se ha vuelto *moda* jurídica que las constituciones no se reduzcan a la parte orgánica dedicada al poder, sino que le acoplen la llamada parte dogmática donde aparecen los derechos.

Esta respuesta sería bastante pobre y muy poco explicativa, si de inmediato no adelantáramos otro interrogante del siguiente tenor: aun cuando una constitución sin filiación democrática incorpore derechos para mostrar al mundo un rostro favorable ¿por qué decide enrolarse en esa línea y no, más bien, asumir la sinceridad de su propia opción no democrática? Diríamos que tal mimetismo obedece a que hay *razones fuertes* en torno del *por qué* una constitución *debe* acoger un sistema de derechos.

4. Tal vez esto sea un retorno a la pregunta originaria: ¿por qué el constitucionalismo moderno dio auspicio inicial a las declaraciones de derechos, y por qué el constitucionalismo posterior les confirió desarrollo progresivo y maximizador?

Como curiosidad, retrocedamos al texto primitivo de la constitución de Filadelfia, que careció de declaración de derechos hasta que, años más tarde, se le añadieron al articulado originario las diez y catorce primeras enmiendas. Seguramente -acá reside la curiosidad- una constitución que en su articulado carecía de normas referidas a derechos nos hace comprender que la *razón* de esa ausencia y de ese vacío normológico obedeció a que resultaba demasiado vigorosa en la sociedad estadounidense la *razón* de que los derechos ni siquiera precisan que se los declare o que se los escriba en la constitución. Tienen un fundamento y una raíz tan hondamente enclavados en la cultura tradicional

de las colonias inglesas de Norteamérica, que casi da lo mismo incluirlos que no incluirlos.

Pero, aun así, la *razón* existía. Presencia y ausencia de declaración de derechos compartieron una misma razón: *hay derechos con normas y sin normas, porque los derechos no están en las normas.*

5. Mucho nos gusta, desde hace tiempo, afirmar que hay derechos con normas y sin normas, y que los derechos no están en las normas. En la constitución de Filadelfia no había normas, pero había derechos, y había razón para que los hubiera. Se quedaron en silencio: ¿no enumerados?, ¿implícitos? Se quedaron porque la ya mencionada tradición cultural de la sociedad de su tiempo, y las valoraciones heredadas, daban sobrada razón a su presencia. Derechos con normas y sin normas. ¿Qué será lo que queremos decir con esta afirmación?

Más allá de lo histórico, queremos ante todo decir que los derechos que, con o sin normas, están en la positividad, en el derecho positivo, muestran que esta positividad no se reduce a normas ni se agota en las que hay. De ser así el derecho consuetudinario no sería derecho positivo. ¡Y vaya si lo es! Si alguien tiene duda, que lo pregunte a nuestras comunidades indígenas y tendrán buena respuesta. Y exacta.

6. En un paso más adelante, ya concedida la presencia de los derechos en la positividad, con normas o sin normas, hay que ver por qué (con qué razón) las constituciones escritas son adictas a una *declaración de derechos*, con lo que la positividad constitucional de los derechos (con normas de reconocimiento) nos reclama indagar dónde auscultan los autores de la constitución para elaborar el plexo de derechos. Todavía más: también cuando una constitución reconoce y contiene derechos no enumerados, estos derechos (sin norma) están dentro de la positividad constitucional. Pero ¿dónde se los busca, dónde se hurga para elaborar la lista implícita, a qué hontanar acudimos a fin de integrarla de la mejor manera posible?

7. Todo esto lleva un trasfondo: ¿es que la razón por la cual la positividad constitucional aloja un sistema de derechos -con normas o sin normas- se ubica más allá de la positividad, por afuera de ella, o por encima de ella, o en cualquier ámbito que cada quien le asigne, pero siempre extramuros de la positividad?

Veamos un poco. Si alguien dice: los derechos que la positividad constitucional contiene provienen de la voluntad del constituyente, o, enunciado en otro lenguaje: son los que el poder dice que son, y son lo que el poder dice que son, ese alguien niega, consciente o inconscientemente, que los derechos posean alguna ascendencia extrapositiva. Habría que conceder que ello equivaldría a la más rotunda afición positivista: nada de lo que compone el sistema de derechos (ni siquiera su fuente o su razón) se halla fuera de la positividad. Con normas o sin normas, los derechos no cuentan con otra presencia y otra entidad distinta a la que les otorga la positividad.

8. Ni qué recordar que afirmaciones de tal índole riñen fuertemente con el iusnaturalismo. Pero entonces ¿hay que ser iusnaturalista para admitir que el sistema constitucional de derechos -con normas o sin normas- responde a una o más razones que están fuera de la positividad? ¿El por qué hay derechos en la constitución no tiene otra razón como no sea la derivada de la voluntad decisoria del poder *constituyente, o constituido*?

Nos costaría muchísimo contestar que es así. Hasta una constitución que, por exhibir una imagen (quizá enmascarada y no sincera) según la moda del constitucionalismo democrático, incluyera una declaración de derechos, estaría acudiendo por fuera de la

positividad para asumir la referida imitación democrática. O sea, la razón de su remedio le llegaría de allende la pura positividad.

Con cuánta más razón habríamos de reconocer que las constituciones que por afición democrática valoran como debido el reconocimiento de los derechos que declaran, están haciendo pie en algún piso que no es el mismo piso donde la positividad se asienta. Cuál o cómo sea aquel piso extrapositivo remite a disquisiciones amplias, extensas y profundas de neto corte iusfilosófico, pero trascendentales para un constitucionalismo democrático.

9. Quienes apelen al derecho que confiere la libertad de expresar lo que se piensa y sinceramente digan que la fuente o fundamento único y último de los derechos se sitúa en la pura positividad de la constitución, se acercan mucho *quizá demasiado* a quienes participan de la ya recordada idea de que los derechos son los que el estado dice que son, y son lo que el estado dice que son. Positividad al ras del decisionismo voluntarista. Y para quienes los derechos sólo son los que están en las normas, habría que preguntarles si la doctrina constitucional de los derechos no enumerados les es compatible con su rígido positivismo, ya que si los derechos no enumerados carecen de norma, se hace bastante difícil depararles un sitio coherente en y con la positividad normológica.

10. Traigamos a colación una fecunda idea de Bobbio: más que auscultar el fundamento de los derechos, una vez que el consenso en torno de los internacionalmente declarados se hace vigoroso, lo importante es empeñarse en conseguir que se vuelvan efectivos y eficaces. Y esto nos lleva personalmente hacia el trialismo de Goldschmidt, que hace años profesamos.

En efecto, si los derechos no están en las normas, y si hay derechos con normas o sin normas, la dimensión de las normas *lo normológico* no agota la realidad del mundo jurídico, en el que hay otras dos dimensiones: la sociológica de las conductas humanas, y la del valor *o dikelógica, o axiológica*.

En la dimensión sociológica de las conductas es donde, parafraseando a Bobbio, hemos de lograr y hospedar la efectividad y la eficacia de los derechos. Y en la dimensión del valor hemos de abrir el arco plural de valores que -en conexidad con los derechos- deben realizar las conductas con signo positivo, tanto como erradicar los disvalores (con signo negativo, como injusticia, insolidaridad, exceso de poder, etc.).

11. Sin entrar en un excesivo afán de purismo lingüístico o etimológico, digamos ahora que ocuparse del *fundamento*, de la base, del piso, o de la ascendencia de los derechos que se albergan *con normas o sin normas* en la positividad constitucional, significa intentar descubrir el por qué y la razón de ese mismo alojamiento positivo que damos a los derechos. A qué responde, por qué y para qué incluimos un sistema de derechos aliado al sistema axiológico en la constitución. Tal razón, ese por qué y ese para qué, siempre fuera de la positividad, podrá guardar *o no* parentesco con el iusnaturalismo pero, de cualquier manera y siempre, significará que los derechos no son los que el estado dice que son, ni son lo que el estado dice que son. Son algo distinto de la mera positividad, y la distinción que les viene desde fuera de la positividad es, precisamente, la que por su ascendencia incita a convencernos de que a los derechos hay que darles efectividad y eficacia porque concurre una *razón*: porque valen como derechos por *razones metapositivas* (extra o supra, como guste más). Tampoco importa demasiado aquí que esa valencia metapositiva de los derechos posea ontológicamente naturaleza jurídica, o solamente ética.

12. Si positivismo equivale a exclusividad del derecho positivo en una especie de monismo jurídico, el iusnaturalismo sería *en su versión más lata* una teoría que siempre coloca algo por sobre la positividad. Ese tal algo podrá ser el derecho natural en su versión clásica, o uno o más principios de raigambre ética, o el conjunto-promedio de valoraciones colectivas de una sociedad, etc.

El rescate supra o extrapositivo de los derechos siempre nos conduce de un modo u otro, como es fácil comprenderlo, a dotar al constitucionalismo democrático con una plataforma suficientemente *objetivada por fuera o por encima de la constitución*, como para convencernos de que en ésta hay un sistema de derechos porque *debe haberlo* a efectos de satisfacer aquel *algo* que, en el párrafo anterior, ubicábamos por sobre la positividad. Se trata, al fin y al cabo, de una legitimación exógena para el contenido axiológico de la constitución, buscando que su sistema de derechos no quede en dependencia del voluntarismo decisionista del estado que, a la postre, peca de relativismo peligroso.

13. Pero recuperemos la pregunta y la duda: ¿es siempre una modalidad iusnaturalista la que ha conducido y conduce a incorporar un sistema de derechos en la constitución?

Si, conforme lo insinuamos ya antes, iusnaturalista es toda teoría que reconoce *algo* por fuera o por sobre la positividad, hay que contestar afirmativamente: toda constitución que por razones ajenas a la mera positividad confiere alojamiento a un sistema de derechos, es iusnaturalista. Personalmente, no nos repele esta respuesta. Pero las fuertes aversiones al iusnaturalismo tal vez aconsejen revisar lo drástico de la afirmación.

Digámoslo en forma negativa: los derechos que contiene la constitución *no son tales porque el estado lo diga, ni son lo que el estado dice que son*. Si eso fuera así, los derechos serían un producto puramente estatal (*lo que el estado dice que son*), y su lista solamente constaría del simple enunciado voluntarista también estatal (*los que el estado dice que son*).

14. Entonces, si no nos plegamos a sostener tal postura, reconozcamos que alguna razón extra o suprapositiva da motivación fundamental al sistema de derechos; *fundamental* porque los fundamenta. ¿Dónde? Fuera de la positividad. Y ese fuera podrá explicarlo la iusfilosofía, pero objetivamente -con un punto de vista o con otro- no es errado condensarlo en un axioma constitucional personalista: *el ser humano necesita para su bienestar que en su convivencia sociopolítica se respete y promueva su dignidad de persona con un buen sistema de derechos*.

No ha de sonar extravagante todo esto, porque el constitucionalismo moderno surgió para proteger a la persona humana de toda clase de posibles absolutismos. No en vano el poder limitado y el sistema de derechos se erigieron en claves del régimen democrático. Ya no iba a ser, no iba a poder ser la voluntad del estado (lo que el príncipe quiere tiene fuerza de ley) la fuente de concesiones graciosas, porque algo (diríamos: mucho), desde fuera, daría sustento a la pretensión de convivir en libertad.

El *por qué* y la razón del sistema de derechos se anudaría así a la dignidad humana, al valor ético de la personalidad del ser humano, y a la convicción de que el estado, el poder, y la misma constitución, han de cumplir una función ministerial de servicio para que la convivencia societaria aporte beneficios a cada uno de los integrantes de la comunidad, en solidaridad con el conjunto.

15. En vocabulario no jurídico, cabría decir que el sistema de derechos no es un regalo, ni una dádiva, ni una donación que se inserta por buena voluntad del estado en la constitución. Es una exigencia que, desde fuera de la positividad, con fuerza moral o

con fuerza jurídica (según cada teoría prefiera), logra recepción en la positividad. De tal afirmación deducimos otra, como respuesta a la pregunta del título: *la incorporación constitucional de un sistema de derechos no es una respuesta positivista*. Si algunos resisten la versión más comprometida de que la respuesta es iusnaturalista, concedemos atenuarla del siguiente modo: *la incorporación constitucional de un sistema de derechos muestra intersecciones con el iusnaturalismo, o con versiones iusfilosóficas análogas*. Por análogas entendemos todas las que creen o admiten que, fuera o sobre la positividad, hay *algo* que implica un *deber-ser* axiológico para esa positividad: que un sistema constitucional de derechos tutele y promueva eficazmente la dignidad de la persona humana.

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA

Josefina Calcaño de Temeltas
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela

La copiosa bibliografía nacional y foránea sobre los derechos humanos fundamentales revela la atención que a través de los tiempos ha suscitado el estudio de este tema, el cual, lejos de perder vigencia, a partir de sus perfiles iniciales ha ido adquiriendo máxima importancia y connotaciones prácticas en todas las sociedades, empeñadas en imponer el respeto de estos derechos a las autoridades públicas o a las individualidades que los infrinjan, mediante mecanismos coercitivos o punitivos que enerven o impidan sus recurrentes violaciones.

Como una modesta contribución al merecido homenaje que con este libro se ofrece al Dr. Allan Brewer-Carías, autor de prolífica obra sobre temas diversos, especialmente en el campo del derecho público y a quien muchos de los estudiosos en esta área del conocimiento jurídico debemos especial reconocimiento por sus aportes y enseñanzas, en las páginas que siguen trataré de abordar, muy sintéticamente, algunos aspectos que estimo relevantes respecto al contexto histórico e ideológico que precede a la constitucionalización de los derechos fundamentales en el ámbito universal (I) para referirme luego, también sucintamente a la incorporación y evolución de estos derechos en Venezuela (II).

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL

Siguiendo la anotada orientación, comenzaré por precisar el concepto mismo de *Derechos Fundamentales* que es *se dice* expresión equiparable a *derechos humanos*, *derechos del hombre*, o *derechos de la persona*.

La doctrina mayoritaria sostiene que los derechos humanos son *fundamentales* porque pertenecen a la *esencia* de toda persona por el hecho de ser humana, esto es, tienen su *fundamento en la misma naturaleza*. Es la concepción del iusnaturalismo, corriente jurídico-filosófica que concibe al hombre dotado de derechos congénitos superiores a la sociedad, exaltando así a la persona humana como *entidad suprema* que forma el substrato filosófico de las relaciones entre el Estado y la sociedad. Son así, los derechos fundamentales, en palabras del profesor Antonio Fernández Galiano (*Derecho Natural, Introducción Filosófica al Derecho*. Edit Ceura, Madrid, 1986) “aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas, por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana”.

Como derivado de esta concepción, los *derechos fundamentales son universales, igualitarios e inalienables*, es decir, se aplican a todos los seres humanos en el planeta en un plano de igualdad y no es posible perder esos derechos, del mismo modo que no es posible dejar de ser humano.

A esta postura iusnaturalista se opone la corriente iuspositivista o legalista, la cual sostiene que los derechos humanos sólo tienen virtualidad si se encuentran formalmente objetivizados en el ordenamiento jurídico positivo, que siendo las leyes vigentes en un país la única fuente de derecho, son ellas las que establecen los derechos de las personas y también la que determinan los derechos que son fundamentales. Por tanto, -afirman- la expresión *derechos fundamentales* sólo alude a aquellos derechos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la noción iusnaturalista de los derechos fundamentales tiene antecedentes muy remotos que se ubican en la antigüedad, primero con el filósofo griego *Aristóteles* (384-322 A. J.) en sus Tratados sobre el Ser y la Naturaleza, y luego el pensador romano Marco Tulio *Cicerón* (106-43 A. J.) quien difundió en Roma las ideas aristotélicas (*Sobre la República*, Libro III) y defendió la concepción jurídica iusnaturalista de la persona humana. Pero realmente el concepto de *persona* y, por ende, a la postre, de los derechos de esa persona, arranca de la filosofía y de la teología cristiana. Como bien lo resume Valle *Labrada Rubio* (*Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*. Edit Civitas, Madrid, 1998) *del misterio de Dios, se pasa al misterio del hombre*. La existencia de un Dios personal que se hace hombre, Jesucristo, no sólo explica la esencia humana, sino que Jesucristo en su naturaleza humana dignifica a toda persona humana.

En efecto, primero *San Agustín* en el siglo V después de Cristo y, más tarde, *Tomás de Aquino* en plena Edad Media, aportan las bases que determinan teológicamente el iusnaturalismo clásico, para el cual el concepto de persona humana se revela en su esencia, naturaleza y dignidad, que es común a toda la especie y le viene dada por ser congénita a su existencia. Particularmente relevante es la doctrina de *Santo Tomás* (1224-1274), inspirada en las categorías fundamentales de la filosofía aristotélica. En su obra cumbre la *Summa Theologica* (1267), Traducción de Editorial Porrúa, México, 1981) Tomás de Aquino afirma que en todo ser creado, y en especial en el hombre, existe una entidad y una eficacia causal superiores, que los seres humanos no son meras *sombras o reflejos* ontológicamente muy pobres del Creador, sino seres ciertamente dependientes de Él, pero no por ello menos dotados de una existencia y una naturaleza propias, capaces de desplegar por sí mismas todas sus operaciones naturales. Destaca en su análisis tres tendencias fundamentales en el hombre: la conservación del propio ser; la conservación de la especie; y la vida social y cultural. El pensamiento tomista -vertido no sólo en la indicada obra, sino en muchos de sus escritos- impregna el movimiento escolástico medieval en sus más prominentes figuras y es fuente inspiradora de la filosofía cristiana que concibe al hombre como una naturaleza individual, concreta, determinada, específica, caracterizada por su racionalidad (*el hombre piensa en la medida en que tiene una naturaleza racional*).

Hago un paréntesis en la secuencia de este tema para resumir la antítesis de la postura cristiana expuesta por el fundador del *socialismo científico*: el filósofo alemán *Karl Marx* (1818-1883). Marx propone un concepto materialista y colectivista del hombre, cuya conducta la explica sólo en términos socioeconómicos.

Sostiene que la persona humana sólo podrá emanciparse totalmente si se transforma en sociedad y desaparece como individuo, es decir que, en su ideología, la persona

humana sólo se realiza tomando conciencia de clase, siendo ésta la única forma de emancipación capaz de superar la alienación de la religión, del poder y del derecho.

Pasando a revisar ahora el *contexto histórico-político* en el desarrollo del reconocimiento de los derechos fundamentales, resalta un documento cuya data se sitúa también en la Edad Media y el cual constituye pieza importante en la evolución posterior de estos derechos. Se trata de la *Carta Magna de las Libertades Inglesas* que en 1215 el Rey Juan Sin Tierra (1167-1216) se vio compelido a dictar por exigencia de la nobleza feudal inglesa. En esta Carta se establecían los derechos de los *hombres libres (liberi hominis* sólo eran los Barones del reino), la libertad de la iglesia y la exclusión de impuestos que no fueran los consentidos por el Consejo. Reconocía asimismo -entre otros derechos- la libertad de tránsito, el acceso a la justicia, la inembargabilidad de los bienes, y la prohibición de ser detenido, preso o desposeído de los bienes, sin previo juicio de los Pares, según las leyes del país. Este documento (impropiamente calificado por algunos de *Constitución*), reviste gran trascendencia histórica, pues -como se sabe- en las naciones o sociedades premodernas se consideraba que el mandato de los reyes provenía de la voluntad divina y sus súbditos no poseían derechos naturales o humanos que pudieran hacer valer ante él. Por consiguiente, la Carta Magna, aunque de contenido clasista ya que sólo favorecía a dos de los estamentos de la sociedad de la época (nobleza y clero) y, por extensión a los comerciantes, con exclusión del pueblo llano, representa la *primera limitación del poder real impuesta a un monarca* y de ahí su evocación posterior en numerosos textos como el origen de las libertades inglesas y el fundamento de los derechos políticos del pueblo inglés.

Ciertamente, a lo largo de las diferentes dinastías reales inglesas (Tudor-Estuardo) se suscitaron muchos conflictos de intereses entre los monarcas y el Parlamento que veía disminuido sus poderes frente a aquél, de manera que la solución satisfactoria de estas disputas que se produjo a favor del Parlamento obedece al desarrollo de los derechos de las personas y el fortalecimiento de las instituciones inglesas a partir de lo consentido en la Magna Carta, como se corrobora en actos parlamentarios subsiguientes que se produjeron en la era moderna.

Así, en 1628 el Parlamento inglés no sólo se negó a conceder al Rey Carlos I (Estuardo) unos subsidios para gastos de guerra sino que, además, le presentó un documento para su firma (la *petition of rights*) en el que éste se compromete a garantizar una serie de derechos patrimoniales y personales de los que disfrutaban los ingleses, entre éstos, limitación de impuestos, garantías procesales en juicio y supresión de la obligación de alojar soldados que les había impuesto la Corona.

En 1679 el Parlamento dicta el *Habeas Corpus Act* relativa a la libertad personal y sobre la cual el historiador inglés *William Holdsworth* en su obra *A History of English Law* (Volumen II, Londres, 1971) escribe:

Independientemente de que la intención de la famosa cláusula de la Magna Carta, que establece que 'ningún hombre libre puede ser hecho preso o exilado o en forma alguna destruido excepto mediante un juicio legal adoptado por sus iguales y conforme a la ley del país', haya sido o no salvaguardar el principio de que ningún hombre puede ser hecho preso sin un debido proceso legal, pronto comenzó a ser interpretada para salvaguardar ese derecho. Fue porque se interpretó así, que dicha cláusula ejerció una enorme influencia, tanto respecto de la manera como los jueces aplicaron los mandamientos que podían usarse para salvaguardar esa libertad, como respecto de la manera conforme a la cual el legislador asistió dicho desarrollo.

Transcurridos diez años del *Habeas Corpus Act*, en 1689, el Rey Guillermo III de Orange como condición impuesta por el Parlamento para poder ocupar el trono cuando

fue destronado Jacobo II (como resultado de la revolución de 1688-1689 llamada la *Revolución Gloriosa* protagonizada entre católicos y protestantes, con triunfo de estos últimos), tuvo que emitir una *Declaración de Derechos* en la que, habida cuenta de la magnitud de los derechos que reconoce al Parlamento, se convierte anticipadamente una monarquía absolutista en parlamentaria. En el mismo año 1689, un siglo antes de la Revolución francesa, esta declaración de derechos es confirmada por el órgano parlamentario en el célebre *Bill of Rights* al manifestar en su texto que “todos y cada uno de los derechos y libertades indicados y reclamados en la dicha Declaración, son verdaderos, antiguos e indubitables *derechos y libertades del pueblo de este Reino*, y así deberán ser estimados, permitidos, juzgados y solicitados”. Los términos que subrayo evidencian la importancia del *Bill of Rights* y justifican su catalogación por los autores como la primera ley formal inglesa sobre los derechos y libertades fundamentales en sentido amplio, pues proclama los *derechos y libertades del pueblo inglés* en general y no privilegios de clases como existía en el antiguo sistema estratificado de la sociedad al que ya hemos hecho referencia. En ese instrumento legislativo se establecen, entre otros: el derecho a elecciones libres; la libertad de expresión del pensamiento; la libertad de debate; el derecho de reunión; el derecho de petición al Rey sin temor a represalia; el derecho a portar armas; y el derecho a ser protegido contra algunos procedimientos judiciales.

En esta narración no puede omitirse la referencia a un elemento que también ha incidido en la concepción y tratamiento de los derechos humanos en los países anglosajones. Es la creencia secular del pueblo inglés en una ley superior, fundamental, inmutable, que se impone por sobre cualquier normativa emanada de una autoridad, aunque ésta sea el órgano legislativo. Esa *ley superior* es denominada *common law*, constituida por las costumbres, usos y tradiciones populares espontáneas, así como por los precedentes establecidos en las decisiones judiciales. Pues bien, la existencia del *common law* en Inglaterra representó un freno o contrapeso al creciente poder del Parlamento en el afianzamiento de la soberanía parlamentaria sobre la monarquía. En ese sentido se tiene como evidencia documental, el fallo en 1610 del juez *Edward Coke* (a quien, por cierto, se le atribuye la redacción en 1628 de la *petition of rights* que restringía las prerrogativas reales) y en el cual, con motivo del célebre *Bonham’s Case* asentó:

aparece en nuestros libros que, en muchos casos, la ley común controla los actos del Parlamento y, a veces, los somete a juicio para invalidarlos, porque cuando una resolución del Parlamento es contraria o repugnante al *derecho común* o a la *razón común*, o incompatible o imposible de ejecutar, la ley común la juzgará y resolverá que debe ser invalidada (Texto tomado de Edward Corwin: *Libertad y Gobierno*. Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958)

Para Francisco Fernández Segado en esa expresión del *derecho y la razón comunes habían de tener un rol preponderante los derechos del hombre* (Sistemas de Protección Judicial de los Derechos Fundamentales, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Años 1995-96, p. 276).

Todo ese bagaje cultural, jurídico y político ejerció una enorme influencia en el movimiento independentista de las colonias inglesas en Norteamérica. Para constatarlo vale la pena detenerse un poco para repasar los escritos de uno de los grandes pensadores de esa nación: *John Locke* (1632-1704), precursor del liberalismo, teórico del principio de la división de funciones del Poder Público (desarrollado posteriormente con más precisión por Montesquieu), cuya concepción iusnaturalista de los derechos del hombre impregna el texto de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos *en forma, fraseología y contenido* (Peardon).

En efecto, en los años 1694 y 1698 aparecen publicados *Dos Tratados de Gobierno* de John Locke (*Two Treatises of Government*). En el primero, centra su línea argumental en rebatir “los falsos principios y fundamentos de Sir Robert Filmer y sus adherentes”, sobre la teoría de la monarquía de derecho divino, que considera a los reyes dotados de un poder natural como *directos sucesores de Adán*. En el segundo ensayo explica sus conceptos acerca del verdadero origen, extensión y, finalidad del gobierno civil. En este *Segundo Tratado de Gobierno* (Editorial Ágora, Colección Hombres y Problemas N° 24, con Introducción del Profesor Thomas P. Peardon. Buenos Aires, 1959), Locke expone en diecinueve capítulos sus ideas sobre: el estado de la naturaleza; el estado de la guerra; el de la esclavitud; de la propiedad; del poder paternal; de la sociedad política y del gobierno; de las formas de una nación; de la extensión del poder legislativo; de los poderes legislativos, ejecutivo y federativo de la República; de la subordinación de los poderes de la República; de la prerrogativa; del poder paternal, político y despótico considerados en conjunto; de la conquista; de la usurpación; de la tiranía; y de la disolución del gobierno.

Resumiendo lo que dice Locke en el tema de los derechos y lo que justifica su doctrina iusnaturalista, él afirma que existe un *estado natural presocial*, donde todos los individuos tienen un derecho natural a la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad. Sostiene que si bien en el estado de naturaleza prevalece el orden y la paz, el paso al estado civil se hace necesario para hacer efectiva la tutela de los derechos naturales. Que esos derechos tienen poco valor si no existe un Gobierno, pues es casi imposible protegerlos mediante la acción individual. Para Locke, el Gobierno se basa en un *contrato social* entre gobernantes y gobernados y éstos sólo están obligados a obedecer si sus derechos humanos son protegidos por aquél. De este razonamiento concluye que un *Gobierno sólo es legítimo en la medida en que proteja y promueva sistemáticamente el ejercicio de los derechos humanos de sus ciudadanos*, pero que, *si por el contrario, el gobierno conculca esos derechos entonces la resistencia es justificable y un nuevo gobierno puede ser instituido*.

En su idea del contrato o pacto social entre gobernantes y gobernados, Locke concibe la relación entre ambos como un *fideicomiso* en el cual los derechos se hallan todos del lado del beneficiario (la comunidad) y todos los deberes a cargo de los depositarios (los gobernantes). En tal virtud establece limitaciones específicas al gobierno y, en ese sentido, desarrolla su teoría sobre la separación de poderes, *balancear el poder del gobierno colocando varias partes de él en diferentes manos*. (Segundo Tratado, edición citada, Sección 107, p. 90). A tal fin distingue cuatro diferentes funciones: legislativa (a la cual da supremacía sobre las otras ramas), ejecutiva y federativa (relaciones exteriores) las que podían estar en una sola mano, y la función de los jueces en toda comunidad. Esto lo expresa así:

El poder legislativo es el que tiene el derecho a ordenar cómo la fuerza de la república ha de ser empleada para la preservación de la comunidad y de sus miembros...en las repúblicas bien ordenadas, donde el bien del conjunto es considerado como se debe, el poder legislativo es puesto en manos de diversas personas quienes, debidamente reunidas en asamblea, tienen por sí, o juntamente con otras, la facultad de hacer leyes; tras lo cual, una vez hechas éstas se separan nuevamente y quedan sujetas a las leyes que han hecho ...Empero, debido a que las leyes, que son hechas de una vez y en breve tiempo, tienen una fuerza constante y duradera y necesitan perpetua ejecución o asistencia, es necesario, por tanto, que haya un poder siempre en existencia que atienda a la ejecución de las leyes hechas y que se hallan en rigor. Y así el poder legislativo y el ejecutivo con frecuencia vienen a estar separados.

...Existe otro poder en toda la república a la que uno podría llamar natural, porque es el que corresponde al poder que todo hombre naturalmente tiene antes de que entrara en sociedad... Esto, por tanto, contiene el poder de guerra y de paz, de ligas y alianzas, y todas las transacciones con todas las personas y comunidades fuera de la república, y puede ser llamado *federativo*... Estos dos poderes, ejecutivo y federativo, aunque sean realmente distintos en sí mismos,... sin embargo, están casi siempre unidos. (Locke, *op.cit.* Capítulo 12, pp. 114-115)

Locke fue, en síntesis, la fuente ideológica más resonante de los principios que inspiraron la revolución norteamericana en el siglo XVIII y de las categorías políticas y conceptuales adoptadas en los primeros textos de la naciente República. Así se desprende nítidamente, primero, de la *Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, redactada por James Madison y dada a conocer el 12 de junio de 1776. En efecto, en ese documento, contenido de dieciséis numerales, se reproduce la doctrina iusnaturalista lockeana de los derechos humanos, el contrato social y la separación de poderes, en estos términos:

1.- Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o despostrar a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.

3.- Que el gobierno es institución, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad...; y que *cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente para el bien público.*

5.- Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial están separados y que los miembros de los primeros (legislativo y ejecutivo) deben ser conscientes de las cargas del pueblo y participar en ellas y abstenerse de imponer medidas opresivas; que en periodos determinados se les vuelva a su condición privada, al cuerpo social de donde procedían y sus vacantes se llenen mediante elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las que puedan volver a elegirse o todos o parte de los antiguos miembros de dichos poderes, según lo dispongan las leyes.

Tres semanas después y en la misma línea de pensamiento, el Congreso General de los Estados Unidos de América emite, fechada 4 de julio de 1776 la *Declaración de Independencia* de las colonias norteamericanas de la Gran Bretaña. Esta declaración elaborada por *Thomas Jefferson* (a quien se acusó injustamente de haber copiado el Segundo Tratado de Locke) proclama como verdades evidentes por sí mismas, el hecho de que “todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; *que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla y a abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad...*”

El 17 de septiembre de 1787 se sanciona en Filadelfia la *Constitución Federal de los Estados Unidos*, la cual no contempla específicamente enunciación de derechos humanos, los que sí son incluidos luego en diez *Enmiendas* aprobadas por el Congreso en 1791, conocidas como la *Carta de Derechos*.

Ahora bien, aparte de Locke, en el tema que desarrollamos también ocupan un sitio relevante los escritos de dos pensadores europeos del modernismo, Rousseau y Montes-

quieu, de influencia determinante en el otro gran episodio revolucionario del siglo XVIII: la Revolución Francesa.

En efecto, el francés *Charles de Secondat, Barón de Montesquieu*, (1689-1755) es otro autor clave en la doctrina del liberalismo y, como tal, sus obras están dirigidas a rechazar el poder absoluto de los monarcas de la época, a defender el individualismo, la libertad, la soberanía popular, el imperio de la ley. En su notable libro *L'esprit des lois (El espíritu de las leyes)* publicado en Ginebra en 1748, desarrolla su teoría sobre la separación de poderes en términos más depurados que la de Locke, pero con el mismo sentido de establecer mecanismos que frenaran el poder abusivo de los gobernantes y por ende, también abiertamente contrario a las monarquías absolutas de la época. En ese orden de ideas, escribe Montesquieu que *el abuso del poder sólo será impedido si, por la disposición de las cosas, el poder detiene el poder* ya que “todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciera estos tres poderes: el poder de hacer las leyes, el poder de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los crímenes o las diferencias de particulares”. (*Obras completas*, libro XI, Edit. Seuil, Paris, 1964).

Muy cercano al ideario de Locke se inscribe la doctrina de *Juan Jacobo Rousseau*, nacido en Ginebra en 1712 y precursor del romanticismo. Este autor resalta la bondad natural del hombre, que la sociedad corrompe esta bondad (la aparición de la propiedad privada, las tensiones culturales, etc), por lo que es obligante volver a la virtud primitiva, pero admite que el Estado es un mal necesario para la convivencia pacífica y ordenada. En *El Contrato Social o Principios de Derecho Público (Du Contrat Social ou Principes de Droit Publique*. Edit. Tecnos, Madrid, 1988), Rousseau explana sus criterios sobre la libertad y la igualdad y su teoría de la ley como expresión de la voluntad general.

Aunque Rousseau fallece en 1778, es indubitable que sus conceptos e ideales democráticos fueron asumidos plenamente por los revolucionarios franceses y aparecen reflejados casi literalmente en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* proclamada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, derechos éstos reproducidos en el Preámbulo de la primera Constitución francesa de 1791 e incorporados en el texto de la de 1793.

Además de Rousseau, la influencia de Locke y Montesquieu también se patentiza en la Declaración de Derechos de 1789, de la cual extraemos los siguientes puntos de los 17 que contiene ese documento:

1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.
2. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. *Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*
3. El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.
4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.
5. La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

6. *La ley es la expresión de la voluntad general.* Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.

16. *Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.*

Mucho se ha escrito sobre la influencia del texto declarativo de derechos norteamericano (1776) sobre el francés del mismo género de 1789, dada la similitud de conceptos; y entre las razones que apuntalan esta hipótesis se esgrime el hecho cierto de que para la fecha de la elaboración de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Thomas Jefferson se encontraba en Francia ejerciendo el cargo de Ministro de Asuntos Exteriores de su país y recibió en su residencia de París a Lafayette, principal artífice de la Declaración francesa de los Derechos, así como a otros integrantes de la Asamblea Nacional (luego Constituyente)

Al margen de ese comentario que, en mi criterio, resulta históricamente intrascendente, lo que interesa poner de relieve es que con la emisión de la primera Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787 y la primera francesa en 1791, se inicia en las postrimerías del siglo XVIII lo que se conoce en el hemisferio occidental como el *Estado Constitucional de Derecho*, y que la incorporación en ambos textos constitucionales del elenco de derechos humanos declarados previamente en esos dos países en los documentos de 1776 (USA) y 1789 (Francia), marca *también el comienzo de la constitucionalización o positivización de los derechos humanos*, los cuales nacen con un acentuado matiz iusnaturalista e individualista, propio de los postulados de la época. Se trata, en definitiva, del reconocimiento expreso en el instrumento jurídico-político superior de un Estado, de los derechos fundamentales que poseen los individuos que lo integran y la previsión de los medios necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos.

Ahora bien, *es en la contemporaneidad cuando el reconocimiento de los derechos humanos adquiere carácter universal*, es decir, de derecho positivo internacional, fenómeno derivado de los horrores y las secuelas de la segunda conflagración mundial ocurrida en el siglo XX (1939-1945), lo que condujo a la firma el *26 de junio de 1945*, en la ciudad de San Francisco (USA) de la *Carta de las Naciones Unidas*, en la que los países aliados occidentales “con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas”, proclaman la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y se comprometen a promover el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como a elaborar una declaración universal de derechos humanos, a cuyo fin se crea la *Comisión de Derechos Humanos*, que comenzó a funcionar en 1946.

Tres años más tarde y tras superar múltiples dificultades en la redacción de la declaración por tratarse de una Comisión redactora formada por representantes de países con ideología e intereses políticos, económicos, filosóficos y religiosos distintos y hasta opuestos, finalmente la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en la ciudad de París, emite el *10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Este documento consta de siete *considerandos* (preámbulo) y treinta artículos contentivos de principios generales (1 y 2); derechos civiles y políticos (3 al 21);

derechos económicos y sociales (22 al 25); derechos culturales (26 al 27); y relaciones entre los ciudadanos y las comunidad internacional (28 al 30). Al decir de algunos autores (Truyol y Serra) la Declaración de 1948 constituye indudablemente “la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad y, como tal, *fuerza de un derecho superior*, un *higher law* cuyos principios no pueden desconocer los miembros de la ONU”.

Ahora bien, tanto del contenido de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre como de numerosos instrumentos supranacionales suscritos a partir de 1948, algunos de incidencia regional, tales como la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1950) y más específicamente del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 23 de marzo de 1976*, ratificado por Venezuela el 10-05-1978), para citar sólo algunos, de todos ellos se desprende que el objetivo primigenio de la protección de los derechos de la persona individual se ha expandido progresivamente a la familia, a la sociedad, a entidades supraindividuales, al entorno, etc, lo que ha dado paso a la clasificación doctrinal de los derechos como de primera, segunda, tercera o cuarta generación, siguiendo el *orden cronológico* de incorporación de esos derechos a los ordenamientos jurídicos de los distintos países.

En este sentido, *Valle Labrada Rubio* (*op. cit.* pp. 122-125) expone un criterio ordenador de los derechos humanos, según el cual, resumidamente, incluye en la *primera generación*, los derechos civiles y políticos, (como derechos civiles: derecho a la vida; a la libertad física; libertad de conciencia y de expresión; y derecho de propiedad) y como derechos políticos: el derecho al sufragio y el derecho a la tutela judicial. En los de *segunda generación* agrupa a los derechos económicos y sociales (derecho al trabajo, con sus modalidades de derecho a la sindicación y el derecho a la seguridad social). En cuanto a los derechos que son positivizados históricamente en tercer lugar, o derechos de *tercera generación*, esta autora coloca los llamados derechos culturales (derecho a la educación, de acceso a la cultura) Y, por último, en los derechos denominados de *cuarta generación*, incluye todos los derechos humanos que van surgiendo como resultado del desarrollo de la técnica y las consecuencias perniciosas de este desarrollo (defensa del medio ambiente; de la propiedad intelectual, del derecho a la intimidad; defensa del derecho de la identidad del genoma humano; y derecho de autodeterminación de los pueblos).

Asdrúbal Aguiar realiza un análisis exhaustivo sobre el tema que nos ocupa en su trabajo titulado *La protección internacional de los Derechos del Hombre* publicado en el número 34 de la Serie *Estudios*, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Caracas, 1987), cuya lectura recomiendo, así como la del *Código de Derechos Humanos* compilado por *Pedro Nikken*, con un Estudio Preliminar de su autoría, publicado por la Editorial Jurídica Venezolana en la colección de Textos Legislativos N° 12 (Caracas, 1991), el cual proporciona una visión global sobre el marco normativo de protección de tales derechos.

Más recientemente, el 17 de julio de 1998, la comunidad internacional dio un paso importante en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario al aprobar el *Estatuto de Roma*, el cual crea una *Corte Penal Internacional* (CPI) con competencia para investigar y sancionar los delitos más graves y castigar a los responsables de tales actos. Estos delitos que se contemplan en el artículo 5 del Estatuto, son los siguientes:

- el crimen de genocidio
- los crímenes de lesa humanidad
- los crímenes de guerra; y
- el crimen de agresión

Y los define así:

Artículo 6. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por *genocidio* cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por *crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque;

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- e) Tortura;
- f) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- g) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte:
- h) Desaparición forzada de personas;
- i) El crimen de *apartheid*;
- j) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental y física.

Seguidamente detalla el contenido de cada uno de los supuestos contemplados en los indicados literales. Y respecto al *ataque contra una población civil* precisa que se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

También define extensamente los crímenes de guerra y sus variables en el artículo 8; y en cuanto al *crimen de agresión* aclara que la Corte Penal Internacional ejercerá competencia respecto de este crimen una vez se apruebe una disposición que lo defina y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará, la cual será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

La diferencia fundamental entre la Corte Penal Internacional y los otros órganos de justicia internacional (la Corte Internacional de Justicia de La Haya; la Corte Interamericana de Derechos Humanos) estriba en que *la Corte Penal Internacional juzga individuos y no Estados*. En efecto, la Corte Internacional de Justicia de la Haya conoce de cuestiones relacionadas con controversias entre Estados (v.g. discrepancias en la interpretación de un Tratado) y la tarea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es juzgar si los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han cumplido con las obligaciones en materia de derechos humanos asumida por ellos al suscribir y ratificar la Convención.

En este contexto, la entrada en vigor del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional pueden llegar a tener efectos directos sobre las instituciones democráticas y la administración de justicia en el ámbito latinoamericano, particularmente respecto a países de nuestra región, según la percepción de la Comisión Andina de Juristas, cuerpo de juristas de nuestra área geográfica, la cual opina que la creación de la CPI constituye un incentivo para juzgar a los perpetradores de los crímenes más graves a sabiendas de que si no se realiza una investigación imparcial en el campo nacional, el caso puede ser tratado por un órgano internacional, pudiendo igualmente funcionar como protección interna para impedir la intervención del Poder Ejecutivo u otros intereses en los procesos penales sujetos normalmente a una gran presión y atención política. (*La Corte Penal Internacional y los Países andinos*, publicación de la Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 2001).

El Tribunal Penal Internacional entró en vigor el 1º de julio de 2002, después que más de 60 países ratificaron el Estatuto de Roma que establece la creación de este órgano judicial (el Estatuto fue aprobado por 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra, entre éstos: China, Israel, Estados Unidos, Irán) y se prevé que entre en funcionamiento a mediados de 2003 luego que se aprueben los proyectos de resolución que determinen la regulación y el procedimiento a seguir en los juicios. Por lo pronto, el 03 de septiembre de 2002 se realizará la primera Asamblea de Países ratificantes del Estatuto de Roma (76, entre ellos Venezuela) que va a elegir al Presidente y a los dos Vicepresidentes del TPI y adoptará los mecanismos para la elección de los 18 Magistrados y el Fiscal que lo integran, para un mandato de tres años.

Tras esta referencia documental prometedora para la humanidad, concluyo la síntesis histórica sobre los derechos humanos, desde la perspectiva doctrinaria, institucional y normativa hasta el presente, para pasar a exponer en la misma línea esquemática, el origen y la evolución de los derechos fundamentales en Venezuela.

II. LA INCORPORACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO NACIONAL

Los postulados que inspiraron las dos grandes revoluciones del siglo XVIII (francesa y norteamericana) y que marcaron el destino futuro no sólo de los países en que se produjeron sino de la humanidad entera, fueron asumidos plenamente, dos décadas más tarde, por los hombres que forjaron la independencia de las colonias americanas de la metrópoli española, la cual comenzó en las Provincias de Venezuela. No es de extrañar que así ocurriera, porque esos hombres pertenecían casi en su totalidad, a la oligarquía criolla, económica e intelectualmente privilegiada, poseedores de una elevada forma-

ción frecuentemente adquirida en el Viejo Continente, y con dominio de lenguas extranjeras que les permitía el acceso a la lectura de los insignes pensadores comentados en el capítulo precedente de este trabajo (Locke, Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Thomas Payne y otros) y de las declaraciones revolucionarias contentivas de las soluciones jurídicas que aportan para la organización política e institucional de las nuevas repúblicas.

La primera manifestación documental de esa recepción ideológica la encontramos en la *Declaración de los Derechos del Pueblo* dada por el Supremo Congreso de Venezuela el 1° de julio de 1811 en la que se vierten principios proclamados en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En efecto, en el documento venezolano se lee en el epígrafe referido a los *Derechos del Hombre en Sociedad*, que *el fin de la sociedad es la felicidad común, y el Gobierno se instituye al asegurarla* (Art. 1); que esta felicidad consiste en el goce de la libertad, de la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley (Art. 2); que “la ley se forma por la expresión libre y solemne de la voluntad general, y ésta se expresa por los apoderados que el pueblo elige para que representen sus derechos” (Art. 3); que “el derecho de manifestar sus pensamientos y opiniones por voz de la imprenta debe ser libre, haciéndose responsable a la ley si en ellos se trata de perturbar la tranquilidad pública o el dogma, la propiedad y el honor del ciudadano” (Art. 4); y otros numerales del mismo tenor de protección de los derechos individuales, así como de los deberes del cuerpo social, entre ellos, que la garantía social no puede existir sin que la ley determine claramente los límites de los poderes, ni cuando no se ha establecido la responsabilidad de los públicos funcionarios.

El 5 de julio de 1811 se declara solemnemente la *Independencia de Venezuela*, en un Acta en la cual los Representantes de las Provincias unidas de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo “que forman la Confederación Americana de Venezuela en el Continente Meridional, reunidos en Congreso, y considerando la plena y absoluta posesión de nuestros derechos, que recobramos justa y legítimamente desde el 19 de abril de 1810, en consecuencia de la Jornada de Bayona y la ocupación del Trono español por la conquista y sucesión de otra nueva dinastía constituida sin nuestro consentimiento, queremos, antes de usar de los derechos de que nos tuvo privados la fuerza por más de tres siglos, y nos ha restituido el orden político de los acontecimientos humanos, patentizar al Universo las razones que han emanado de estos mismos acontecimientos y autorizan el libre uso que vamos a hacer de nuestra Soberanía”, explanan largamente esas razones y seguidamente concluyen “creyendo con todas estas razones satisfecho el respeto que debemos a las opiniones del género humano y a la dignidad de las demás naciones, en cuyo número vamos a entrar, y con cuya comunicación y amistad contamos...” “a nombre y con la voluntad y autoridad que tenemos del virtuoso pueblo de Venezuela, declaramos solemnemente al mundo que sus Provincias unidas son, y deben ser desde hoy, de hecho y de derecho, Estados libres, soberanos e independientes y que están absueltos de toda sumisión de la Corona de España o de los que se dice o dijeren sus apoderados o representantes, y que como tal Estado libre e independiente tiene un pleno poder para darse la forma de gobierno que sea conforme a la voluntad general de sus pueblos, declarar la guerra, hacer la paz, formar alianzas, arreglar tratados de comercio, límites y navegación, hacer y ejecutar todos los demás actos que hacen y ejecutan las naciones libres e independientes”.

Actuando de conformidad con los designios expresados en el Acta de Independencia parcialmente transcrita, cinco meses más tarde, el 21 de diciembre de 1811 es sancionada la *primera Constitución de los Estados Unidos de Venezuela*, que viene a ser tam-

bién la primera Constitución de hispanoamérica, y con la cual *se inicia la constitucionalización de los derechos fundamentales en Venezuela* bajo el rubro “*Derechos del Hombre que se reconocerán y respetarán en toda la extensión del Estado*” (Capítulo VIII). En esta enunciación de derechos se aprecia con mayor contundencia la impronta de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en los revolucionarios venezolanos, tal como se evidencia del análisis comparativo entre el texto francés y la Carta venezolana realizado por el bibliógrafo Don *Pedro Grases* en su obra *Estudio sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959)

Véase, al efecto, el articulado constitucional venezolano de 1811, de corte marcadamente individualista y de fundamento *iusnaturalista*, siguiendo la misma orientación del documento citado.

El objeto de la sociedad es la felicidad común y los gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces y procurándole el más justo y honesto ejercicio de sus derechos. (Art. 151).

Estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. (Art. 152).

La libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña a los derechos de otros individuos, ni al cuerpo de la sociedad, cuyos límites sólo pueden determinarse por la ley, porque de otra suerte serían arbitrarios y ruinosos a la misma libertad. (Art. 153)

La igualdad consiste en que la ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja, ella no reconoce distinción de nacimiento, ni herencia de poderes. (Art. 154).

La propiedad es el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo e industria. (Art. 155)

La seguridad existe en la garantía y protección que la sociedad da a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. (Art. 156)

También contiene normas procedimentales sobre la libertad personal, entre ellas que “ninguno podrá ser juzgado, ni condenado al sufrimiento de alguna pena en materias criminales, sino después que haya sido oído legalmente. Toda persona en semejantes casos tendrá derecho para pedir el motivo de la acusación intentada contra ella y conocer de su naturaleza para ser confrontada con sus acusadores y testigos contrarios, para producir otros en su favor y cuantas pruebas puedan serle favorables dentro de términos regulares, por sí, por su poder o por defensor de su elección, y ninguna será compelida, ni forzada en ninguna causa a dar testimonio contra sí misma, como tampoco los ascendientes y descendientes, ni los colaterales, hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad” (Art. 160).

Y en términos casi idénticos a la fórmula expresada en la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia y en la Declaración de Independencia de las colonias norteamericanas de la Gran Bretaña, ambos documentos de 1776 e inspirados *como antes hemos dicho en este trabajo* en la doctrina de John Locke, la Constitución venezolana de 1811 reconoce y justifica en el artículo 191 *ejusdem* el derecho del pueblo a desconocer al gobierno cuya actuación se aparte de los principios y objetivos constitucionalmente establecidos. Dice así el citado precepto:

Artículo 191. Los Gobiernos se han constituido para la felicidad común, para la protección y seguridad de los pueblos que los componen, y no para benéfico honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia o de alguna clase de hombres en particular que sólo son una parte de la comunidad. *El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administra-*

ción, y cuantas veces se reconociere que un Gobierno es incapaz de llenar estos objetos o que fuere contrario a ellos, la mayoría de la nación tiene indubitablemente el derecho inalienable e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo del modo que juzgue más propio para procurar el bien público.

Por otra parte, no olvida el constituyente de 1811 la ingrata e injusta situación de los indígenas y esclavos, y a ellos dedica los artículos iniciales de las *Disposiciones Generales* (Cap IX), en los siguientes términos:

Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado *indios* no ha conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía española dictó a favor, porque los encargados del Gobierno en estos países tenían olvidada su ejecución, y como las bases del sistema de Gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que las de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraer a los referidos ciudadanos naturales a estas casas de ilustración y enseñanza, hacerles comprender la íntima unión que tienen con todos los demás ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno y de los derechos que gozan por sólo el hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie, a fin de conseguir por este medio sacarlos del abatimiento o rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas y que no permanezcan por más tiempo aislados y aun temerosos de tratar a los demás hombres, prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna, y permitiéndoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión para que, a proporción entre los padres de familia de cada pueblo los dividan y dispongan de ellas como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales. (Art. 200)

Se revocan, por consiguiente, y quedan sin valor alguno, las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos Tribunales, protectores y privilegios de menor edad a dichos naturales, las cuales, dirigiéndose al parecer a protegerlos, les han perjudicado sobremanera, según ha acreditado la experiencia. (Art. 201)

El comercio inicuo de negros, prohibido por decreto de la Junta Suprema de Caracas en 14 de agosto de 1810, queda solemne y constitucionalmente abolido en todo el territorio de la Unión, sin que puedan en modo alguno introducirse esclavos de ninguna especie por vía de especulación mercantil. (Art. 201)

Del mismo modo quedan revocadas y anuladas en todas sus partes las leyes antiguas que imponían degradación civil a una parte de la población libre de Venezuela conocida hasta ahora bajo la denominación de *pardos*; éstos quedan en posesión de su estimación natural y civil y restituidos a los imprescriptibles derechos que les corresponden como a los demás ciudadanos. (Art. 203). (Toda la *normativa* histórica vertida en este trabajo la he extraído de la *Compilación de las Constituciones de Venezuela* con Estudio Preliminar de Allan R. Brewer-Carías, Imprenta Fareso, Madrid, 1985).

Ahora bien, como se sabe, la naciente República se pierde el año siguiente (1812) con la Capitulación del General patriota Francisco de Miranda ante las tropas realistas de Domingo Monteverde y nuestro país entra en una prolongada, cruel y devastadora lucha por lograr su independencia, signada por victorias y derrotas, hasta la definitiva libertad de Venezuela en Carabobo el 24 de junio de 1821. De ahí que difícilmente pueda hablarse en esta etapa de nuestra historia de respeto de los derechos humanos, pues lo que privaba era *el derecho de la guerra (jus belli)* y es con ese fundamento que Simón Bolívar, investido de poder de facto, legisla mediante Decretos y Proclamas.

Ello explica el cuestionado *Decreto de Guerra a Muerte*, proclama de El Libertador de 1813 en plena *Campaña Admirable* para reconquistar la naciente República en la que promete a los españoles y canarios contar con la muerte aun siendo inocentes, amenaza que extiende a quien directa o indirectamente contribuyese a turbar el orden, paz y tranquilidad pública “sin que lo favorezca el sagrado de la ley, cumplida ya en todas sus partes; pero con la diferencia que para aquellos que antes han sido traidores a su patria y a sus conciudadanos y reincidiesen en ello, bastarán sospechas vehementes para ser ejecutados”.

En contraposición, Bolívar indulta a los americanos que se hubieren alistado en las huestes realistas “si se presenta al juez de su pueblo u otra cualquiera autoridad pública, en el término de un mes, y no se le perseguirá en manera alguna por haber servido en el ejército español o por haberse alistado en las cuadrillas de salteadores”.

En ese mismo marco de la guerra cruenta que imponía la necesidad de la recaudación de fondos para sostenerla, también en 1813 Bolívar ordena pasar por las armas a “todo aquel que fuere convencido de haber defraudado los caudales de la renta nacional de tabaco, o vendiéndole clandestinamente fuera del estanco, o dilapidándolos con robos y manejos ilícitos” (Ley contra los defraudadores de la Renta de Tabaco).

En todo caso, ninguno de estos actos es comparable al delito de *genocidio* perpetrado por los jefes realistas. No es lo mismo destruir grupos humanos no beligerantes, que fusilar combatientes por represalias bélicas. Esta diferencia la establece claramente el ilustre académico y penalista Don Tulio Chiossone, en estos términos:

“Pensamos que durante la guerra de la emancipación venezolana, podía hablarse de genocidio en los casos cuando jefes de las primeras montoneras realistas asesinaron, por razones políticas, a grupos humanos”, y se refiere seguidamente a los hechos históricos de los cuales deduce la existencia de este delito en los años primigenios de nuestra nacionalidad, así:

“Hubo un grupo de oficiales españoles que se distinguió por su ferocidad, o sea, por el asesinato de grupos de ciudadanos que no se alistaban en sus filas. Ellos fueron: Boves, Rosete, Morales, Cervera, Antoñanzas, Suazola y otros. Pero no obstante que todos ellos fueron genocidas, y así debe juzgarlos la historia, el enemigo más formidable fue Boves -según expone el general O’Leary-, por sus numerosos secuaces, por el terror de su nombre y por la atrocidad de sus hechos, nublaba el horizonte del sur con sus huestes desenfrenadas. Boves, seguido por un enjambre de ladrones y asesinos, después de haber devastado todo el país, desde las márgenes del Orinoco hasta las cercanías de los valles de Aragua, amenazaba esta vez a Valencia y Caracas. En esa marcha de más de cien leguas, destruyó todas las poblaciones por donde pasó, e hizo matar a los habitantes que por su sexo o por las enfermedades no podían engrosar sus filas”. Rosete *escribe el Dr. Chiossone* émulo de Boves en la crueldad genocida, “pasa a cuchillo a los indefensos habitantes de Ocumare, sin respetar el templo donde se habían congregado en busca de un asilo sagrado que creyeron inviolable”.

“No hay para qué describir la masacre de Valencia en la que pereció el doctor Espejo. En Cumaná -cita a O’Leary- ‘mil víctimas fueron asesinadas en aquella ciudad, fuera de las que por huir de su mano de hierro se dieron voluntariamente la muerte, y de las que tratando de escaparse se arrojaron al mar con la loca esperanza de alcanzar los buques que a toda vela se escapaban del puerto’. Boves y sus secuaces y quienes lo sucedieron después de su muerte en la batalla de Urica, continuaron la destrucción de todo lo que fuese *americano* (Tulio Chiossone: *Formación Jurídica de Venezuela en la Co-*

lonia y la República. Universidad Central de Venezuela. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, 1980, p. 139. La cita del General Daniel Florencio O'Leary la extrae de sus *Memorias*, Tomo I. p. 234, Imprenta Nacional. (1953).

Baste esta comprimida narración de hechos para comprender y justificar las ejecuciones ordenadas por Bolívar en el curso de la guerra de independencia y desmontar las alevosas críticas de ser detractores.

Lo que no podría osar poner en duda ningún historiador, aparte del valor como guerrero y estrategia de Bolívar, es la enorme capacidad organizativa de El Libertador, su inteligencia creadora, innovadora, analítica, su formación humanista y su devoción por la juricidad y la legalidad, como dan fe numerosos documentos que constituyen legado transmitido a los venezolanos y a todos los americanos.

Uno de esos documentos, de extraordinaria importancia, es el proyecto de Constitución propuesto por el General Bolívar al Congreso de Angostura, presentado por él ante ese órgano legislativo en un Discurso (*Discurso de Angostura*) que es una auténtica pieza literaria, jurídica y política. En esta Constitución, sancionada el 15 de agosto de 1819, se crean nuevas instituciones necesarias para la organización de la República y se consolidan otras que ya existían desde 1817, especialmente en el campo de la administración de justicia y en materia hacendística y, en general, administrativa. Acerca del valor histórico de estos documentos de 1819 expresa el historiador Don Indalecio Liévano Aguirre lo siguiente:

Hasta ese momento, los cuerpos representativos o constituyentes reunidos en el mundo americano no habían tenido aspiración distinta de la de copiar sin discriminaciones las Constituciones liberales de los distintos Estados de la Unión Americana, especialmente las de Maryland y Massachusetts, o transplantar a América, en idéntica forma, los regímenes monárquicos europeos, como venía acaeciendo en el Río de la Plata. Pero en 1819 los legisladores reunidos en Angostura, se encontraron por primera vez ante una situación radicalmente nueva. El proyecto de Constitución presentado a ellos, muy especialmente el discurso del Libertador, les señalaban un novedoso rumbo de Derecho Público americano. No más imitaciones subalternas de instituciones exóticas para las realidades del Nuevo Mundo, tal era el espíritu de estos dos grandes documentos, con los cuales Simón Bolívar ofrecía a la inteligencia americana la oportunidad histórica de independizarse de la inteligencia europea, como se estaba emancipando de su dominio político. (Indalecio Liévano Aguirre: *Bolívar*. Editorial El Liberal, S.A. Bogotá, p. 215)

Entre las instituciones novedosas que propone El Libertador, recuérdese la creación de un *Poder Moral de la República*, constituido por un Presidente y cuarenta miembros que, bajo la denominación de *Aerópago* ejercería “una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera Educación”. Este Aerópago se compondría de dos Cámaras: la de Moral y la de Educación. Según se lee en el texto propuesto, “la Cámara de Moral dirige la opinión moral de toda la República, castiga los vicios con el oprobio y la infamia y premia las virtudes públicas con los honores y la gloria”, y la Cámara de Educación “está encargada de la educación física y moral de los niños, desde su nacimiento hasta la edad de doce años cumplidos”. Como se sabe, este proyecto fue considerado por todos los Diputados del Congreso como de muy difícil establecimiento y absolutamente impracticable, por lo que, después de largos debates, prevaleció entre ellos el parecer de que “en la infancia de nuestra política y tratándose de objetos tan interesantes al Estado y aun a la humanidad” no debían fiarse de sus teorías y raciocinios en pro ni en contra del proyecto, conviniendo consultar “la opinión de los sabios de todos los países por medio de la imprenta” “hacer algunos ensayos parciales y reunir hechos que comprobasen las ventajas o los perjuicios de esta nueva institución para en su vista proceder a ponerla en ejecución o rechazarla”, decretándose,

en consecuencia que el Título del Poder Moral se publicase como Apéndice de la Constitución.

Ahora bien, ciñéndonos únicamente al tema de los derechos humanos que nos ocupa, la Carta de 1819 no innova respecto a su esencia y definición ya plasmada en la Constitución de 1811, ésta a su vez inspirada en las ideas de los teóricos revolucionarios del siglo XVIII y en los documentos que las contienen, especialmente en relación con el carácter iusnaturalista de los derechos. Lo que sí hace el constituyente de 1819 es que privilegia la materia de los derechos fundamentales, en el sentido de que no los incorpora como un capítulo más en el articulado de la Constitución sino que encabeza ese texto normativo con los *Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano*. (Título I, arts. 1 al 16).

En su Discurso de presentación del proyecto de Constitución, Bolívar exhorta a los legisladores en Angostura a garantizar “*la libertad civil*, la más preciosa, la más justa, la más necesaria, en una palabra, la única libertad, pues sin ella las demás son nulas”. Sobre la *igualdad* opina en esa misma ocasión que “el principio fundamental de nuestro sistema depende inmediata y exclusivamente de la *igualdad* establecida y practicada en Venezuela”, que es principio sancionado por la pluralidad de los sabios *que los hombres nacen todos con derechos iguales a los bienes de la sociedad*. Consideración especial le merece *la esclavitud* que es, en sus palabras, *la hija de las tinieblas* y vehementemente pide a los Diputados de Angostura “la confirmación de la libertad absoluta de los esclavos, como imploraría por mi vida y la vida de la República”, exhorto que fue atendido en los términos del artículo 14 según el cual “todo hombre hábil para contratar puede empeñar y comprometer sus servicios y su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido. *En ningún caso puede ser el hombre una propiedad enajenable*”. Esta disposición - que no se repite en las dos Constituciones siguientes (1821 y 1830)- fue durante mucho tiempo letra muerta en Venezuela hasta 1854 cuando el gobierno de José Gregorio Monagas promulga la *Ley de Abolición de la Esclavitud* en todo nuestro territorio, lo cual se constitucionaliza en la Carta de 1857. Sin embargo, durante ese intervalo hubo al menos dos intentos fallidos para erradicarla. El primero en 1821, con la *Ley de Libertad de Vientres* dictada a instancias del Libertador, y el segundo, en 1846, con un proyecto de ley introducido al Congreso, que permitía contratar un empréstito en el extranjero a fin de emancipar completamente a los esclavos indemnizando a sus dueños, proyecto que no se aprobó por la situación electoral de 1846 y sólo se concretó como dije, en 1854 (Ver en extenso: Gil Fortoul: *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo II, p. 311).

Sobre este mismo asunto, refiriéndose a la situación económica de Venezuela durante el siglo XIX y particularmente en el primer período de la vida republicana, Brewer-Carías comenta:

...La fuerza fundamental de trabajo en las faenas agrícolas continuaba siendo esclava o formada por libertos enfeudados, y ello a pesar de la política continua desde la Independencia de eliminar la esclavitud, primero por la aplicación de las normas de manumisión que venían de la Colonia y que permitían la compra de la libertad o su otorgamiento voluntario; y segundo, por la *Ley de Libertad de Vientres de 1821* (respuesta corta a la petición de Bolívar, desde Valencia, de que el Congreso le concediera en recompensa de la Batalla de Carabobo “la libertad absoluta de todos los colombianos en el acto de nacer en el territorio de la República”) la cual aseguraba la libertad de los hijos de esclavos después de que cumplieran 18 años. El proceso de liberación, sin embargo, era pagado por el Estado a los dueños mediante impuestos, organizándose una Junta de Manumisión que administraba el proceso y la tarifa. (A.R. Brewer-Carías: *Cinco Siglos de Historia y un País en Crisis*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales -Comisión Presidencial V Centenario de Venezuela. Caracas, 1998, p. 60).

El pensamiento de Simón Bolívar impregna no sólo el acontecer político, jurídico e institucional de Venezuela y de las naciones que libera del yugo español, pues también ha de destacarse su impronta en la formación de conciencia ciudadana por el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, de lo cual encontramos signos inequívocos en abundante documentación, de la que sólo extraeremos algunos ejemplos.

En carta del 27 de agosto de 1820 dirigida al Comandante Don Francisco Doña enfatiza que el hombre “no tiene más patria que aquella en que se protegen los derechos de los ciudadanos y se respeta el carácter sagrado de la humanidad”; “la nuestra - escribe- es la madre de todos los hombres libres y justos sin distinción de origen y condición”.

En Bolivia, en 1826, al presentar ante el Congreso el proyecto de Constitución elaborado para esa nación, es reiterativo en su planteamiento de la necesidad de conservar en toda su pureza la salvaguardia de los derechos individuales y recordar a los constituyentes bolivianos que esos derechos son “la libertad, la igualdad, la seguridad, todas las garantías de orden social”.

La siguiente *Constitución* firmada en el Rosario de Cúcuta por el Congreso General de Colombia el 30 de agosto de 1821 y con la cual se crea la Gran Colombia (que une el antiguo Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela). “en orden a fijar las reglas fundamentales de su unión y establecer una forma de gobierno que les afiance los bienes de su libertad, seguridad, propiedad e igualdad, como es dado a una nación que comienza su carrera política y que todavía lucha por su independencia”, acentúa en las *Disposiciones Generales* (Título VIII) el aspecto de la libertad personal y establece una serie de normas de tipo procedimental para asegurar su efectividad.

En los años siguientes se dictan en Venezuela una serie de leyes importantes, entre ellas, en lo que hace relación con los derechos fundamentales:

-“Ley sobre la extensión de la *libertad de imprenta* y sobre calificación y castigo de los abusos” (14 de septiembre de 1821), reglamentaria de la garantía sobre la libre expresión del pensamiento.

-“Ley reglamentaria de la *garantía de la inviolabilidad del secreto*”. (3 de agosto de 1824), que establece el modo de registrar o interceptar la correspondencia y papeles privados y el respectivo procedimiento.

-“Ley reglamentaria de la *garantía sobre inviolabilidad del domicilio*”, (3 de agosto de 1824), establece casos de allanamiento y el procedimiento respectivo.

-“*Ley de Procedimiento en las causas de hurto*”. (3 de mayo de 1826), establece las categorías de vagos y maleantes y define los delitos de hurto y robo, señalando para ellos la *pena de muerte* en los casos de escalamiento o fractura, o al ser cometidos de noche o con armas.

En la configuración de estas leyes y otros actos normativos dictados durante el prolongado y duro proceso emancipador, no hay que olvidar el acervo jurídico, la tradición legislativa recibida de la Colonia como elemento que coadyuvó de manera significativa al mantenimiento de la juridicidad durante ese periodo histórico. En ese sentido, el Dr. Chiossone reflexiona que habría sido imposible que la organización política e institucional que dio España en más de tres siglos a los diversos países americanos después del descubrimiento, pudiera desaparecer de un momento a otro, “pues con todos los vicios que pudieran achacársele, había formado una conciencia jurídica que siguió por muchos años sirviendo de pedestal a los nuevos Estados una vez emancipados”. En

efecto, *agrega* “las leyes de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas del Rey Sabio siguieron aplicándose no sólo en la Gran Colombia, sino en Venezuela, después de su separación en 1830 y hasta 1873, especialmente en materia penal”. (T. Ch. *Formación Jurídica de Venezuela... op. cit.* pp 134-135)

Disuelta La Gran Colombia, la Constitución sancionada en Valencia el *21 de septiembre de 1830* (considerada por la mayoría de los historiadores la primera Constitución del Estado venezolano autónomo. Pablo Ruggieri Parra: *La Supremacía de la Constitución y su Defensa*), se inspira en los textos que le precedieron en lo atinente a las libertades y garantías individuales, aunque más profusa en las normas procedimentales.

En efecto, por una parte, reitera el precepto que data de 1811 -el cual se reproduce en términos similares en Cartas posteriores-, que *declara culpable y objeto de castigo a los que expidieren, firmaren, ejecutaren o mandaren ejecutar decretos, órdenes o resoluciones contrarias a la Constitución y Leyes que garantizan los derechos individuales* (Art. 187).

Y en el aspecto procesal establece una extensa normativa (Arts. 194 al 204) relativa a las detenciones y arresto, en las que se perfila, aunque embrionariamente, la figura procesal del *habeas corpus* que luego, en una ley dictada bajo el imperio de dicha Constitución, el *25 de marzo de 1850* sobre Tribunales y Juzgados, se percibe más nítidamente al precisar que:

cuando cualquier funcionario público estuviere formando actuación criminal contra cualquier persona, o hubiese dictado decreto de prisión, el interesado y cualquiera a su nombre puede ocurrir a la Corte Superior respectiva *por vía de amparo y protección*, y ésta mandando a suspender el procedimiento, pedirá la actuación, y en su vista, si lo encuentra de justicia, podrá levantar la providencia opresiva (Art. 10)

Asimismo, durante el período de vigencia de esta Constitución (1830 a 1857) se sancionaron en Venezuela otros instrumentos jurídicos de extraordinaria importancia en el ámbito de los derechos humanos, considerados pioneros en este campo por prestigiosas instituciones dedicadas a la materia, como Amnistía Internacional.

Tal es el caso del *Decreto de Abolición de la Pena de Muerte*, aunque restringido a los delitos políticos, dictado por el Presidente José Tadeo Monagas en *1849*, y la *Ley de Abolición de la Esclavitud* promulgada por el Congreso en 1854 durante el gobierno de José Gregorio Monagas, a la cual ya me referí *supra*. Ambas prohibiciones adquirieron rango constitucional en la carta de *1857* en sus artículos 98 y 99 que rezan: “queda abolida para siempre la pena capital en los delitos políticos”, y “jamás podrá restablecerse la esclavitud en Venezuela”.

La *Constitución de 1858* reviste también importancia porque por primera vez, en el Título (V) correspondiente a los derechos individuales se consagra un artículo que reconoce expresamente la existencia de derechos individuales que no estén comprendidos en el texto constitucional, precepto que, a partir de allí, se encuentra en casi todas las Constituciones venezolanas y que resulta exactamente equivalente al artículo 50 de la derogada Constitución de 1961 y al 22 de la vigente de 1999. Ese artículo de la Carta de 1858 estaba redactado así:

La precedente enumeración de derechos no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros derechos que puedan corresponder a los individuos y que no estén comprendidos en este título. (Art. 28)

(Igual en las *Constituciones de 1909*, art. 25; *1914*, art. 17; *1922*, art. 23; *1925*, art. 33; *1928*, art. 33; *1929*, art. 33; *1931*, art. 33; *1936*, art. 33; *1945*, art. 34; *1947*, art. 25 y *1953*, art. 32).

La novedad de la Constitución de 1864 respecto a las anteriores es que *habilita a cualquier ciudadano para acusar a quienes* expidieren, firmaren, ejecutaren o mandaren ejecutar decretos, órdenes o resoluciones que *violen o infrinjan cualquiera de las garantías acordadas a los venezolanos*. (Art. 17). Esta habilitación genérica se reproduce en iguales términos en las Cartas de 1874, 1881, 1891 y 1893 con la misma nomenclatura (art. 17) y en la de 1901, (artículo 19), y luego desaparece de nuestro ordenamiento constitucional para resurgir, con una formulación mucho más amplia en 1961.

En efecto, la *Constitución del 23 de enero de 1961*, vigente durante 38 años y, por ende, la de más larga duración en toda nuestra historia republicana, representa un aporte encomiable en el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales esquemáticamente descrito en estas páginas, pues no se limita a *extender* la protección de los derechos inherentes a la persona humana a aquellos que no estén expresamente incluidos en la Constitución, como venía ocurriendo en nuestro ordenamiento constitucional desde 1858 sino que, además, advierte que la falta de ley reglamentaria no menoscaba el ejercicio de esos derechos; y por otra parte, establece la vía judicial para exigir el respeto de los mismos, a cuyo efecto habilita a los tribunales de la República y les indica el procedimiento expedito a seguir. Tales disposiciones están formuladas en los siguientes términos:

Artículo 49. Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario; y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Artículo 50. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

De esta forma, el constituyente de 1961 recoge y amplía el postulado contenido en el *artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos* (París-1948), -reforzada y actualizada posteriormente en varios textos internacionales-, que es de este tenor:

Toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

No obstante, la transcrita normativa venezolana calificada por el reconocido constitucionalista mexicano Héctor Fix Zamudio como “uno de los aciertos más destacados de la avanzada Carta Fundamental de 1961”, no siempre fue genuinamente interpretada en su verdadero alcance por la jurisprudencia patria que, dubitativamente, oscilaba entre considerar que el artículo 49 sólo era una norma programática inaplicable en ausencia de una ley que regulara su contenido, o en aplicarlo excediéndose en su interpretación y tergiversando el espíritu de este formidable instituto jurídico de protección. (Para un estudio exhaustivo del amparo en Venezuela, sus antecedentes, doctrina y jurisprudencia, véase el excelente trabajo de Rafael J Chavero Gazdick: *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood, Caracas, 2001).

En todo caso, la esperada ley sólo fue sancionada y promulgada veintiocho años más tarde, el 22 de enero de 1988 (G.O. Ext. 34.060 del 27-01-88). En esta *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* se desarrollan los indicados preceptos constitucionales y se establece una amplia regulación procesal de las acciones y recursos pertinentes para impedir el menoscabo de esos derechos y garantías, sea por una ley, una sentencia, un acto administrativo o por los particulares. Esta Ley ha sido a

su vez, *reinterpretada* por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (creada en la Constitución de 1999) en varios fallos en los cuales modifica sustancialmente el régimen de competencias contemplado en la Ley Orgánica de Amparo y transforma también de manera significativa la regulación procedimental para el ejercicio de las acciones y recursos en materia de amparo, lo que ha llevado a algunos comentaristas jurídicos a opinar que la referida Sala se ha extralimitado en su rol de intérprete constitucional invadiendo el campo del legislador. Las decisiones más ilustrativas, en lo que atañe a la competencia y el procedimiento de amparo constitucional fueron pronunciadas, en su mayoría, en el año 2000 y se identifican así: Caso *Emery Mata Millán* (20 de enero de 2000); Caso *C.A. Electricidad del Centro* (Elecentro) del 14 de marzo del mismo año; Caso *Yoslena Chanchamire Bastardo* (8 de diciembre 2000); y Caso *José Armando Mejía* del 1º de febrero de 2000, en cuanto a las reglas procesales. (Todas pueden ser consultadas in extenso en el citado libro de Rafael J. Chavero).

Recapitulando lo hasta aquí escrito, creo que es justo reconocer que Venezuela ha exhibido en su devenir republicano una legislación de vanguardia en el terreno de los derechos fundamentales, en el contexto de las naciones latinoamericanas. En efecto, hemos visto cómo desde muy temprano, se han asimilado las corrientes doctrinarias progresistas y asumido los contenidos declarativos de derechos en instrumentos universales y regionales, tratando de acoplarlos a nuestras realidades y dinámica social, política, económica y cultural. Consecuentemente y sin dejar de lado la consideración de los derechos fundamentales esenciales, primarios, se han ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico los derechos denominados de segunda, tercera y cuarta generación, de reciente aparición en el mundo globalizado, a los que ya me referí en el Capítulo I de este trabajo.

La Constitución vigente, aprobada por los venezolanos en *referendum* del 15 de diciembre de 1999 (de la que se tienen tres versiones, la última publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.453 del 24-03-2000) y con la cual se cierra un ciclo constitucional de casi dos siglos, es ciertamente la más audaz, completa y actualizada respecto a las precedentes en el tratamiento de los derechos fundamentales, tanto en su concepción y estructura como en la extensión de los derechos tutelados.

Resumiré a continuación los aspectos que estimo más relevantes del vasto repertorio de derechos que introduce la novísima Carta de 1999, así como las instituciones y mecanismos de protección y garantía que se crean en orden a la eficacia de esos derechos.

En tal sentido:

-Comienza por proclamar como valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. (Artículo 2)

-Afirma que el Estado garantizará a toda persona, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, los cuales deben ser obligatoriamente respetados y garantizados por los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. (Art 19)

-Desarrolla el principio de igualdad ante la ley, sin discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, o que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos y libertades de las personas. (Art 21).

-Mantiene la cláusula abierta de protección de los derechos inherentes a la persona humana aunque no estén expresamente señalados en la Constitución o no exista ley que los reglamente. (Art. 22)

-Otorga por primera vez, jerarquía supraconstitucional a los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales han de prevalecer en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a los establecidos en la Constitución y leyes de la República, y previene la aplicación inmediata y directa de esos instrumentos internacionales por los tribunales y demás órganos del Poder Público venezolano. (Art. 23).

-Reafirma el derecho de todas las personas de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. (Art. 26).

-Garantiza una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. (Art. 26).

-Reformula el derecho de amparo al goce y ejercicio de los derechos constitucionales, y precisa que el procedimiento para obtenerlo será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, facultando al tribunal para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella, debiendo tramitarse en cualquier tiempo y con preferencia a cualquier otro asunto. (Art. 27).

-Advierte que el derecho de la libertad o seguridad personal no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales. (Art. 27).

-Introduce en Venezuela el habeas data que, en los términos de esta Carta, es el derecho de todas las personas “de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen legítimamente sus derechos” e igualmente autoriza acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas, dejando a salvo el secreto de las fuentes de información periodística o de otras profesiones que determine la ley. (Art. 28).

-Obliga al Estado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. (Art. 29).

-Establece la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra, y advierte que tales delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía. (Art. 29).

-Otorga expresamente el conocimiento de los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra, a los tribunales ordinarios; y advierte que las acciones para sancionar tales delitos son imprescriptibles. (Art. 29).

-Compromete al Estado a indemnizar integralmente a las víctimas o a sus derechohabientes de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables a él. (Art. 30).

-*Otorga el derecho a los nacionales para solicitar amparo a sus derechos humanos ante los órganos internacionales* creados para tales fines en los tratados, pactos y convenciones ratificados por la República. (Art. 31).

-*Reafirma la proscripción absoluta de la pena de muerte.* (Art. 43).

-*Reafirma la proscripción de la esclavitud o servidumbre.* (Art. 54).

-*Compromete al Estado a proteger la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad* en cualquier otra forma. (Art. 43).

-*Prohíbe a la autoridad pública, civil o militar, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas,* aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías. (Art. 45).

-*Prohíbe el sometimiento de las personas a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.* (Art. 46.1).

-*Faculta a los particulares para solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados.* (Art. 49.8)

-*Garantiza la libertad de expresión,* sin censura previa. (Art. 57)

-*Garantiza la libertad de religión y de culto* (Art. 59) *y de conciencia* (Art. 61)

-*Otorga derecho a todos los ciudadanos a manifestar pacíficamente y sin armas.* (Art. 68)

-*Prohíbe a los cuerpos policiales y de seguridad del Estado el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas.* (Art. 68)

-*Reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio.* (Art. 69).

-*Reitera el derecho de los ciudadanos a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación,* y para preservar este derecho limita el uso de la informática. (Art. 60).

-*Crea nuevas formas de participación ciudadana:*

-*El Cabildo Abierto* (Art. 70).

-*La Asamblea de Ciudadanos,* de carácter vinculante, (Art 70).

-*Los referendos: consultivo* (Art. 71); *revocatorio* (Art. 72); *aprobatario* (Art. 73); y *abrogatorio* (Art. 74).

-*Los Comités: Comité de Postulaciones Judiciales* (Art. 255 y 270); *Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano* (Art. 279); y *Comité de Postulaciones Electorales.* (Art. 295).

-*Reconoce 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. (Art. 119).

-*Obliga al Estado a 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. (Art. 127).

-*Prohíbe patentar el genoma de los seres vivos.* (Art. 127).

-*Crea un Poder Ciudadano*, que se ejerce por un *Consejo Moral Republicano*, (integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República), con el objeto de prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público; y promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo. (Arts. 274 y 275).

-*Crea la figura del Defensor del Pueblo* (antes inexistente), cuya *función primordial es la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos*, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos. (Art. 280).

-*Crea un Poder Electoral*, regulado en los artículos 292 al 298, con lo cual el Poder Público Nacional se divide en: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (Art. 136).

-*Prohíbe la partidización* en la función pública, y enfatiza que el nombramiento o remoción de los funcionarios no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. (Art. 145).

-*Crea el Tribunal Supremo de Justicia*, en sustitución de la Corte Suprema de Justicia, con nueva estructura y adición de competencias. (Art. 262).

-*Crea una Sala Constitucional* en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, cuya misión primordial es *garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*; ser el máximo y último intérprete de la Constitución y velar por su uniforme interpretación y aplicación. (Arts 335 y 336).

-*Prevé los Estados de Excepción y califica* las circunstancias de su procedencia que pueden ser: de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, y resulten insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. (Art. 337) (*Estado de Alarma; Estado de Emergencia Económica y Estado de Comoción Interior o Exterior*). (Art. 338).

-*Reformula el derecho de los ciudadanos a la rebelión legítima o desobediencia a las autoridades*, previsto en nuestro ordenamiento constitucional en la Carta de 1811 y no reproducido en las posteriores, en los siguientes términos:

Artículo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

Estas son, *en el papel*, las contribuciones más relevantes algunas, y más novedosas otras, que la Constitución venezolana de 1999 aporta, en mi criterio, al tema de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero no basta con las aparentes excelencias antes reseñadas en la letra constitucional. No debemos ufanarnos demasiado de una Constitución que ha sido presentada por sus autores como paradigma en el concierto de las naciones latinoamericanas, si sus buenos principios y las solemnes declaraciones de derechos humanos que contiene no tienen rigurosa aplicación y suficientes garantías de acatamiento. A tan sólo tres años de vigencia, resulta paradójico observar con tristeza cómo, frente a tanta excelencia teórica existan graves signos negativos en el escenario nacional provenientes, tanto de los propios operadores constitucionales como de las autoridades públicas en todos los niveles y más grave aún, en la más alta jerarquía que no solo desconocen o abiertamente contrarían los preceptos constitucionales, sino que

también, irónicamente estimulan la impunidad ante tales graves desviaciones por la debilidad de las instituciones precisamente creadas para impedir las o sancionarlas.

Es obligante entender que la edificación y mantenimiento de una sociedad libre y democrática descansa esencialmente en la cultura cívica de los derechos fundamentales de los individuos que conforman esa sociedad, en la fortaleza de sus instituciones, en la estricta sumisión a la ley por parte de las autoridades y en una efectiva y no ficticia separación de los poderes públicos constitucionalmente instituidos, elemento que constituye pilar fundamental de un verdadero Estado de Derecho, según las sabias enseñanzas de sus teóricos Locke, Montesquieu y Rousseau, y sobre cuya carencia se pronunció el Libertador en determinado momento:

Huid del país donde un solo hombre ejerza todos los poderes. Es un país de esclavos.

§ 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Jesús María Casal H.

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos examinar las condiciones que es preciso cumplir para la limitación o restricción de derechos fundamentales, desde la perspectiva del Derecho venezolano, aunque teniendo también en consideración la doctrina al respecto establecida por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes del Derecho comparado y de la teoría de los derechos fundamentales. Este estudio se centrará en las limitaciones o restricciones al goce o ejercicio de tales derechos que es lícito prever en tiempos de normalidad, dejando de lado las singularidades propias del régimen jurídico de los estados de excepción, ocasionados por circunstancias extraordinarias.

Es conveniente iniciar la exposición del tema recordando el significativo giro que se ha producido en el constitucionalismo en lo concerniente a las relaciones de la legislación con los derechos esenciales de la persona. Es en virtud de ese giro que cabe hoy hablar de las exigencias que el poder público, incluyendo al legislador, debe colmar para limitar o restringir válidamente derechos fundamentales, pues éstos ya no se encuentran a disposición de la ley sino que postulan una fuerza normativa propia, dimanante de la Constitución, y ostentan una pretensión general de validez y aplicación que sólo admite límites justificados materialmente y establecidos con arreglo a ciertos parámetros formales.

En la experiencia de Europa continental, la época de proclamación en declaraciones y luego de reconocimiento constitucional de los derechos individuales se caracterizó por el papel capital atribuido a la ley en la recepción y protección de tales derechos, el cual se tradujo en un legicentrismo¹ que supeditaba la eficacia de los derechos a la ley y que luego desembocó en un positivismo extraño al ideario y a los fundamentos filosóficos de la Revolución francesa.

Los derechos de la persona sólo valían en el ámbito de la ley. La ley, concebida como emanación de la voluntad general e instrumento de resguardo por excelencia de los derechos individuales, pasó a ocupar la posición preferente que se quería conceder a los derechos, hasta el punto que éstos no podían invocarse, como facultades jurídicas, fuera de la ley, mucho menos por encima de la ley.

La primacía de la ley, que representaba sin duda una conquista frente a los excesos de la monarquía absoluta, no era tanto una garantía de libertades previas, que tuvieran

1. Según la expresión de RIALS, Stephan, comentada por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en su magnífica obra *La lengua de los derechos*, Alianza Editorial, Madrid 1999, p. 79.

fuerza jurídica suficiente para expandirse y ser exigibles aun a falta de ley, cuanto la manifestación de privilegios que se quisieron trasladar del monarca al parlamento, como supremo representante de la nación, que estaría sometido, no obstante, a la separación de los poderes y a ciertos límites internos a la misma ley (generalidad y abstracción).

Claramente ha expresado Zagrebelsky los exactos alcances de lo que sería la concepción decimonónica de los derechos:

En el fondo, incluso la proclamación de determinados derechos en las Cartas constitucionales sólo operaba jurídicamente como simple directiva no vinculante. Cuando en virtud de factores políticos prejurídicos prevaleciese en la ley una cierta concepción -la *liberal*, precisamente- de las relaciones entre el Estado y los individuos, aquélla podía operar como marco constitucional de la libertad. Pero como el alcance concreto de los derechos venía fijado por la ley, su función protectora de la libertad podía tornarse limitación e incluso abolición de la misma cuando prevaleciesen orientaciones histórico-políticas opuestas².

Habría que esperar al primer tercio del siglo XX y, sobre todo, a la segunda posguerra para que se generalizara en el pensamiento constitucional europeo la convicción de la supremacía de los derechos fundamentales de la persona sobre la ley, los cuales fueron incluso erigidos en componente principal de una *superlegalidad o legitimidad constitucional*³ situada por encima de la Constitución escrita. Por su parte, el constitucionalismo norteamericano había evolucionado tempranamente en esta dirección, por no haber llevado a cuestras el jacobinismo o el mito de la soberanía del parlamento, que tanto dificultó en Europa el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos en ésta consagrados, de lo cual aún subsisten algunos resabios.

En los países latinoamericanos, tributarios de una doble influencia europea y norteamericana en su evolución jurídico-constitucional, no se arraigó la tesis de la soberanía del parlamento sino la de la supremacía de la Constitución y de los derechos individuales⁴, pero en la mayoría de los países fue vencida en la práctica por la precariedad institucional derivada de las guerras de independencia y por el caudillismo.

Por tanto, con diversidad de antecedentes y de evolución, se ha impuesto en el constitucionalismo la primacía de los derechos inherentes a la persona, más aún a causa de su internacionalización, que ha cristalizado en los variados sistemas y mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. Estos derechos valen jurídicamente por su solo reconocimiento constitucional, sin perjuicio de la posibilidad de remontarnos a su carácter suprapositivo o a las consecuencias de su proclamación en instrumentos internacionales.

En suma, la regulación legal de derechos humanos o derechos fundamentales no es condición para su existencia u operatividad jurídica. Ningún órgano del poder público es dueño de estos derechos, previos y superiores a la ley, siendo más bien la ley que pretenda imponerles restricciones la que debe justificarse, mediante el cumplimiento de requisitos materiales y formales cuya observancia, además, el legislador está en la obligación de acreditar. Los derechos de la persona, pues, antes que estar supeditados en su vigencia a la voluntad del legislador, condicionan la tarea legislativa, lo cual no impide

2. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid 1995, pp. 49-50.

3. HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1927, pp. 325 y ss.

4. Muestra de ello es el artículo 199 de la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 1811*, según el cual toda ley contraria a los derechos consagrados *será absolutamente nula y de ningún valor*.

que la ley pueda restringir o limitar su goce o ejercicio, con carácter declarativo o constitutivo, si satisface las exigencias que se analizarán después de introducir algunas precisiones terminológicas y conceptuales.

II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Son variadas las expresiones que se han empleado para designar el conjunto de derechos que corresponden a la persona en su condición de tal, como derivación de la dignidad humana. No es objeto de este trabajo enunciar cada una de ellas y estudiar el ambiente ideológico dentro del cual se fraguaron. Pero sí nos interesa aclarar que cuando hacemos mención a los derechos fundamentales nos referimos a los derechos constitucionales o a derechos inherentes a la persona reconocidos, explícita o implícitamente, por la Constitución⁵.

Esta noción es, pues, básicamente constitucional, y se caracteriza por ser abierta y flexible. Abierta, porque dentro de ella se incluyen derechos inherentes a la persona no contemplados expresamente en el Texto Constitucional y, entre éstos, los consagrados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que, al menos en parte, han adquirido rango constitucional en algunos sistemas jurídicos; es, también, amplia o flexible, porque no se circunscribe a una determinada clase de los derechos que figuran en las declaraciones constitucionales⁶, sino se extiende a todos los derechos de tal rango, los cuales, en virtud de su reconocimiento en la Constitución y con independencia de su correspondencia con derechos humanos proclamados en instrumentos internacionales, no están a disposición del legislador.

Lo expuesto indica, entre otras cosas, que se propugna una apertura de la Constitución tanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo de suma relevancia los criterios jurídicos que en la materia han sido vertidos por los organismos internacionales encargados de la protección de estos derechos, como a la noción de dignidad humana, la cual, al enfrentarse a cambiantes circunstancias, es fuente de nuevos derechos. En relación con la primera manifestación de esta apertura, importa señalar que la regulación de los derechos humanos contenida en los tratados internacionales respectivos ha

5. El Profesor RUBIO LLORENTE, Francisco, resume del siguiente modo la evolución en el uso de expresiones diversas para aludir, desde una perspectiva básicamente constitucional, a los derechos inherentes a la persona: "Entre nosotros ha sido frecuente la de garantías individuales, o constitucionales, que sigue utilizándose en muchos países de nuestra lengua y que todavía nuestra Constitución emplea para delimitar la competencia del Tribunal Supremo. Junto a esta denominación, que procede de Francia, en donde la más arraigada es, sin embargo, la de libertades públicas, utilizada aun en los planes de estudio, se han empleado y siguen empleándose las de derechos individuales, o civiles, o constitucionales, que son también habituales en los países de lengua inglesa. En el continente europeo tiende a imponerse hoy la de derechos fundamentales, utilizada por vez primera en la Constitución germánica de 1848. Esta es la que aquí se utilizará para designar el conjunto de los derechos consagrados en las constituciones nacionales europeas, con independencia de que éstas empleen o no tal denominación"; *Cf.*, "Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales y Derechos Humanos" en *Politeia*, 26, 2001, p. 115. Esta tendencia se observa también en nuestra jurisprudencia constitucional; *V.*, p.ej., la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 27 de julio de 2000, *Caso Seguros Corporativos y otros*.

6. Esta amplitud en el manejo del concepto de derechos fundamentales se explica por la inexistencia en la Constitución venezolana de una categoría específica y circunscrita de derechos calificados como fundamentales, incluida dentro del elenco de derechos constitucionales, como sí ocurre en otros ordenamientos constitucionales, lo que no ha impedido a la doctrina o a la jurisprudencia correspondiente, sin embargo, revisar la exactitud de la delimitación o calificación constitucional.

de prevalecer sobre la contemplada en el Derecho interno, cuando sea más favorable a su ejercicio, pues dichos tratados consagran estándares mínimos o básicos en la tutela de tales derechos, que los ordenamientos jurídicos nacionales pueden sobrepasar pero nunca desconocer.

III. LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos son por definición limitados y, normalmente, limitables. Su inserción en un orden jurídico implica su sometimiento a las exigencias de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en que se mueven. No obstante, el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales, que después analizaremos.

No es pacífico en la doctrina el tratamiento que reciben los conceptos de restricción o limitación de derechos fundamentales. Frecuentemente son utilizados como sinónimos, para referirse a las normas que de alguna forma comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental.

La noción de límite o limitación, ampliamente entendida, comprende las diversas formas de poner fronteras o condicionamientos a un derecho. Sin embargo, para la adecuada captación de los diversos modos de incidir en el contenido de un derecho constitucionalmente garantizado conviene distinguir entre los siguientes conceptos: la *delimitación o definición* del contenido del derecho; la *limitación* del derecho en sentido estricto; la *restricción* del derecho, y su *configuración* por el legislador.

La *delimitación o definición* del derecho es una labor que lleva a cabo la misma Constitución, al reconocer el derecho de que se trate. La consagración del derecho fundamental lleva consigo el establecimiento de sus contornos generales y permite la determinación del bien jurídico o libertad protegida por el mismo (la vida, la libertad personal, la libertad de circulación, etc.). Con base en esta delimitación es posible considerar que ciertas medidas del poder público son ajenas o externas al ámbito tutelado por el derecho, razón por la cual no quedan sometidas a las condiciones que rigen constitucionalmente para aceptar la validez de las injerencias en tal derecho. En estos casos no cabe hablar en rigor de la fijación de límites, porque simplemente se trata de definir o consagrar el derecho, si bien la precisión de su contenido implica naturalmente trazar sus confines, contornos o linderos, es decir, su silueta.

La *limitación* del derecho en sentido estricto se produce cuando la Constitución, después de haber reconocido una determinada libertad, le impone, expresa o implícitamente, condicionamientos, derivados bien de la reducción del alcance de la facultad o libertad inicialmente protegida, bien de la necesidad de coordinar o concordar el derecho con otros derechos o bienes constitucionalmente tutelados. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando después de proclamar la libertad de expresión, la Constitución prohíbe la propaganda de guerra, y los mensajes discriminatorios, entre otros, o cuando al referirse a la libertad de religión y de culto señala que la manifestación del culto no debe oponerse a la moral o al orden público, de tal modo que el propio Texto Constitucional señala límites al ejercicio de la libertad garantizada. Lo segundo ocurre en virtud de la coexistencia en la Constitución de una amplia gama de derechos y de otros bienes jurídicos merecedores de protección, que deben ser coordinados entre sí, al integrar un solo

sistema constitucional. El principio de unidad de la Constitución exige considerar la repercusión de cada derecho fundamental sobre otros derechos o bienes constitucionales con los que potencialmente se encuentre en conflicto. Así, la libertad de expresión resulta necesariamente comprimida, al menos potencialmente, por el reconocimiento del derecho al honor o a la intimidad, y viceversa. En ambos supuestos corresponde al legislador la concreción de estos límites derivados de la Constitución, teniendo su intervención, en virtud precisamente del origen constitucional de estos límites, un carácter básicamente declarativo, aunque la determinación de los precisos perfiles de las medidas o medios limitativos del derecho es responsabilidad del legislador. Las leyes dictadas con tal propósito están indudablemente sometidas, como ha afirmado Hesse⁷, al control de su constitucionalidad, así como al cumplimiento de los requisitos generales de licitud de toda limitación o restricción de un derecho fundamental.

La *restricción*, por su parte, puede ser concebida como la imposición, por la ley aunque siempre con base en la Constitución, de condicionamientos al goce o ejercicio del derecho. La singularidad de esta modalidad de incidencia legal en un derecho fundamental radica en que el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio lícito del derecho proviene de la ley, con carácter constitutivo o cuasi-constitutivo (no simplemente declarativo) y, justamente por eso, en su carácter no definitivo o relativo, derivado de la facultad (controlable) del legislador de suprimir o modificar la restricción. La restricción no reduce el alcance constitucional del derecho, que permanece incólume, pero sí prohíbe o condiciona algunas acciones o facultades en principio amparadas por la libertad reconocida, o implica o autoriza una injerencia en el bien jurídico garantizado. Dado que los derechos fundamentales poseen rango constitucional, sus limitaciones o restricciones han de establecerse siempre por la Constitución o con base en la Constitución. En lo que atañe a las restricciones, el basamento constitucional se encuentra en las distintas remisiones al legislador que, en forma de reserva legal genérica o específica, prevén las disposiciones constitucionales. Ello explica que Alexy califique a estas restricciones como indirecta o mediatamente constitucionales, que distingue de las directa o inmediatamente constitucionales⁸, antes denominadas limitaciones.

De ahí que las reservas legales generales *allí donde existen*, relativas al conjunto de los derechos fundamentales, o las específicas, introducidas en preceptos constitucionales consagratorios de derechos, tengan una doble dimensión. La primera dimensión, la clásica, tiene una significación negativa, pues comporta la prohibición de que normas o actos del poder público distintos a la ley formal pretendan limitar, o afectar autónomamente, el contenido del derecho. La segunda dimensión es positiva, y supone bien un mandato, bien una habilitación dirigida al legislador para el desarrollo o la restricción del derecho⁹. Por eso, estas reservas legales son consideradas normas de competencia, que pueden permitir al legislador, sólo a él, imponer ciertas restricciones a tales derechos¹⁰.

7. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg 1999, p. 140.

8. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 276 y ss.; *verfassungsmittelbare o verfassungsunmittelbare Schranken*, según la versión original alemana: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996, pp. 258 y ss.

9. SACHS, Michael, *Verfassungsrecht II (Grundrechte)*, Springer, Berlin 2000, pp. 118 y ss.; IPSEN, Jörn, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Luchterhand 2000, pp. 50 y ss.

10. ALEXY, *op. cit.*, pp. 119 y ss. y 272 y ss.

Tales reservas de ley operan, por tanto, como *cláusulas restrictivas*, en la medida en que, aun sin llegar a limitar por sí mismas el derecho, facultan al legislador a hacerlo. Así, expresiones como *con base en la ley*, o *de acuerdo con la ley*, entre otras, que forman parte de la consagración constitucional del derecho, se traducen generalmente en reservas de restricción del mismo, o sea, en el reconocimiento de un derecho bajo reserva de restricción¹¹.

Las restricciones impuestas por la ley a derechos fundamentales con base en reservas específicas, o en normas generales, expresas o implícitas, que permitan al legislador su fijación, poseen naturaleza constitutiva o cuasi-constitutiva, en la medida en que establezcan una reducción de las posibilidades de goce y ejercicio del derecho no ordenada por la Constitución, lo cual es aceptable siempre que sea compatible con ésta. El legislador, en uso de su libertad de configuración normativa o libertad política, está facultado para adoptar las medidas que estime necesarias para alcanzar el bien colectivo, lo cual puede conducir a la previsión de medidas restrictivas de algún derecho constitucional. El uso de esa libertad política conoce límites, y la restricción del derecho no será válida si prescinde de los requisitos que luego estudiaremos, pero el legislador a menudo dispone de un margen de libertad para decidir si somete o no un derecho a una determinada restricción constitucionalmente lícita mas no constitucionalmente necesaria. Así, en desarrollo de su política criminal el legislador puede tipificar delitos sin que la Constitución o los tratados internacionales lo exijan, así como despenalizar posteriormente las conductas respectivas; o, en desarrollo de su política económica o social, dejar en manos del libre mercado o del desenvolvimiento social asuntos hasta entonces sometidos a una regulación restrictiva, o a la inversa, dentro de ciertos límites por supuesto.

Múltiples debates doctrinales han generado los derechos no sometidos expresamente por la Constitución a reserva de restricción por el legislador, en lo que atañe a la posibilidad de su limitación. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido que estos derechos pueden ser limitados cuando sea necesario para la protección de derechos fundamentales de terceros o de otros bienes jurídicos de rango constitucional que entren en colisión¹², correspondiendo al legislador la precisión o concreción de estos límites. Como ya expusimos, estos supuestos en principio consisten en limitaciones de derechos fundamentales formalizadas o concretadas por el legislador pero derivadas de la propia Constitución, al ser ésta como totalidad (y unidad) el conjunto o sistema dentro del cual se insertan los derechos o bienes jurídicos en colisión, entre los cuales debe establecerse una coordinación o concordancia práctica, o sea, una determinación de la medida en que uno de ellos ha de preceder al otro dadas las circunstancias del caso.

En algunos ordenamientos los problemas que suscitan los derechos reconocidos sin reserva de restricción se superan por la existencia de disposiciones generales que facultan al legislador para regularlos o imponerles restricciones, dentro de determinados límites o condiciones.

Una categoría distinta a las antes examinadas es la de la *configuración* del derecho fundamental. La configuración es una actividad legislativa dirigida no a reducir las posibilidades de disfrute de un derecho, sino a completar su contenido¹³. Esta interven-

11. SACHS, *op. cit.*, pp. 124 y ss.; ALEXY, *op. cit.*, pp. 267 y ss.

12. *Cf.*, ALEXY, *op. cit.*, p. 281.

13. PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Müller, Heidelberg 2000, pp. 53-54.

ción legislativa adquiere especial relevancia en relación con los derechos que requieren de una configuración jurídica para obtener plena realización, en virtud de la naturaleza del ámbito de libertad que protegen, lo cual normalmente se pone de manifiesto por la amplitud de la reserva de ley prevista en el precepto constitucional correspondiente. El derecho de propiedad y el derecho al matrimonio son supuestos paradigmáticos de esta clase de derechos, cuyo contenido sólo en esencia puede derivarse de la Constitución, pues corresponde a la ley determinar, por ejemplo, el régimen general de los bienes y derechos reales, así como del matrimonio. Algo similar ocurre, aunque sólo en parte, en el ámbito del derecho de asociación, en lo que atañe a la regulación de las diversas modalidades de entes asociativos que pueden ser constituidos.

No siempre es clara la frontera entre la restricción y la configuración legal de un derecho, por lo que, en caso de duda, la ley respectiva quedaría sometida a las condiciones exigidas para la restricción de un derecho fundamental. También puede suceder que la ley, bajo el pretexto de configurar el derecho, lo prive del núcleo cultural e histórico de la institución tutelada, lo cual en algunos sistemas es rechazado acudiendo a la teoría de las garantías institucionales, siendo también invocable la garantía del contenido esencial del derecho, o el derecho mismo.

Por otra parte, al margen de los conceptos examinados, la ley también puede ser un instrumento para el desarrollo o la protección de los derechos fundamentales.

IV. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La injerencia del poder público en los derechos fundamentales ha de llenar determinados requisitos de los que depende su licitud. Algunos de éstos tienen carácter formal, mientras que otros son de índole material. El punto de partida de la intervención legítima en algún derecho fundamental reside en la norma legal que, mediante disposiciones suficientemente precisas, limita o restringe el derecho y, por lo general, autoriza a órganos del poder público, los jueces o la administración, a adoptar medidas que lo afecten (requisito formal). La ley respectiva, dictada para concretar limitaciones derivadas directamente de la Constitución o para establecer restricciones con base en ella, debe ser compatible sustancialmente con las reglas y principios constitucionales (requisito material).

Además de las condiciones generales válidas para todo derecho fundamental, las cuales serán objeto de ulterior análisis, hay condiciones específicas de ciertos derechos fundamentales, tales como la reserva judicial que rige, con variados matices, en relación con el derecho a la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones privadas, entre otros, o como la prohibición de censura en materia de libertad de expresión, aunque estas particulares exigencias según algunos pueden ser vistas como una forma de reserva legal calificada, concepto al que luego nos referiremos.

1. Formales

A. La reserva legal

Hemos señalado que está reservada a la ley la concreción de limitaciones o la imposición de restricciones a un derecho fundamental, lo cual impide a la administración u otros órganos del poder público afectar tales derechos sin respaldo legal. Esta exigencia ha de entenderse referida a la ley formal, es decir, a la norma jurídica de rango primario¹⁴ aprobada por el parlamento siguiendo el procedimiento establecido conforme a la Constitución. Esto en virtud del principio democrático y del papel que según la teoría y los fundamentos del Estado constitucional incumbe al órgano deliberante y representativo en relación con los derechos inherentes a la persona.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, relativa a *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, sostuvo que el término *leyes* del artículo 30 de la Convención -el cual trata del alcance de las restricciones permitidas por este instrumento internacional-, equivale a “norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”¹⁵. Para arribar a esta conclusión la Corte se fundamenta en las garantías democráticas propias de la deliberación en un órgano representativo de diversas corrientes políticas, que se traducen en *un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder*¹⁶.

Lo expuesto no implica, sin embargo, como lo aclara la propia Opinión Consultiva citada¹⁷, que en esta materia estén necesariamente excluidas las autorizaciones, habilitaciones o delegaciones legislativas acordadas por el órgano legislativo con fundamento en la Constitución, las cuales permiten al ejecutivo, dadas circunstancias particulares y dentro de determinados límites, dictar normas con rango y fuerza de ley. En cualquier caso, es preciso que la habilitación o delegación se efectúe en conformidad con la Constitución, y que las normas adoptadas por el ejecutivo se sometan a los términos de la ley respectiva, y a controles eficaces contemplados constitucional o legalmente. Además, al estar en juego derechos fundamentales, la ley delegante o habilitante debe determinar parámetros concretos de contenido sobre los aspectos esenciales de la regulación, aparte de que algunas materias pueden considerarse sometidas a una reserva absoluta de ley (reserva de parlamento), que impide incluso la delegación o habilitación legislativa, como sucede en relación con el establecimiento de penas privativas de la libertad.

Es importante subrayar que la reserva legal impide no sólo a la administración sino también a los jueces recortar el libre ejercicio o disfrute de un derecho fundamental. Son por tanto criticables, aunque no sólo desde esta óptica, las sentencias que, con el

14. Siguiendo la clasificación de PIZZORUSSO, Alessandro, quien, entre otras categorías, distingue entre las fuentes constitucionales y las primarias; *Cf.*, sus *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, t. II, Madrid 1984, pp. 158 y ss.

15. Párr. 27.

16. Párr. 22.

17. En su párrafo 36, tal Opinión Consultiva precisa: “Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no se desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.

argumento de la falta de desarrollo legislativo de un derecho constitucional, niegan algunas de sus posibilidades de aplicación o reducen la eficacia de la tutela que la Constitución ofrece¹⁸. La reserva legal puede implicar facultar a la ley, con carácter exclusivo, para restringir el goce y ejercicio de derechos fundamentales, no la subordinación de la operatividad de estos derecho a la existencia de la ley. Son también censurables las decisiones que, pretendiendo interpretar la Constitución o aduciendo la necesidad de determinar, hasta que la intervención del legislador se produzca, el grado o modo de vigencia de facultades relacionadas con algún derecho fundamental, reducen o tergiversan el contenido constitucionalmente atribuido a tal derecho¹⁹.

Al reservarse a la ley la limitación o restricción de un derecho fundamental, está vedado a los tribunales hacerlo mediante normas generales contenidas en sus sentencias. No puede descartarse, en cambio, que los jueces, ante omisiones legislativas y en virtud de la interposición de acciones judiciales de tutela directa de derechos constitucionales, se vean forzados a adoptar, en relación con el caso particular, medidas de protección del derecho que afecten derechos fundamentales en conflicto, aun en ausencia de una disposición legal que las contemple, siempre que la decisión judicial concrete límites que la propia Constitución, expresa o implícitamente, establezca.

En lo que atañe a la posible intervención del ejecutivo, mediante la potestad reglamentaria, en la regulación de derechos fundamentales, es preciso recordar que en materias de la reserva legal la ley no puede efectuar una remisión en blanco en favor del ejecutivo, pues los aspectos centrales de la medida que directa o potencialmente afecte el derecho deben estar contemplados en la misma ley, sin perjuicio de la colaboración o complementación normativa del reglamento, que en algunos ámbitos se reduce a la mínima expresión.

Lo hasta ahora afirmado se aplica a toda reserva legal en el ámbito de los derechos fundamentales. Sin embargo, a veces la Constitución, al remitir a la ley la regulación de un derecho, impone al legislador límites adicionales, con frecuencia de contenido, lo cual ha dado lugar a que se hable, en estos casos, de reserva legal *calificada*, que se distinguiría de la *simple*. Así, en materia de libertad de expresión los tratados internacionales sobre derechos humanos determinan los únicos fines cuya consecución puede justificar la previsión de responsabilidades ulteriores, como forma de limitación o restricción del derecho. Esto también sucede en relación con otros derechos.

B. Determinación o precisión de la regulación

En íntima conexión con la reserva legal se encuentra la exigencia de que la regulación que afecte derechos fundamentales ostente determinación o precisión, de tal manera que

18. Tal como ha ocurrido con la negación de la posibilidad de ejercer el hábeas data colectivo o impropio - previsto en el artículo 28 de la Constitución-, y el hábeas data llamado pesquisitorio, hasta que sean regulados por la ley; Cf., sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de marzo de 2001, Caso *Insaca*. La tendencia general de la jurisprudencia de la Sala ha sido, sin embargo, la de reconocer la plena operatividad de los derechos constitucionales aun a falta de desarrollo legislativo.

19. Tales como la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 12 de junio de 2001, Caso *Elías Santana y Queremos Elegir*, que impuso una serie de condicionamientos al ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a réplica o rectificación; y la sentencia de la misma Sala del 21 de noviembre de 2000, Caso *Gobernadores*, que coarta las posibilidades de ejercicio del derecho a la participación política por la sociedad civil.

las limitaciones o restricciones de estos derechos puedan ser cabalmente conocidas por sus titulares, lo cual hace previsibles las medidas que pueden adoptar las autoridades judiciales o administrativas sobre su esfera de libertad, dados los supuestos legales. Ello permite además a los sujetos de derecho tener certeza sobre el ámbito de ejercicio lícito del derecho fundamental. Adicionalmente, la precisión o especificidad de la ley limitativa o restrictiva facilita el control adecuado de los actos dictados por los órganos del poder público con base en dicha ley, a la cual éstos quedan sometidos.

De acuerdo con lo anterior, no son admisibles las cláusulas genéricas de habilitación como fundamento de limitaciones o restricciones de tales derechos. No obstante, conviene apuntar que no siempre es igual la determinación o precisión exigible a las normas que las contemplen, pues esto dependerá de la severidad de la medida adoptada por el poder público, y de la materia de que se trate, entre otros factores. No siempre rige, por ejemplo, el requisito de tipicidad en sentido estricto.

C. Carácter orgánico de la ley

En ciertos ordenamientos constitucionales, como el español y, bajo su influencia, el venezolano, se reserva a la ley orgánica lo relativo *al desarrollo* de los derechos constitucionales o de algunos de éstos.

En el caso venezolano, esto implica que sólo una mayoría calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea Nacional puede admitir los proyectos de leyes que supongan un desarrollo de derechos constitucionales, al igual que los correspondientes proyectos de leyes de reforma²⁰. Tras una original tendencia a interpretar amplia o laxamente el alcance de esta modalidad de regulación de tales derechos y, por consiguiente, a sobredimensionar el ámbito de la ley orgánica en esta materia²¹, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha reducido los supuestos en que la incidencia legislativa en algún derecho fundamental puede calificarse como *desarrollo* del mismo, en atención al principio democrático, que por regla general es aplicado en el órgano legislativo mediante la toma de decisiones por mayoría simple, como también en virtud de la petrificación del ordenamiento que produciría la generalización de tal forma de ley.

En este sentido, la Sala Constitucional, al ejercer el control previo de constitucionalidad sobre el carácter orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la Calidad, que contiene disposiciones relacionadas con los derechos del consumidor y con la libertad económica, negó a dicha ley naturaleza orgánica, con base en los argumentos señalados. Para la Sala el ámbito reservado a la ley orgánica no comprende todas las leyes que, “roquen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce”. Sólo se extiende a aquella regulación que “constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia Constitución de los mismos” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 31 de julio de 2002).

20. Art. 203 de la Constitución de 1999.

21. Como se observa en la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de junio de 2000, relativa a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando menos por la facilidad con que se admite su carácter orgánico.

No aclara el fallo la significación que atribuye a esta noción de restricciones de un derecho fundamental *no autorizadas* por la Constitución. Sería erróneo inferir que con ello se hace referencia a restricciones *no permitidas* por la Constitución, pues entonces este aspecto de la ley sería *per se* inconstitucional, con prescindencia del carácter orgánico u ordinario de la ley. Más bien cabe pensar que con ello se alude al concepto de restricción del que partimos en este estudio, es decir, a un condicionamiento de las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho constitucional que no se deriva directamente de la Constitución, sino que el legislador establece con carácter constitutivo o cuasi-constitutivo. En estos supuestos se requeriría, aparentemente, de ley orgánica, aunque habrá que esperar a la evolución de dicho criterio jurisprudencial para hacer una apreciación más firme.

2. Materiales

Junto a los requisitos propiamente formales se encuentran otros de índole material. Nos referiremos a los de alcance general, dejando de lado los que pueden establecer las reservas legales calificadas respecto de algunos derechos fundamentales.

A. Licitud del fin perseguido

El fin perseguido por el legislador al prever limitaciones o restricciones a derechos fundamentales necesariamente ha de ser lícito. Ello supone que debe ser compatible con los preceptos constitucionales y con el orden de valores sobre los que gravitan. También debe estar en consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, siendo digna de mención la importancia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha atribuido a la legitimidad del fin que se persiga con la ley restrictiva²².

Algunos han sostenido que la limitación o restricción de derechos fundamentales sólo resulta admisible cuando va dirigida a proteger otros derechos fundamentales, quedando excluida la garantía de bienes colectivos como finalidad de la ley limitativa, pero esta tesis no ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional comparada. El Tribunal Constitucional español la ha rechazado expresamente²³, y el Tribunal Constitucional Federal alemán acepta que se invoquen intereses públicos constitucionales para afectar tales derechos²⁴.

En la teoría de los derechos fundamentales, al determinar los bienes jurídicos cuya consecución puede justificar la afectación de estos derechos, se distingue entre los derechos reconocidos sin reserva legal o reserva de restricción y los que sí la poseen. Los primeros sólo pueden ser limitados por otros derechos o bienes constitucionales. Los segundos pueden ser restringidos por el legislador para salvaguardar intereses de diversa índole, no siempre deducibles directamente de la Constitución. Se suele considerar, sin embargo, que incluso estos últimos han de ser considerados constitucionales, pero

22. La expresión *leyes* en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párrs. 18 y 28 y ss.

23. SSTC 11/1981, del 8 de abril; 22/1984, del 17 de febrero; y 120/1990, del 27 de junio; Cf., ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los Derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 97 y ss.

24. Cf., ALEXY, *op. cit.*, p. 281.

éstos lo serían en un segundo grado o nivel (indirecto), dado que la reserva legal prevista constitucionalmente habilita al legislador para determinar los bienes jurídicos que deben ser preservados en aras de la armoniosa convivencia y del bienestar colectivo, siempre que sean compatibles con la Constitución y que se respeten las demás exigencias materiales que luego examinaremos²⁵.

El Tribunal Constitucional español, sin ulteriores precisiones, ajenas en realidad a su labor propiamente jurisdiccional, ha declarado que la limitación o restricción de derechos fundamentales sólo es lícita si con ella se pretende garantizar derechos o bienes jurídicos constitucionales expresos o tácitos²⁶.

En el plano internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2, dispone:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Igualmente, el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Estos preceptos dejan un amplio margen al legislador para la determinación de los objetivos específicos de las limitaciones o restricciones legales a los derechos humanos. Sin embargo, es de suma relevancia el valor que ambos instrumentos atribuyen a la compatibilidad de las limitaciones o restricciones con la democracia, lo cual, como luego diremos, permite valorar la medida contemplada por la ley en su globalidad, incluyendo por supuesto el fin que con ella se persiga.

B. Proporcionalidad

Toda limitación o restricción legal de derechos fundamentales debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, también denominado de prohibición de exceso, que en la jurisprudencia constitucional europea ha desempeñado una función capital en el control de las injerencias legislativas en tales derechos.

A partir de su reconocimiento jurisprudencial como parámetro para determinar los límites de la actuación administrativa de policía, en el siglo XIX, y luego como principio constitucional implícito propio del Estado de Derecho, el principio de proporcionalidad ha desplegado su potencialidad en el control de la licitud de la actividad legislativa. Sus implicaciones jurídicas o algunas de éstas se cubren en ciertos ordenamientos bajo el concepto de la razonabilidad. Son tres las manifestaciones del principio mencionado: la idoneidad, la necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva o limitativa²⁷.

25. *Idem*, p. 132.

26. ABA CATORRA, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

27. En relación con la extensa literatura sobre el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso *Vid.*, por todos, STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, B. III/2, München, Beck 1994, pp. 761

Dicha medida es *idónea* cuando resulta apta para alcanzar el fin perseguido por la ley que la contempla. La idoneidad es un criterio fáctico en virtud del cual debe existir un cierto grado de probabilidad de que mediante la medida o previsión legal va a ser logrado el objetivo establecido expresa o implícitamente en la ley. No se requiere, lógicamente, que haya absoluta seguridad sobre los efectos benéficos que va a producir la regulación, pero tampoco basta la suposición o afirmación por el legislador de su idoneidad para conseguirlos, pues en este caso se estarían autorizando restricciones o limitaciones gratuitas, y en consecuencia injustificadas, de derechos fundamentales. No se exige que en virtud de la previsión legal *siempre* se obtenga el fin perseguido, pero tampoco es suficiente que tan sólo *alguna vez* sea logrado.

El rigor que se ejerza en el control de la idoneidad de la limitación o restricción legal dependerá de la profundidad de la injerencia en el derecho fundamental, ya que cuanto mayor sea ésta, tanto mayor será la aptitud exigible a la medida respectiva en orden a la realización del fin previsto. Además, este rigor variará en función de la capacidad en que se encuentre el órgano contralor para formarse un juicio completo sobre los aspectos fácticos de la materia, siendo bastante amplio el margen de apreciación que se concede al legislador cuando se trata de asuntos controvertidos en el plano científico o técnico.

El requisito de *necesidad* se satisface cuando no existe una medida alternativa menos gravosa para el derecho, que sea a la vez idónea para alcanzar, con igual grado de efectividad, el objetivo propuesto. Sólo así cabe sostener que la previsión legal es *necesaria*, pues de lo contrario habría un espacio o magnitud de restricción o limitación no justificado, precisamente el que separa la medida contemplada legalmente de la menos gravosa que se hubiera podido establecer sin comprometer la finalidad perseguida.

La *proporcionalidad en sentido estricto* conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Después de haber constatado la idoneidad y necesidad de la medida, debe determinarse si este fin es lo suficientemente significativo como para justificar la medida contemplada por la ley. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medios-fines, que debe ser balanceada o proporcionada.

Es importante resaltar que, en el juicio sobre la licitud de la limitación o restricción legal, recae sobre el Estado, como legislador, la carga de argumentar y demostrar que aquélla es proporcionada en todos los sentidos indicados.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido en algunos de sus pronunciamientos las implicaciones del principio de proporcionalidad antes reseñadas, aunque sin partir de las mismas categorías. En este sentido ha aseverado, refiriéndose a la libertad de expresión, que:

y ss.; SACHS, *op. cit.*, pp. 151 y ss.; GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid 1990.

la *necesidad* y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (*The Sunday Times case, supra*, párr. n° 62, p. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. N° 59, p. 26*)²⁸.

C. Intangibilidad del contenido esencial del derecho

Además de los requisitos generales examinados, en algunos ordenamientos constitucionales se consagra la garantía del contenido esencial del derecho, concebida como un núcleo del contenido constitucional del derecho, en el cual está vedada toda intervención del poder público. La categoría del contenido esencial del derecho ha sido adoptada incluso en ordenamiento que no la contemplan expresamente en sus Textos Constitucionales, en ocasiones de manera un tanto acrítica.

Bajo esa categoría subyace la máxima de que los derechos pueden ser limitados o restringidos por ley, cuando exista justificación suficiente, pero nunca sería admisible su desnaturalización, vaciamiento o supresión. Aunque sin encasillarse en un determinado patrón dogmático, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido esta idea al expresar que:

A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el *orden público* o el *bien común* como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real²⁹.

La representación de cada derecho fundamental como círculos concéntricos, en el cual el círculo mayor es el contenido general del derecho y el círculo menor es su núcleo o contenido esencial, ayuda a captar el sentido jurídico de ese concepto. La validez de las intervenciones del legislador en la periferia del núcleo esencial, comprendida dentro del círculo mayor, se mide atendiendo a la licitud del fin perseguido y con base en el principio de proporcionalidad y el *test* democrático, que luego analizaremos, mientras que la injerencia en el núcleo esencial está siempre prohibida.

El tratamiento que ha recibido la categoría del contenido esencial en los países en que tiene reconocimiento constitucional expreso no ha sido, sin embargo, del todo feliz. No existe claridad sobre cómo determinar el contenido esencial de cada derecho, ni la jurisprudencia ofrece muestras de que ello sea posible. De ahí que se haya desarrollado la teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Según ésta, el contenido esencial equivale en sus implicaciones jurídicas al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, o juicio de ponderación entre medios y fines, ya que no cabe imaginar una restricción o limitación a un derecho que sea justificada en virtud de la impor-

28. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párr. 46.*

29. *Idem*, párr. 67.

tancia del fin perseguido y que sin embargo vulnere el contenido esencial del derecho³⁰. Para los defensores de la teoría absoluta habría, en cambio, un núcleo intangible para cada derecho, que iría más allá de lo garantizado por el principio de proporcionalidad, y cubriría situaciones en las cuales la suma de sucesivas restricciones a un derecho termine por ahogarlo³¹, como también los casos de limitaciones o restricciones que desnaturalicen el derecho o lo hagan impracticable, o que afecten la dignidad humana³² o cercenen ciertos estándares mínimos político-culturales alcanzados en cuanto a las relaciones entre el individuo y el Estado y a la tolerabilidad de las intervenciones estatales en la libertad de la persona.

No es el momento de entrar en esta polémica. Lo que sí importa afirmar es que en aquellos ordenamientos que carecen de referencia expresa al concepto del contenido esencial en sus Constituciones, sólo tiene sentido emplearlo si se le concibe, en el sentido de la teoría absoluta, como un contenido mínimo del derecho que no puede ser afectado por el legislador. Por tanto, fuera de ese núcleo, los criterios generales para determinar la validez de medidas legales limitativas o restrictivas de derechos se encuentran en el principio de proporcionalidad y en el *test* democrático. Sería equivocado circunscribir al contenido esencial de los derechos fundamentales las posibilidades de control material de las intervenciones legislativas en tales derechos, como a veces ha ocurrido.

No olvidemos que el concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales se originó en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, después de haberse vivido durante la vigencia de la Constitución de Weimar una tendencia al vaciamiento del contenido de los derechos por las normas legales. Ante esta ausencia o precariedad de los *límites a los límites* (*Schranken-Schranken*) que la ley podía imponer a tales derechos, se acuñó la categoría del contenido o núcleo esencial del derecho, lo cual en su día representó un hito muy significativo en la lucha por preservar los derechos fundamentales frente a las regulaciones legislativas. Sin embargo, la evolución posterior de la jurisdicción constitucional y, sobre todo, el desarrollo del control de la constitucionalidad de las leyes limitativas de derechos con base en el principio de proporcionalidad, coloca a tal categoría en un segundo plano o, mejor dicho, en un plano final, no en cuanto a su importancia sino al modo u oportunidad de su utilización como herramienta de medición de la licitud de estas leyes.

En la jurisprudencia venezolana tal concepto inicialmente fue empleado para referirse a los límites materiales o de contenido que vinculan al legislador cuando regula derechos constitucionales. El error de esta primera recepción estuvo en pensar que el contenido esencial era la única exigencia de índole material que debía respetar el legislador al limitar derechos constitucionales:

Este Máximo Tribunal ha precisado en múltiples fallos que tal limitación sólo puede hacerse efectiva mediante actos de rango legal, en virtud de la especial garantía que el constituyente originario le otorgó a dichos derechos, y que es lo que la doctrina ha denominado el Principio de la Reserva Legal. Sin embargo, si bien el constituyente estableció la forma en la cual pueden limitarse los referidos derechos de rango constitucional, nada dijo sobre la extensión que ésta pudiere tener, razón por la cual ha sido labor de esta Corte Suprema de Justicia -actuando tanto en Sala Plena como en esta misma Sala- precisar cual es el *contenido esencial* de dichos derechos, a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio legislador,

30. V., por todos, ALEXY, *op. cit.*, pp. 286 y ss.

31. IPSEN, *op. cit.*, p. 61.

32. SACHS, *op. cit.*, pp. 149-151.

de forma tal que la mencionada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional (Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de junio de 1997, caso *Tiuna Tours C.A.*).

El equívoco de esta concepción resulta patente, por cuanto la significación o virtualidad jurídica de un derecho constitucional no puede ser reducida a la reserva legal y al carácter inexpugnable de su contenido esencial. El contenido esencial puede ser visto como el *último* reducto de la protección que la Constitución proporciona a los derechos fundamentales frente a la regulación legal, nunca como el *único* o principal instrumento o principio material invocable para contener al legislador que pretende establecer limitaciones o restricciones abusivas a los derechos. Los instrumentos ordinarios para controlar la licitud sustancial de una regulación legal limitativa o restrictiva de derechos son el principio de proporcionalidad y el *test* democrático a los que queda sometida. Sin embargo, no puede descartarse que en ocasiones sea útil acudir a la categoría del contenido esencial, entendida, eso sí, como el núcleo o médula del derecho que no puede ser comprimido por el legislador, pues implicaría un vaciamiento, supresión o desnaturalización del derecho.

La consideración del contenido esencial del derecho como único límite material para el legislador en la regulación de los derechos fundamentales ha sido superada por la jurisprudencia constitucional posterior, aunque amenaza con reaparecer. En sentencia del 1 de junio de 2001 (Caso *Distribuidora Baibery Sun 2002 C.A.*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aseveró:

...las limitaciones que establezca la propia Constitución y las leyes de un derecho fundamental, no implican en modo alguno que el mismo se haga nugatorio o que sea infringido, toda vez que para que exista tal menoscabo, debe verse afectado el núcleo esencial del derecho constitucional que se denuncia vulnerado, esto es, su contenido esencial como las características mínimas que lo consagran como derecho fundamental, y no el ejercicio de sus diversas manifestaciones.

Esta tesis de la reducción de la protección constitucional (material) de los derechos a su contenido esencial o mínimo también se ha hecho presente en la sentencia de la Sala Constitucional relativa a la inconstitucionalidad de las vacaciones judiciales en el periodo comprendido entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre, con el agravante de que se hizo una aplicación desacertada de tal concepto. Es esta reciente decisión dicha Sala sostuvo que:

...se debe mencionar que si bien el legislador, representante histórico de la soberanía popular, está legitimado para incidir en la regulación de los derechos fundamentales, el alcance de dicha incidencia es, sin embargo, de carácter política -dado la naturaleza de su función-, la cual puede comportar amplitud pero también limitación en cuanto a la configuración y concepción de un derecho fundamental, restricciones que encuentran, como límites, el contenido esencial de tales derechos y que, en el caso específico de los derechos fundamentales, son rigurosos los estándares de restricción.

...Así, el contenido o núcleo esencial de un derecho constitucional, resulta ser en principio, un concepto jurídico indeterminado que se erige como un límite para el legislador y que determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la actividad de éste, compuesto por todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocido como perteneciente al tipo descrito, lo que conlleva afirmar que se afecta el núcleo esencial de un derecho constitucional cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, es decir, que lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Sentencia del 11 de junio de 2002, Caso *Jesús Salvador Rendón Carrillo*).

Así, la Sala Constitucional, después de afirmar que el límite material que ha de respetar el legislador al regular los derechos fundamentales es el contenido esencial del dere-

cho, lo define siguiendo la teoría absoluta, para lo cual se apoya, en las últimas líneas del párrafo precitado, en una temprana sentencia del Tribunal Constitucional español en que se intentó recoger dicha teoría³³. No obstante, el fallo luego alude al principio de proporcionalidad, aunque sin dejar clara su relación con el concepto del contenido esencial, el cual resulta finalmente desdibujado, pues se termina declarando que “el permanente acceso de los administrados a los órganos judiciales viene a formar parte del contenido esencial del referido derecho” (de acceso a la justicia) y que la interrupción de las actividades judiciales normales durante el periodo de vacaciones judiciales vulnera tal contenido esencial, pero sólo se declara la inconstitucionalidad de las vacaciones judiciales entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre, no en cambio la interrupción durante las festividades navideñas y de Año Nuevo (24 de diciembre a 6 de enero), por la tradición histórica y cultural que las justifica. De este modo, el supuesto contenido esencial del derecho al acceso a la justicia deja de ser tal, al admitirse una limitación del mismo, lo cual sólo sería aceptable respecto del contenido general de un derecho, no de su núcleo intangible.

Al margen de la bondad o no de la declaración de inconstitucionalidad con la cual concluye el fallo, y de otros aspectos de la sentencia que suponen un aporte en el tratamiento de elementos de la teoría de los derechos fundamentales³⁴, lo cierto es que es necesaria una mayor precisión en el uso de categorías cuya correcta aplicación resulta imprescindible para controlar cabalmente la licitud de las intervenciones del legislador en los derechos inherentes a la persona.

Otra observación merecen las sentencias de la Sala Constitucional que han acudido al concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales no para referirse a un valladar inexpugnable para el legislador cuando regula estos derechos, sino para dife-

33. Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1981, de la cual el pronunciamiento de la Sala Constitucional se hace eco de modo parcial y confuso. Ciertamente, en la sentencia 11/1981 se proponen dos técnicas distintas de reconocimiento del contenido esencial de un derecho fundamental. Según la primera “Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”; de acuerdo con la segunda “...se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

Conviene señalar que este fallo de la jurisprudencia española, al entrar en el asunto concreto sometido a su consideración (el derecho a huelga), en parte incurrió en el error de confundir el contenido esencial o mínimo con el contenido general o total de un derecho -lo cual fue corregido en la jurisprudencia posterior-, como ahora también lo hace parcialmente nuestra Sala Constitucional. La parte del fallo del Tribunal Constitucional español y de nuestra Sala Constitucional en que se alude a limitaciones al derecho que “lo dificultan más allá de lo razonable”, ha de entenderse, por cierto, en el contexto de la teoría absoluta, o sea, en sentido abstracto, pues concebida de manera concreta se correspondería con la teoría relativa (principio de proporcionalidad).

34. Como el análisis relativo a los casos de posible colisión entre derechos fundamentales: “Al respecto, según el principio de concordancia de las normas constitucionales, que emerge como consecuencia de la interpretación sistemática de la normativa constitucional, los bienes constitucionalmente protegidos que resulten de la misma naturaleza deben ser coordinados y, al presentarse un posible conflicto en un caso concreto, el juez debe hacer una ponderación de los mismos. Sin embargo, dicha ponderación no debe ser entendida como una jerarquización de las normas constitucionales, sino como una cuestión de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución donde se realiza un detallado análisis del contenido de cada norma, para precisar la delimitación que la propia Carta Magna ha realizado en la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, situación ante la cual, cuanto más amplio sea el núcleo esencial de un derecho, su margen de aplicación se dilata respecto al resto de la normativa constitucional, por lo que se produce una exégesis de los preceptos constitucionales que se dicen en conflicto, ello lleva a concluir que los derechos están delimitados conforme a su articulación con otros derechos y en consecuencia, el contenido de la protección que éstos otorgan no emerge solamente de la norma que lo reconoce, sino que viene dada a su vez, por la articulación de esa norma con las restantes de la Constitución”.

reñir los supuestos de procedencia del amparo constitucional de los propios de las vías procesales ordinarias. Algunas decisiones de la Sala Constitucional han intentado introducir el criterio, hasta ahora desconocido en nuestra jurisprudencia, según el cual el amparo constitucional sólo es procedente cuando se vulnera el contenido esencial del derecho invocado, no cuando se afectan otros aspectos del derecho, externos a ese núcleo. En tal sentido, se ha sostenido que:

Pero, a fin de llevar a buen puerto el imprescindible análisis crítico que debe efectuar el juez constitucional en su tarea de garantizar la función subjetiva de los derechos fundamentales, éste debe interpretar en todo caso, si bien de manera casuística pero con fundamento en los límites internos y externos que perfilan toda actividad hermenéutica, el núcleo esencial de los tales derechos, es decir, abstraer su contenido mínimo desde la premisa de que un derecho humano es el resultado de un consenso imperativo según el cual una necesidad es tenida por básica, para así diferenciarlo de diversas situaciones jurídicas subjetivas donde tales necesidades no se manejan en su esencialidad.

Una vez analizado el precepto contentivo del derecho humano que se denuncia conculcado, sigue aplicar al caso que se presenta el contenido mínimo según el cual el derecho luce imprescindible para la dignidad, igualdad y libertad humanas. Si la norma constitucional resulta directamente aplicable a la solución del conflicto, esto es, si la situación en la cual surgió la controversia era canalizable según los fines y contenido de un precepto constitucional o de una norma de rango inferior en cuyo contenido esté reflejado o se encuentre implícito un derecho humano; entonces, al acto, actuación u omisión que le desconoció debe imputársele la causación de una lesión a la regularidad constitucional y, en consecuencia, ser pasible del procedimiento de tutela en vía de amparo, una vez agotada la vía ordinaria, salvo las excepciones que a este requisito ha venido señalando la Sala (ver N° 848/2000, 159/2000, 82/2001 y 331/2001). Si tal no fuere, es decir, si la determinada situación jurídica podía conducirse a través de normas en cuyos términos no se verifica el contenido esencial de un derecho humano, las consecuencias derivadas de la no aplicación o falsa aplicación de dichas normas devendría revisable por la jurisdicción ordinaria.

...Tal postura controvierte el sentido expresado en la concepción según la cual el amparo persigue las violaciones directas de la Constitución y que, cuando la infracción se refiere a las leyes que la desarrollan, se está ante una transgresión indirecta que no motiva un amparo...debe quedar claro que la lesión directa debe entenderse en la línea en que fue explicado anteriormente, es decir, respecto a los conceptos de núcleo esencial y supuestos distintos al núcleo esencial del derecho de que se trate (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*)³⁵.

Es infundada y sin duda riesgosa para las libertades públicas esta posición de la máxima instancia de la justicia constitucional. En la jurisprudencia constitucional anterior y posterior a la vigencia de la Constitución de 1999 ya se había consolidado el criterio según el cual el amparo procede ante toda lesión a un derecho constitucionalmente garantizado, sin importar que hubiese sido objeto de desarrollo legislativo. La vieja tesis de la violación directa de la Constitución, que en un comienzo fue un obstáculo para la plena efectividad del amparo, fue perdiendo su significación original, y hoy lo determinante es que ciertamente se denuncie y demuestre la violación de un derecho constitucional y no solamente de normas de menor rango. Sería, por lo tanto, un enorme retroceso pretender que la tutela judicial reforzada que ofrece el amparo constitucional se circunscriba al núcleo esencial o contenido mínimo del derecho invocado -siempre de difícil definición por lo demás-, cuando lo cierto es que se extiende a todo el contenido

35. V. también las sentencias de la Sala Constitucional del 1 y del 22 de junio de 2001, Casos *Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A.* y *Gladys Corothie*, respectivamente.

del derecho, ni más ni menos, como se desprende del artículo 27 de la Constitución y, en el plano de los tratados internacionales sobre derechos humanos, del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

D. Compatibilidad con el sistema democrático

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgan gran significación a la democracia como parámetro para medir la licitud de las limitaciones o restricciones de derechos humanos. Al respecto, es elocuente el texto del artículo 32.2 de dicha Convención, inspirado en el artículo 29.2 de la Declaración Universal:

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En la misma dirección apunta el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aunque sin estipular una cláusula general relativa a las posibles restricciones a los derechos consagrados, sino mediante la previsión de los fines lícitos de las mismas *en una sociedad democrática* al regular varios de estos derechos (arts. 8 a 11); pero ello no ha impedido que la necesidad de la limitación de los derechos humanos o libertades fundamentales en una sociedad democrática sea tratada como criterio general para la determinación de su licitud³⁶.

Este control o *test* democrático adquiere singular importancia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en virtud de la estrecha vinculación entre democracia y derechos humanos que lo ha caracterizado desde sus orígenes. La Comisión³⁷ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han encargado de subrayar la significación del concepto de democracia representativa al examinar la licitud de limitaciones o restricciones a derechos reconocidos en la Convención. En su Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte sostuvo, en relación con el artículo 13 de la Convención, relativo a la libertad de pensamiento y expresión, que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión es necesaria para asegurar algunos de los objetivos mencionados en el artículo 13.2 "tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas"³⁸. La Corte también declaró, de manera más general, que:

Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas³⁹.

Pese a que estas afirmaciones de la Corte pudieran llevar a pensar que el criterio expuesto rige sólo respecto de algunos de los derechos garantizados por la Convención, el

36. Cf. JACOBS, Francis/WHITE, Robin, *The European Convention on Human Rights*, Clarendon, Oxford 1996, pp. 306 y ss.

37. Especialmente en su Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Informe anual de 1994).

38. Párr. 42.

39. Párr. 44.

mismo es aplicable al conjunto de los derechos reconocidos por ella, como se desprende de otros párrafos de la citada Opinión Consultiva⁴⁰ y del propio texto del artículo 32.2 de la Convención, que, más bien, “opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas”⁴¹. Este alcance general de la exigencia de compatibilidad con la democracia de las restricciones a los derechos humanos consagrados fue ratificado por la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, relativa a *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*⁴². La Carta Democrática Interamericana es una manifestación reciente de la inescindible vinculación entre la democracia y los derechos humanos dentro del sistema en el que se inscribe la Convención, sin perjuicio de la singular relevancia que algunos de estos derechos puedan poseer en este contexto, según las circunstancias del caso.

Por tanto, las limitaciones o restricciones legales a los derechos fundamentales o derechos humanos deben superar este *test democrático* para que sea posible afirmar su licitud, lo cual comprende tanto al fin perseguido con la previsión legal como a la apreciación de la proporcionalidad en sentido estricto de la limitación o restricción y, eventualmente, de su indebida repercusión en el contenido esencial del derecho. La finalidad de la ley limitativa debe concordar con los principios democráticos, y la ponderación entre el medio empleado y el fin que se pretende obtener ha de realizarse a la luz del orden de valores propios de una democracia. Ello también puede ayudar a advertir y rechazar los intentos legislativos de reducción del ámbito de goce o ejercicio de uno de esos derechos más allá de lo aceptable o tolerable en una sociedad democrática. La entera consonancia de aquéllas con el *orden público democrático*⁴³ propugnado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos es, pues, imprescindible para aceptar su validez.

La significación particular de este *test democrático* reside en que enfatiza o pone de relieve aspectos sólo tácitamente comprendidos en el examen de la licitud de la finalidad de la ley limitativa, de la proporcionalidad de la medida o previsión legal correspondiente, y del respeto a la intangibilidad del contenido esencial del derecho, por cuanto es indudable que dicho examen ha de efectuarse desde el prisma de la Constitución y del sistema político democrático en que tiene lugar.

V. REFLEXIÓN FINAL

El afinamiento de la técnica jurídica y la profundización en el control de las leyes limitativas o restrictivas de derechos fundamentales siguen siendo temas pendientes en el sistema jurídico venezolano y en el de otros muchos países latinoamericanos. El importante desarrollo del amparo constitucional, o de procesos judiciales análogos, como

40. En particular, de su párrafo 67, que examina los conceptos de orden público (art. 13.2) y de bien común (art. 32.2): “Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las *justas exigencias de una sociedad democrática* que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.

41. Párr. 65.

42. Párr. 31.

43. *La colegiación obligatoria de periodistas...*, párr. 69.

instrumentos de tutela de estos derechos ante excesos de la administración o de los jueces, no ha estado acompañado por un avance similar en el ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes que los afectan.

Es, de cualquier modo, un paso necesario para que nuestros países se consoliden como Estados constitucionales, cuyos órganos estén siempre sujetos a la Norma Suprema y a los derechos que ésta pretende garantizar.

§ 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Roberto Cuellar M.
Director Ejecutivo del
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad y especialmente sus grupos poblacionales más vulnerables como lo son las mujeres, la ancianidad, la niñez, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, personas con discapacidad, migrantes, presentan un importante desafío a los estados nacionales: necesidades básicas y elementales para vivir que en la actualidad no ha sido posible satisfacer, a pesar de la llegada de la democracia latinoamericana. De esa forma, el desarrollo humano sostenible es todavía un sueño, la discriminación sigue siendo un amargo rasgo distintivo de nuestras sociedades y en muchos países se ha retrocedido en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y se han profundizado las brechas sociales¹.

Dicha marcada desigualdad en el goce y disfrute de derechos humanos básicos de las personas en América Latina ha generado evidentes tensiones sociales y ha acentuado la crisis de inequidad que agobia los estratos medios que han pasado a ser parte de los estratos más bajos. Así se experimenta en la actualidad un clima social de alta conflictividad potencial que consecuentemente tiene relación con los índices de criminalidad, delincuencia y deterioro en la seguridad ciudadana.

La violencia engendra violencia y hoy, de ese fenómeno nadie se escapa. La violencia es una realidad amenazante y es una aflictiva sensación de inseguridad que le hace mucho daño a la dignidad humana y pone en jaque a la democracia en América Latina. Las hay expresiones de violencia de varios tipos y de variadas formas: las propiamente institucionalizadas que quedan impunes en su inmensa mayoría y las criminales que son regularmente sancionadas con la cárcel y excepcionalmente castigadas con la pena de muerte.

Hay otras formas de violencia ocultas y negadas: la intrafamiliar -comúnmente llamada *violencia doméstica*, que cobra muchas víctimas en la privacidad del hogar-, y la violencia social que causa graves consecuencias para la vigencia de los derechos humanos en más de tres cuartas partes de la población latinoamericana excluida de los beneficios sociales de la democracia.

Y es que el tema de la seguridad ciudadana se mantiene en un primer lugar de las agendas nacionales debido a que su antítesis, la inseguridad ciudadana, es el reclamo más constante que se hace a las autoridades. Esa circunstancia ha generado las más diversas teorizaciones sobre el tema de la seguridad, no siempre bien enfocadas hacia la

1. *Actualización del Documento Visión-Misión*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Reunión del Consejo Directivo 23 y 24 de agosto de 2002.

determinación de la causas y su erradicación, sino más bien hacia acciones más de carácter reactivo que preventivo. Es así como, por lo general, se responde a concepciones muy *seguristas* que le dan énfasis al tratamiento estatal y/o represivo del problema, lo cual se encuentra reflejado claramente en las políticas policiales. Por el contrario, son escasas las iniciativas que abordan el problema de la inseguridad desde la causa de los derechos humanos y desde su incorporación al derecho constitucional.

Con un panorama como el anterior, resulta de especial interés hacer un análisis profundo del contexto actual de la seguridad en nuestros países, y de las respuestas sobre las causas de la criminalidad y la consecuente inseguridad social. También nos interesa estudiar en el presente documento las consideraciones que ha presentado el derecho internacional para el tratamiento de esa temática y las que a nivel de la legislación constitucional y de las políticas domésticas se han tomado en cuenta para el análisis y la protección de un derecho humano que consideramos indispensable: el derecho de toda persona de contar con un entorno que le permita ejercer su proyecto de vida y alcanzar el punto satisfactorio de su derecho humano al desarrollo.

II. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA SEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA:

1. Los efectos devastadores de la delincuencia

La delincuencia es una realidad angustiante y un problema destructivo. La criminalidad sigue siendo el fenómeno de violencia más preocupante en nuestras sociedades. La delincuencia es una crisis de valores: la vida, los bienes, la paz en las calles y la tranquilidad en nuestros barrios, están en peligro constante ante los acechos de la creciente acción de la violencia criminal. ¿Qué nos ha pasado frente a la violencia a la que a diario le teme la sociedad latinoamericana?; ¿por qué ahora somos incapaces de contener el auge de la criminalidad y resultan infructuosos los esfuerzos por bajar los niveles delincuenciales en las principales ciudades de América?; ¿cuáles son las entidades civiles que se han preparado para prevenir la violencia y para tratar las secuelas de los crímenes atroces y de las extorsiones?; ¿por qué la inseguridad de los habitantes es el principal problema de nuestras democracias?

Cada vez más hay ocasiones en que nuestras sociedades prefieren la fuerza y los hechos consumados ante la ola de violencia criminal. Se resuelve una parte, pero no se tratan las causas de la fenomenología. Lo cierto, es que en nuestras sociedades no se tomaron las decisiones correctivas, a tiempo. A la vez, se dejó al lado la contundencia e impacto de la credibilidad y legitimidad social de la función política para combatir el crimen organizado. En buena parte de Latinoamérica, la criminalidad y la violencia es el caldo de cultivo de la angustia nacional y de la incertidumbre social.

En segundo término, debemos cuestionarnos acerca de la herencia violenta de nuestras sociedades y preguntarnos sobre su relación con la delincuencia en sus dimensiones actuales. La delincuencia no es una cuestión casual, que surge por generación espontánea. En nuestras sociedades, tiene causas remotas e inmediatas que se relacionan con una violencia no superada en buena parte de la región. Así lo encontramos en países que han salido de la guerra civil en los que la transición se ha intensificado la delincuencia desproporcionada; en otros casos, hay un fenómeno de movilización humana que tras-

ciende los espacios fronterizos, muy significativo, y que unido a una desactivación económica muy drástica, resulta en el avance de la actividad delictiva.

En tercer lugar, la agenda de la seguridad incluye y debe incluir el fenómeno de la corrupción. El auge de un liberalismo económico malentendido, en general, no se ha visto acompañado de reformas para favorecer la justicia social y garantizar sistemas de convivencia democrática con una mínima igualdad de oportunidades. La apertura de la economía y la especulación financiera han creado nuevas fortunas superponiendo una cobertura de prosperidad que se ha demostrado falso en la mayoría de países de Latinoamérica. La impunidad de quienes han cosechado riquezas a costa de los dineros públicos siembra de dudas la institucionalidad democrática y la débil convicción de que la justicia puede ser igual para todos.

Pero de todas las aristas de la agenda de la seguridad, la más preocupante es la acción de la delincuencia organizada, de manera que trasciende lo local para convertirse en una oscura telaraña internacional.

En la raíz de la historia delictiva en la región, el auge de grupos bien organizados, no es nada nuevo. A la sombra del poder dictatorial y de los negocios ilícitos generados en conflictos internos, lacras como el contrabando y el narcotráfico prosperaron agresivamente. Ahora se trata de la sofisticación de los métodos y de las prácticas delictivas; ahora, la organización para delinquir cubre todos los niveles de la delincuencia; ahora, las pandillas juveniles se han extendido como ejércitos. En realidad, el principal desafío de la institucionalidad es el control y la represión del crimen organizado, sea cual fuere su manifestación, su nivel y su actividad sea pública o privada, sea común o sistemática. En tanto no se haga una lucha contra el crimen organizado, que desarticule sus redes y llegue a la cúpula, sin importar el rango social en que se encuentren, ni el partido político con que simpaticen, de muy poco servirá cualquier esfuerzo regular, ni nadie creará en los *golpes de suerte* de la policía.

Es, precisamente, el crimen organizado el que tiene capacidad de infiltrar, contaminar, infectar y erosionar la institucionalidad democrática y la administración de la justicia. La corrupción que genera, no solo entre el cuerpo de jueces sino en todo el sistema administrativo, se va volviendo una especie de doble institucionalidad perversa y destructiva, que destruye la lógica del sistema democrático mismo.

2. La política y la criminalidad

Los continuos incrementos en las estadísticas de la criminalidad, el aumento de sectores sociales afectados por este fenómeno, la muy considerable intervención de jóvenes en hechos violentos o delictivos², una relación cada vez más estrecha entre la delincuencia -individual y organizada- y la problemática de la droga y el narcotráfico; el fenómeno del crimen organizado y la regionalización del delito³, y el evidente y considerable crecimiento del sentimiento de inseguridad en la población, han pasado a ser problemas comunes de nuestros países.

2. Al respecto el autor KLIKSBERG, Bernardo, señala que la OPS considera a la criminalidad de la región un problema central de salud pública. Esta es una de las principales causas de muerte de la población joven y en algunos países recientemente su magnitud ha llevado a la reducción demográfica de la población joven de ciertos niveles de edad.

3. *Seguridad Ciudadana en Centroamérica: Informe Final de Evaluación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, agosto de 2000.

En nuestra región el crimen violento y la violencia juvenil llegan a crear, en algunas ciudades, verdaderos espacios urbanos de guerra social permanente. La expansión de la criminalidad ha generado un creciente desorden público e inseguridad pública estatal y ciudadana, como lo demuestran los diferentes estudios de este fenómeno elaborados en varias ciudades del continente⁴. Por ejemplo, se estima que América Latina tiene 30 homicidios por cada 100,000 habitantes por año (tasa que multiplica por 6 la de los países con una criminalidad moderada como los de Europa Occidental). Estudios del BID y otras organizaciones indican que la zona de América Latina es la segunda con más criminalidad del mundo luego del Sahara Africano⁵.

Además, el crimen y la violencia entorpecen el crecimiento económico y contribuyen a la expansión de la pobreza debido a sus efectos en los capitales material, humano y social. Lo anterior también perjudica la capacidad de respuesta del gobierno frente a las principales necesidades de la sociedad⁶.

Se constata un estado incapaz de responder con eficacia frente a las verdaderas causas del problema que normalmente responde ensayando una fórmula de represión penal. Por el contrario, la lucha contra la criminalidad ha significado siempre una puerta abierta a la transgresión y desconocimiento de derechos fundamentales de aquellos sectores sociales más deprimidos económicamente sobre los cuales se suele incidir en este problema.

Esta realidad, no sólo nos permite observar con meridiana claridad la situación de indefensión en la cual se encuentran los ciudadanos de nuestros países frente al problema de la inseguridad, sino también constatar el divorcio entre el estado y la sociedad.

Ese divorcio y el énfasis estrictamente represivo de la lucha contra el crimen y la violencia social, plantea un tema que, por las condiciones que atraviesa América Latina, no puede seguir pendiente: la muy estrecha relación entre el problema de la inseguridad ciudadana y los derechos humanos.

No cabe duda que el problema es muy complejo y que cualquier alternativa, para ser realmente viable y posible, requiere de una férrea voluntad política, para vencer las más diversas resistencias en el estado pero también en la sociedad.

América Latina actualmente vive una etapa política en la que la construcción de un estado democrático es un proceso que tiene que enfrentar una serie de tensiones y de conflictos. Dentro de ese proceso, las condiciones de seguridad y la definición del rol que las instituciones del estado y la sociedad tienen, también forman parte de este proceso, porque definitivamente la solución a este problema hoy se asume como parte de las condiciones indispensables de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos de sus ciudadanos.

Dentro de esta arista política, los políticos han sabido comprender que la creciente inseguridad es una forma rápida de ganar adeptos para captar potenciales votantes. Para ello invocan la falta de policía y de autoridad del estado, proponen *cero tolerancia* para

4. Así por ejemplo, en Honduras entre los años 1995 a 1998 el registro de delitos pasa de 21.319 a 46.200 (según la DGIC) y en Costa Rica de 1988 a 1997 los delitos a la vida pasan de 112 a 195, los delitos contra la propiedad de 856 a 1185 y los delitos sexuales de 45.2 a 74.6. Datos suministrados por la publicación *Gobernabilidad Democrática y Seguridad Ciudadana en Centroamérica*.

5. KLIKSBERG, Bernardo, *El Crecimiento de la Criminalidad en América Latina: Un tema urgente*.

6. Según los análisis de la CEPAL la pobreza ha crecido en términos absolutos y relativos. El número de pobres es hoy mayor que en 1980 y ha subido el porcentaje que representa en el conjunto de la población que se acerca a la mitad de la misma. *Ibid.*

todos los delitos y nadie levanta la bandera de alerta temprana para trabajar en lo preventivo porque los partidos políticos saben que las encuestas confirman que el sentimiento de inseguridad es la principal preocupación de la región e interpretan que la inseguridad es una arma electoral.

En relación con el punto anterior, quiero mencionar que dos de las principales aportaciones de los partidos políticos, en las recientes campañas electorales de Colombia, Brasil y Ecuador, son la lucha contra la corrupción y el combate contra la delincuencia e inseguridad de la ciudadanía. El PT -Partido de los Trabajadores- prometió nuevas leyes y medidas administrativas para reforzar las fuerzas de policía y para rejuvenecer el sistema penal. Lula da Silva, el nuevo presidente del Brasil conseguiría un lugar de privilegio en la historia del país si logra cambiar la oleada de homicidios, motines carcelarios, atracos y secuestros que imponen una sensación de estado de sitio permanente en varias de las grandes ciudades brasileñas.

El horizonte democrático y constitucional conlleva a una potenciación de la sociedad civil, fortaleciendo el tejido social, elevando la autoestima individual y colectiva de las comunidades, o sea procurando construir poder de decisión en beneficio propio. Para asumir un nuevo enfoque frente a la inseguridad, el nuevo paradigma, el de la *visión integral de seguridad para los habitantes*, debe contribuir al fortalecimiento de un estado democrático defensor de los derechos humanos y a tener una sociedad civil fuerte.

Es necesaria la participación ciudadana en procura de una mayor seguridad ciudadana, aún desde la óptica de los derechos humanos, con todo y las bondades que ofrece, sin embargo no deja de tener sus riesgos y sus límites. Los riesgos están en la medida en que la situación de inseguridad se encuentra *in crescendo* y en tanto ni el estado ni las comunidades logren detener las oleadas de delincuentes, lo que puede animar a grupos privados que, llevados por la desesperación de la situación, caigan en la tentación de apelar a la fuerza y a la venganza.

Afortunadamente, en varios de nuestros países se están ensayando soluciones que permiten analizar y comparar experiencias que se han aplicado para combatir la criminalidad y la delincuencia y proveer así seguridad. Desde luego, algunas son peligrosas para el futuro de los derechos humanos. Otras, sin embargo, son dignas de estudio porque procuran soluciones compatibles con nuestro sentido de la dignidad humana, de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y del estado de derecho.

III. LA SEGURIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tema principal que nos ocupa, cuál es las implicaciones constitucionales que un estado adopta para salvaguardar el derecho a la seguridad de que debe gozar toda persona, nos lleva a estudiar el tratamiento internacional del tema, teniendo en cuenta algunas de las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano de sus consecuencias jurídicas. La seguridad de los individuos pasa por la inviolabilidad de sus derechos y de sus libertades⁷.

7. *Memoria del I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

En base a lo anterior, coincido con Rafael Nieto L., en varias afirmaciones: habrá más o menos seguridad en un estado en tanto y cuanto se garanticen de mejor o peor manera los derechos y libertades de sus habitantes; habrá más o menos seguridad en la medida en que haya más o menos garantía efectiva para el disfrute y gozo de los derechos y libertades; en la medida en que haya violación a esos derechos habrá inseguridad; en la medida en que los derechos se respeten habrá seguridad⁸.

El término de seguridad es muy amplio, pues puede abarcar desde concebir a la seguridad como persona, hasta la seguridad como grupo o sociedad. Indudablemente que no podríamos priorizar entre uno y otro. El sujeto tiene derecho a sentirse seguro, individual o socialmente, por lo que situaciones tales como la violencia intrafamiliar, el maltrato a los niños, mujeres o ancianos, las torturas por parte de grupos policiales y guerrilleros, militares o paramilitares, son actos violentos que tienen como consecuencia un fuerte sentimiento de inseguridad.

En numerosos instrumentos internacionales se marca el reconocimiento de la seguridad y otros bienes jurídicos como por ejemplo la vida y la integridad física, como derechos humanos. En este sentido, se pueden mencionar que el siguiente articulado: 3 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6.1 y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos I y XXIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 4.1, 5.1, 7.1 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran en términos casi idénticos que toda persona tiene derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, la seguridad y la propiedad⁹. La comisión de determinados delitos como homicidios, lesiones, violaciones, secuestros, robos, constituyen vulneraciones a esos derechos fundamentales.

Así hay autores que afirman que el *derecho a la seguridad* es el resultante de la suma de algunos denominados derechos humanos, entre los que se pueden citar: el derecho a la vida; el derecho a la inviolabilidad de la persona, que incluye el derecho a la libertad sexual, a la libre circulación, al libre movimiento y a la inviolabilidad del domicilio; y el derecho a la propiedad¹⁰.

La reacción para tratar a la delincuencia y la criminalidad también debe tener en cuenta el respeto a las garantías fundamentales, y las que están contempladas en el derecho internacional. Tales garantías se refieren al respeto al debido proceso, y entre otros, reconocen el derecho a no ser detenido en forma arbitraria; a no ser sometido a tortura ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a un juicio público y justo ante un tribunal independiente e imparcial; a la presunción de inocencia y a una defensa plena. El que la persona pueda gozar de todos los derechos mencionados -su establecimiento legal y su cumplimiento efectivo- genera confianza en el sistema judicial y constituye una de las formas más eficaces de lucha contra la inseguridad ciudadana a través de la seguridad jurídica¹¹.

En la Conferencia sobre Prevención de la Inseguridad Urbana del Consejo de Europa se logró consenso sobre lo que constituye inseguridad, definiéndola como *falta de segu-*

8. *Ibid* p. 104.

9. *Seguridad Ciudadana en Centroamérica: Informe Final de Evaluación, op. cit.* p. 53.

10. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Beatriz, *Seguridad Ciudadana y Seguridad Jurídica*. Página web: www.ute.gob.sv/Publicaciones/Boletin/

11. *Ibid*.

ridad y temor al delito, sea real o imaginario¹². Desde esta perspectiva, la seguridad está ligada tanto a la realización efectiva de los derechos fundamentales, como a la garantía de la existencia de sanción para quienes los transgredan.

De nuestra parte, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha visto la seguridad en relación con que todas “las personas, sin discriminación alguna, puedan disfrutar de sus derechos y libertades sin interferencias ilegítimas de otros individuos o de funcionarios estatales, que su dignidad no se encuentra amenazada por factores heterónomos, y que tienen la certeza de que hay condiciones sociales para su desarrollo pleno en el tiempo como seres humanos”¹³.

Otras normas del ámbito internacional que nos parece importante mencionar serían: el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley de Naciones Unidas, 1979; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas de 1984; la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de Naciones Unidas de 1985¹⁴.

En todo caso, coincidimos con Andrés Domínguez en que, en una sociedad democrática el concepto y el alcance de la palabra *seguridad* están vinculados, en primer lugar al derecho humano a la libertad y seguridad de cada persona; en segundo, a la estabilidad y correcto funcionamiento de las instituciones públicas que realizan el estado democrático de derecho y por último en la seguridad y estabilidad del derecho que vincula y organiza las relaciones entre las personas y entre estas y los bienes(...). Por lo tanto, la seguridad no es la orientación sustantiva del orden público, sino una cualidad de éste. En la medida que las personas realizan sus derechos fundamentales, las instituciones aseguran esos derechos y los particulares se someten en sus relaciones a la ley, la seguridad surge como la consecuencia del orden democrático de derecho, como una variable dependiente del mismo¹⁵.

IV. DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO EN EL TEMA DE LA SEGURIDAD

Si estamos entendiendo entonces que el término de seguridad nos remite a la consideración de las posibilidades con que cuenta la persona para gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales, es necesario hacer referencia a cómo el estado incorpora en su legislación las políticas para salvaguardar el goce de los derechos humanos. No hay duda de que el estado es el principal responsable de garantizar la seguridad. La seguridad será el objetivo; y la prevención y la protección son los medios para conseguirla.

Como es de conocimiento general, gobierno, territorio y población son los tres elementos clásicos del estado y si se concibe el estado como la unión circunstancial de dichos elementos, es evidente que la tarea de preservar la integridad del territorio y la estabilidad de los gobiernos, no puede hacerse sobre la base de la violación de los dere-

12. CARRANZA, Elías (Coordinador), et al. *Delito y Seguridad de los Habitantes*, p. 24.

13. Definición contenida en el documento *Visión-Misión del IIDH*, 2002. V. *supra* nota 1.

14. *Ibid.*

15. DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés, *Policía y Derechos Humanos*, p. 62.

chos y libertades del individuo. La seguridad del territorio y la del gobierno no pueden estar por encima de la seguridad de la sociedad dado que territorio estatal y gobierno son instrumentos concebidos para el bienestar de los habitantes y de la autonomía, y por ello están subordinados a la sociedad que es la finalidad, motivo y razón de ser del estado. El derecho de los derechos humanos presupone entonces que el estado y el gobierno tienen como finalidad el servicio de los individuos y por tanto, estado y gobierno están al servicio público.

En base a lo anterior, toda teoría de la seguridad se descarta como válida si supone una seguridad que busque salvaguardar uno solo de los elementos mencionados y si coloca a la seguridad de los elementos, territorio y gobierno, por encima de la sociedad. La seguridad de un estado entonces debería medirse fundamentalmente por la seguridad de su sociedad y la democracia es el sistema que mejor permite la expresión y participación de la ciudadanía en el gobierno, elemento clave de la seguridad. La seguridad ciudadana será la seguridad de los habitantes del estado y en consecuencia la primera es vital para la seguridad del estado. De acuerdo con la anterior afirmación, la seguridad ciudadana se debe entender como la vigencia de los derechos y libertades de los ciudadanos en su territorio¹⁶.

La seguridad ciudadana es un deber y responsabilidad de los poderes públicos, mediante actividades legislativas, judiciales, penitenciarias y policiales que tienen como finalidad asegurar la paz pública y la convivencia, conjugando el libre ejercicio de los derechos y libertades con el respeto a la legalidad establecida. De esta forma, la seguridad ciudadana está condicionada por la actuación de una serie de instituciones y organismos públicos¹⁷.

El concepto de seguridad ciudadana nos relaciona con el de inseguridad que supone según José María Rico y Luis Salas, la existencia de riesgo y ausencia de garantía para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. Ambos autores definen la inseguridad como la falta de represión y prevención del delito así como el aumento de la criminalidad. Para la magistrada González Sánchez, la inseguridad también tiene que ver con la falta de respaldo y garantías a favor de las víctimas para ejercer su derecho a la persecución del delito y al resarcimiento correspondiente, que nos relaciona con el tema de seguridad jurídica.

En atención a lo anterior, el estado se encuentra en relación con la seguridad ciudadana, con tres obligaciones imperantes:

- la obligación de prevenir que actos de criminalidad o violencia pongan en riesgo el goce de derechos fundamentales;
- la obligación de represión y de que se castigue al autor del delito;
- la obligación de resarcimiento o compensación de aquellas víctimas a quienes se les vulnera el derecho a la seguridad.

16. Para mayor desarrollo al respecto V. NIETO LOAIZA, Rafael, *Seguridad Ciudadana, Derechos Humanos y Sociedad Civil: algunas notas aproximatorias*. Ponencia contenida en *supra* nota 3. P. 104.

17. GÓNZALEZ SÁNCHEZ, *supra* nota 10.

V. LA SEGURIDAD CIUDADANA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNO

Como hemos analizado, en un estado democrático, la seguridad es un factor que contribuye al bienestar social y a mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Dentro de una nueva concepción de la seguridad, ésta no debe ser concebida únicamente como la prevención o persecución de los delitos, sino que debe estar orientada a garantizar todos los derechos humanos. En este sentido, estamos reconociendo la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

El proceso que debe emprender el estado es bastante complejo y debe ser comprensivo de varias instituciones propias de un estado democrático de derecho. Entran así en juego la función jurisdiccional, el rol de la policía, las fuerzas militares, así como la confiabilidad en otras instituciones y en sus responsables y gestores de la educación.

Lo anterior será siempre teniendo en cuenta, que “la Constitución de América Latina para el siglo XXI tiene que arraigar el principio de la separación orgánica de poderes, como antídoto efectivo frente al autoritarismo. Incluso debe consolidar la separación de Poderes más allá del Legislativo, el Ejecutivo y del Judicial y hacer partícipes efectivos del Poder Público con rango constitucional a los órganos de control, como las Contralorías Generales, el Ministerio Público, los Defensores del Pueblo o de los Derechos Humanos y los órganos electorales”¹⁸.

En general, es posible afirmar que el desarrollo de la noción de seguridad ciudadana es incipiente en algunos de los ordenamientos jurídicos de los países de la región. Así por ejemplo, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el artículo 55, se introduce el término en forma tangencial, no delimitándose específicamente. Este artículo establece que, *Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por la ley, frente a situaciones que constituyan amenazas, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes...* El concepto de seguridad ciudadana se introduce con delimitación restrictiva, haciéndose referencia a determinadas situaciones, con lo cual no se garantiza el ejercicio del derecho sino en determinadas circunstancias¹⁹.

Otras constituciones como las de Chile, Ecuador y Perú se refieren a la obligación estatal de brindar seguridad ciudadana a los habitantes.

Igualmente, en las constituciones de América Latina también se pueden encontrar otras disposiciones relacionados con la seguridad ciudadana, tales como aquellas que se refieren al concepto de orden público, las que contienen principios del debido proceso legal, así como las que crean y organizan instituciones como el poder judicial, la policía y las fuerzas militares.

Sin embargo, se encuentran evidentes carencias en el derecho constitucional de frente al desafío que presenta la seguridad ciudadana en relación con la necesidad de que se incorporen presupuestos de derechos humanos. Coincido con el autor Brewer-Carías que señala que “el más grande reto de la Constitución de América Latina del Siglo XXI

18. BREWER-CARIÁS, Allan, *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 21.

19. *Derecho a la seguridad ciudadana*. Informe Anual n° 13.

es la constitucionalización de la internalización de la protección de los derechos humanos²⁰.

Como parte del ordenamiento jurídico, los códigos penales de los países de la región tipifican conductas criminales que atentan contra la seguridad ciudadana.

La criminalidad es un fenómeno muy complejo que abarca una amplia gama de acciones, realizadas en circunstancias muy distintas y por personas de diversa condición social, económica y cultural. Algunas de las acciones que normalmente se tipifican son el homicidio, el robo en las viviendas, los asaltos callejeros, el tráfico de drogas, estafas, corrupción de menores, entre otras. Pero además existen una serie de delitos no convencionales (abuso de poder, corrupción pública, fraude fiscal, delito ecológico), así como varias clasificaciones de un mismo acto punible (por ejemplo, un homicidio puede ser de naturaleza culposa, producto de la negligencia o imprudencia al conducir un vehículo, o consecuencia de una mala praxis médica)²¹.

No es posible pensar que el derecho penal, y más concretamente la privación de libertad, es el medio idóneo para resolver el problema de la criminalidad; incluso en algunos casos ni siquiera cabe ese tipo de intervención. Hay que distinguir entre aquellas acciones que efectivamente exigen una sanción privativa de libertad y, las que pueden corregirse con medidas alternativas.

Otro serio problema que enfrentan los códigos penales de América Latina y que se han ido solventando a través de los procesos de reforma, es que prácticamente se han copiado de modelos europeos, en ocasiones sin comprender su ideología, sin considerar la realidad de nuestros países, y hasta combinando soluciones de diferentes modelos en forma poco coherente.

Asimismo, también debe considerarse el problema de la criminalización de grupos de población socialmente débiles, y carenciados. En la mayoría de los países de las Américas, las personas migrantes son consideradas por la generalidad de la población como delincuentes y culpables del aumento de los índices de criminalidad.

El disfrute de los derechos humanos se encuentra íntimamente relacionado con la forma en que las sociedades democráticas son capaces de enfrentar el problema de la inseguridad ciudadana. La violencia y los altos índices de criminalidad afectan gravemente el disfrute de los derechos humanos. Como anteriormente se indicó, para reducirlos es necesario desplegar una serie de acciones coordinadas, que tomen en cuenta todos los factores que la originan.

Siendo esta una responsabilidad del estado, se plantean varios ámbitos que deben ser fortalecidos:

1. Políticas públicas integrales y programas de acción para la justicia

Las causas de la criminalidad y la violencia son muchas y de muy diversa naturaleza, y por ello la solución que se plantee debe atenderlas de forma integral.

20. *Supra* nota 18.

21. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Seguridad Ciudadana y Justicia Penal, perspectiva de la Sociedad Civil: Memoria del Foro*, San José 1999.

La solución del problema no debe centrarse en mayor actuación policial, ni en legislaciones más represivas, sino que debe ir más allá, pretendiendo una reforma social que considere problemas relacionados con la globalización, la falta de empleo, el fenómeno cada vez mayor de la inmigración, la falta de acceso a la educación y a otros servicios básicos, entre otros tantos que pueden reclamarse.

La teoría criminológica moderna ha venido demostrando que la mayor efectividad en el control del delito se alcanza cuando se guarda una relación entre las acciones destinadas a mejorar la calidad de vida de los sectores más vulnerables de la población y aquellas de reducción de la criminalidad más grave²².

Dentro de las políticas y planes del estado un importante componente debe ser el de la prevención y reducción de conflictos sociales, y particularmente del delito, donde aparte del combate a la pobreza y otros factores que generan delincuencia, se debe promover una fuente mínima de recursos en la educación. En este aspecto deben trabajar conjunta y coordinadamente las empresas, las comunidades, las organizaciones de la sociedad civil, la policía y otras entidades estatales. Es necesario desplegar políticas preventivas desde las cuales se generen nuevos ámbitos de vinculación entre la sociedad civil y el estado. La complejidad y agudización actual de fenómenos exigen el involucramiento de la sociedad en su resolución. Sólo así se podrá garantizar el derecho básico de la seguridad pública en un sistema democrático de derecho.

El sistema de justicia penal debe ser congruente con la doctrina de derechos humanos y en este sentido deben adoptarse, entre otras, medidas tendientes a reducir la población de presos sin condena; deben desarrollarse alternativas a las penas privativas de libertad. Las instituciones que integran este sistema deben trabajar en forma coordinada; deben despenalizarse muchas infracciones que debieran encontrarse en el ámbito de lo social, educativo o de reforma; los procedimientos penales deben ser revisados para hacerlos más comprensibles y accesibles a todos los sectores de la población; debe buscársele una solución urgente al problema del hacinamiento en las cárceles, dado que este fenómeno genera aún más violencia.

2. Fortalecimiento de la Policía

En relación con la policía debemos partir de la separación tajante entre las fuerzas militares y policiales, propiciando así la desmilitarización de la seguridad.

Igualmente, deben existir mecanismos efectivos de control internos y externos a esta institución, de manera que se le comine a la rendición de cuentas.

La relación policía comunidad debe fortalecerse de manera que la primera se encuentre al servicio de la segunda. Esto permitirá que los servicios policiales se adapten a las necesidades reales y a las expectativas de la comunidad e igualmente que esta colabore en ciertas funciones policiales, sobre todo en la elaboración y evaluación de sus políticas. Es también muy importante la confianza que los miembros de la comunidad tengan de su policía, para lo cual la profesionalidad del policía y la información que la población reciba sobre verdadero papel en la sociedad (educación), son aspectos fundamentales. Igualmente los policías deben desarrollar destrezas en la resolución de conflictos, logrando evitar que puedan llegar al sistema de justicia formal.

22. *Derecho a la seguridad ciudadana*. Informe Anual n° 13.

Por último, queremos mencionar que en varios países de América Latina, se encuentra en funcionamiento la figura del ombudsman o defensor de los habitantes. Esa institución es clave en la labor de vigilancia y fiscalización de las funciones del estado frente a la problemática que plantea la seguridad ciudadana.

En especial, resulta una institución que puede jugar un rol preponderante en la búsqueda de soluciones en las cuales se contemple la participación de las instituciones democráticas y de la sociedad civil organizada.

VI. CONCLUSIONES

Para luchar efectivamente contra el crimen, se requiere de cuatro elementos interactuantes: voluntad política y decisión judicial, colaboración ciudadana y eficiencia policial. Por eso, una de las aspiraciones más claras de la ciudadanía es la estabilidad democrática de nuestras sociedades, entendida como satisfacción mínima de necesidades y de derechos sociales de todos los grupos y sectores. La violencia no puede tratarse solo con leyes: cualquier visión meramente punitiva es insuficiente. Al fenómeno de la violencia hay que enfocarlo en sus entrañas más profundas, en estrecha relación con las perspectivas reales de futuro de los derechos humanos que tengan la mayoría de los distintos estratos de la población. Hay que combatir la exclusión social que, generada por la economía de consumo, ha extendido la pobreza y la miseria en nuestras sociedades. Eso hace que el tratamiento de la violencia sea uno de los puntos básicos de la agenda de educación para la vida en democracia.

El principal obstáculo es, en las actuales circunstancias, la aún no desarticulada vinculación institucional del crimen. Por ello hay muchos temores y reservas del ciudadano común cuando tiene que denunciar un hecho criminal, participar como testigo o dar informaciones cruciales y probatorias. La policía, y en general la institucionalidad, deben ganarse la confianza con hechos y sin reparos ni mediatizaciones de la voluntad política y con la eficiencia operativa que la grave situación demanda. Esa integración de esfuerzos es indispensable para controlar la creciente delincuencia que pone jaque a los derechos humanos en las democracias latinoamericanas.

La doctrina de los derechos humanos no está reñida con la protección constitucional de la seguridad ciudadana. Sin embargo, conviene recordar que la defensa de la seguridad no puede significar la violación de normas mínimas del debido proceso y del respeto a la dignidad humana en sus distintas manifestaciones. En otras palabras, seamos firmes, seamos decididos, seamos fuertes en la lucha contra la delincuencia, pero no nos rebajemos a quebrantar los postulados universales de los derechos humanos.

En una frase resumimos nuestra visión: es la lucha permanente por la protección de las víctimas y los inocentes.

A pesar de que ahora *los hechos se están burlando cada vez más del derecho*, mi postulado es que la lucha contra la violencia social y contra la violencia criminal debe tener en cuenta a los derechos humanos y a los derechos de las víctimas. La doctrina de los derechos humanos está a favor del combate a la criminalidad porque la seguridad ciudadana y de los hombres, de las mujeres y de la niñez es un derecho fundamental que debe proteger la democracia.

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. *Los derechos de las personas*

§ 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO

*Luis Moisset de Espanes y
María del Pilar Hiruela de Fernández*
Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Córdoba, Argentina

I. INTRODUCCIÓN. DESARROLLO DE LA GENÉTICA

A mediados del siglo XIX se producen los primeros avances científicos que darán nacimiento a la moderna ciencia de la genética.

El precursor de estos estudios es el Abate Mendel¹, aquel monje austríaco que realizó una serie de experimentos con arvejillas o guisantes para determinar las leyes de herencia de los colores en esas flores.

Asienta en esa época, 1865, uno de sus descubrimientos: la determinación de la forma en que se transmiten hereditariamente ciertas características propias de esas plantas. Con sus investigaciones nace el conocimiento científico de la transmisión de características por vía hereditaria.

Pasarán todavía cuarenta años antes de que un inglés, William Bateson, en 1906, dé a esta ciencia incipiente el nombre de genética. Pocos años después, en 1909, un holandés, Wilhelm Johannsen, va a crear el nombre *gen* para bautizar al elemento transmisor de esas características que se transmiten por herencia, y en 1920 Winkler crea la palabra *genoma*, para simbolizar la suma total de genes de un organismo².

En 1908, en experimentos que se realizan sobre una mosca, la mosca del vinagre o *drosophila*, se advierte por primera vez que los factores hereditarios estaban localizados en los cromosomas; esto es obra de un norteamericano, Thomas Hunt Morgan.

Luego, allá por 1927, otro científico norteamericano discípulo de Morgan, descubre que se puede lograr mutaciones en los genes por la aplicación de rayos X³.

Como puede advertirse el desarrollo de la genética es del siglo pasado; después de los primeros experimentos de Mendel en el siglo XIX, recién en el siglo XX se bautiza la ciencia, se empieza a conocer o determinar dónde asientan las características genéticas; se advierte que en todas las especies hay unos elementos que se llaman cromosomas, que en los cromosomas están asentados los genes y que en los genes están contenidas las peculiaridades de la especie que se van a transmitir por herencia.

1. MENDEL, Gregor, monje agustino, publica sus estudios en el *Boletín de Historia Natural de Brno* en 1865.

2. V. BERNARDI, Giorgio, "El Proyecto Genoma Humano: en defensa de la ciencia básica" en *Proyecto Genoma Humano: Ética*, ed. F.B.B.V., 2ª ed., Madrid 1993, p. 255.

3. Este descubrimiento lo efectúa MÜLLER, J. Hermann.

Al comienzo se creía que estas peculiaridades estaban fijadas en las proteínas, hasta que en 1944 un bacteriólogo canadiense, Avery, en trabajos que realiza junto con McLeod y McCarty, descubre que no es en las proteínas donde se asientan realmente los genes sino en el ADN (ácido desóxirribonucleico).

En 1953 Watson y Crick, que por sus trabajos reciben el premio Nobel, van a determinar cuál es la estructura del ADN, que es donde están asentados los genes que transmiten las características de las distintas especies.

A partir de allí se genera una inquietud generalizada en los medios científicos, la cual culmina con la formulación del Proyecto Genoma Humano, fijándose como objetivo el descifrar y conocer el mapa genético humano de un modo integral.

Finalmente, el 26 de junio de 2000 se alcanza una de las metas del ambicioso proyecto, determinándose el 99% de la información genómica humana (o ADN)⁴. El 12 de febrero de 2001 se hace pública la secuencia del genoma humano, en contra de los intereses del sector privado que propugnaban mantenerla en secreto. A partir de tal data, cualquier ciudadano de la tierra puede tener acceso gratuito, vía internet, a las páginas del Proyecto Genoma Humano y obtener secuencias de genes u otras secuencias de interés de regiones cromosómicas específicas.

Como puede advertirse, hay un largo recorrido, desde principios del siglo XX, hasta el momento actual, que ha sido necesario para desentrañar una serie de aspectos correspondientes a las características que se transmiten por herencia.

Respecto a los cromosomas humanos, en el primer momento por un error se pensó que eran 44 (22 pares que corresponden a los que hoy se denominan cromosomas autosómicos) y luego se estableció que no eran 44 sino 46 pues a ellos debían sumarse los cromosomas sexuales X e Y, es decir que el ser humano presenta 23 pares de cromosomas⁵.

Esos 23 pares de cromosomas están constituidos por cadenas de ADN, que tienen forma helicoidal, y eso lleva a que en cada ser humano haya kilómetros de ADN enrollado; allí están asentados los genes que van a fijar las características que tenemos cada uno de nosotros, y además esto se transmite por vía hereditaria.

En los gametos, es decir la célula sexual femenina, va una mitad de los cromosomas, un juego de estos 23 pares, transmitidos por la madre, que se va a reunir con la otra mitad que se encuentra en los espermatozoides del padre; se formará así el doble juego de pares transmitido por ambos progenitores, es decir los 46 cromosomas del embrión humano con las características que se le han legado. La combinación de estos genes fijará las características individuales.

Se calcula que hay aproximadamente en cada ser humano, en estos 46 cromosomas, 30.000 genes⁶. Y se ha comenzado a descubrir que en determinados pares de cromosomas, o en algunos genes que se van individualizando, reside la transmisión de ciertas

4. El revolucionario logro, que abre una nueva era en la lucha contra las enfermedades, fue anunciado consecutivamente en China, Japón, Francia, Alemania, el Reino Unido y Estados Unidos.

5. V. BERNARDI, Giorgio, trabajo y obra citadas, p. 253.

6. Antes de la lectura integral del genoma humano se especulaba que el número de genes del hombre, oscilaba entre los 70.000 y 100.000. Esta diferencia entre el cálculo primigenio y el número real se debió a que los científicos se empeñaban en sostener que la raza humana era muy diferente a las demás criaturas y que por lo tanto debía -necesariamente- tener mayor cantidad de genes. De ser tal como se ha descubierto (30.000) el hombre sólo tendrá dos veces más el número de genes de una lombriz o una mosca.

características, que pueden ser buenas o malas, ya que no sólo se transmiten las características buenas sino también las malas.

II. PROYECTO GENOMA HUMANO

Corresponde detenernos y realizar algunas consideraciones en torno a la génesis y evolución que ha tenido el denominado Proyecto Genoma Humano.

En este orden de ideas, cuadra señalar que a partir de los primeros avances y descubrimientos, nace en los medios científicos la inquietud por la necesidad de realizar un estudio conjunto de la plantilla genética humana, para tratar de llegar a conocer de manera integral lo que podríamos denominar el mapa genético; saber cuáles son los *cien mil*⁷ cromosomas del género humano, dónde asientan y qué función cumplen.

Así se efectuaron estudios de los tramos del ADN de cada cromosoma, en una tarea que los científicos llaman *secuenciación*⁸; es decir, trazar la secuencia, determinar dónde está el gen y luego buscar qué función cumple ese gen que se ha determinado.

El proyecto Genoma Humano, tal como se lanzó, tuvo como finalidad completar el estudio del mapa genético de nuestra especie, considerado por los biólogos como algo indispensable para el mejor conocimiento del ser humano.

¿Cuándo y cómo comienza el Proyecto Genoma a ponerse en funcionamiento?

En 1985 se dan los primeros pasos; vean ustedes que no estamos muy lejos en el tiempo, han transcurrido menos de dos décadas.

En California, en la Universidad de Santa Cruz, se lanza la idea de que era necesario tratar de conocer la plantilla genética de la humanidad⁹.

Un premio Nobel, Renato Dulbecco, es el que señala las ventajas que podría tener, para avanzar en los conocimientos sobre el cáncer, investigar la posible influencia que tiene la transmisión genética de determinadas características, para lograr por esa vía la curación de una enfermedad que tanto nos aflige.

El mismo año en el Departamento de Energía de Estados Unidos, DOE, el profesor Charles DeLisi pone en marcha la idea de profundizar estas investigaciones. A eso se suma, en 1986, una reunión de varios premios Nobel que se realiza en los laboratorios Cold Spring Harbor y estos investigadores reclaman ayuda económica para poner en marcha el proyecto.

La idea tropieza con algunas dificultades en el primer momento porque muchos grupos investigadores de la biología y de la genética piensan que si los gobiernos se entusiasman tras el Proyecto Genoma y le dedican fondos, esto va a cortar los aportes que se destinan a otro tipo de investigaciones.

7. Ya hemos señalado en la nota anterior que actualmente se estima que el genoma humano se integra con treinta mil cromosomas, es decir apenas la tercera parte de lo que se creía una década atrás.

8. V. WALTER, Gilbert, "La secuenciación del genoma humano. Situación actual" en *Proyecto Genoma Humano: Ética*, p. 55.

9. La cronología del *Proyecto Genoma Humano* puede consultarse en el Apéndice del aporte de COOK-DEGAN, Robert M., "Las raíces de la polémica: los orígenes del Proyecto Genoma Humano" en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, volumen I, ed. F.B.B.V, Madrid 1994, p. 67 y ss.

Pese a eso, durante la administración Reagan, en los Institutos Nacionales de Salud (National Institutes of Health, o NIH), en 1988 se aprueban, por primera vez en EE.UU., partidas importantes para comenzar el estudio del Genoma, y se forma en 1988 una especie de asociación que recibe el nombre de HUGO, (Human Genome Organization, o sea: Organización del Genoma Humano).

Con ese impulso se reúnen dos Seminarios de trabajo en España, en Valencia, cuyo principal organizador es un biólogo español que ha realizado estudios e investigaciones en los Estados Unidos, Dn. Santiago Grisolia. Se aprueban importantes declaraciones, primero en la reunión de 1988 y luego en la de 1990, que se dedica especialmente a estudiar los aspectos éticos del Proyecto Genoma, que es lo que más preocupa a los propios científicos, porque ellos advierten que, el conocimiento de la plantilla genética facilita que se realicen en ella manipulaciones conduciendo, muchas veces, a resultados no del todo favorables para la especie y reclaman, primero de las personas especializadas en ética y filosofía y luego de los juristas, el auxilio de sus aportes, para fijar márgenes que signifiquen un límite, no a la investigación sino a la manipulación genética que puede venir tras esa investigación.

El Programa Genoma recibe su lanzamiento definitivo en 1990, luego de formada esa asociación, HUGO, con el hecho de que varios gobiernos destinan partidas a laboratorios para que profundicen estas investigaciones. La tarea fue llevada adelante principalmente, en cuatro países: Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia y Japón que son los que decididamente adoptaron como objetivo lograr la determinación total de la plantilla genética del hombre y posteriormente hubo esfuerzos tendientes a unirse a esa tarea en Francia, Canadá, Australia y la Comunidad Económica Europea.

En cambio, desde un inicio hubo una gran reticencia por parte de los alemanes sobre quienes pesa el lastre de lo que hicieron en materia de genética durante el período en que gobernó Hitler, cuando llegó a consagrarse en Alemania la eutanasia por considerar inconveniente que tuvieran descendencia personas defectuosas y pudiesen transmitir sus taras por vía hereditaria. Lamentablemente estas concepciones son tan viejas como el mundo; basta recordar la Roca Tarpeya, desde donde se despeñaba a los niños con defectos.

Piénsese también en el peligro que corren en la India los *nasciturus* de sexo femenino; afirman algunas noticias periodísticas que el conocimiento anticipado del sexo de la criatura por nacer, trae como consecuencia que muchas madres procuren abortar si se enteran que va a ser una mujer, porque las mujeres son consideradas una carga; entonces se produce un mayor número de nacimiento de varones que de mujeres.

Las consideraciones expuestas ponen de manifiesto las trascendentes repercusiones que los avances genéticos tienen en el plano ético y los dilemas jurídicos que generan en la vida social.

III. DECLARACIONES DE VALENCIA SOBRE GENOMA Y ÉTICA

1. Primer Seminario. Valencia, 1988

En este recorrido que nos hemos propuesto, corresponde en primer lugar traer a colación lo que se puso de manifiesto en 1988, a poco tiempo de lanzarse el Proyecto Genoma, en el Primer Seminario sobre cooperación internacional para el Proyecto Genoma Humano.

Por un lado todos los asistentes creían que era indispensable seguir adelante con las investigaciones que permitieran el mejor conocimiento del mapa humano, es decir la cartografía y secuenciación del Genoma, porque ese conocimiento, al asegurar una información adecuada, puede beneficiar ampliamente la salud de la población.

En tal sentido el primer punto de la *Declaración de Valencia sobre el Proyecto Genoma Humano*, de 1988, expresa textualmente:

1. Los miembros de la conferencia creen que el conocimiento que surge de la cartografía y secuenciación del genoma humano puede beneficiar ampliamente la salud y el bienestar de la humanidad. A tal fin los científicos participantes asumen su responsabilidad para asegurar que la información genética sea utilizada sólo para aumentar la dignidad humana, y alientan un debate público sobre las implicaciones éticas, sociales y legales del uso de la información genética.

Consideraron también que estas investigaciones no podían reducirse al estudio del genoma humano sino que paralelamente debían practicarse investigaciones similares en animales, en plantas y en microorganismos seleccionados, para llegar por la vía del conocimiento de los genomas de otras especies a un mejor conocimiento del propio genoma humano¹⁰.

Reclamaban que estos esfuerzos no se hicieran de manera aislada sino de forma coordinada entre todos los países, para no superponer investigaciones y no generar un costo mayor en algo que evidentemente se mostraba como muy caro, porque en esa primera etapa se calculaba que un laboratorio podía analizar más o menos unos diecisiete mil pares de las bases del ADN al año, con lo cual se necesitaría mil laboratorios durante cien años para poder llegar a conocer la totalidad de la plantilla genética¹¹.

Los progresos paralelos que se fueron realizando en materia de informática permitieron por un lado abaratar y por otro acelerar las búsquedas. El proyecto genoma fue avanzando de manera tan acelerada que en esta época ya se llegó a sostener que, de los 100.000 genes (que se creía componían el mapa genético humano) ya se conocía la ubicación y la secuencia de unos 20.000 y se aseguraba que para fines del siglo XX se habría completado el estudio de la cartografía genética del hombre.

Además de aconsejar la coordinación, reclamaba ese simposio de Valencia la información, es decir, que no hubiese secreto científico, sino que los investigadores de los diferentes países intercambiaran toda la información que recogieran sobre el genoma para que esos datos pudiesen estar al alcance de todos los medios científicos, permitiendo la continuidad de los esfuerzos y, otro aspecto importante, que no hubiese abuso en el empleo de estos nuevos conocimientos genéticos¹².

10. "Declaración de Valencia...", 3. Los participantes apoyan fuertemente la realización de estudios paralelos del genoma de animales, plantas y microorganismos seleccionados, para llegar a un entendimiento más profundo del genoma humano".

11. "Declaración de Valencia... 2. Los miembros apoyan el concepto de colaboración internacional en el proyecto y reclaman la más amplia participación de los países de cualquier latitud según sus propios recursos e intereses".

12. "Declaración de Valencia... 5. Los miembros de la Conferencia creen que la información resultante de la cartografía y secuenciación del genoma humano debe ser de dominio público y disponible para científicos de todos los países".

2. Segundo Seminario. Valencia, 1990

Esa primera reunión efectuada en Valencia prolongó sus tareas con otro encuentro, efectuado en 1990, cuyas declaraciones sobre aspectos éticos son de singular importancia por lo que entendemos conveniente reproducir íntegramente su texto.

IV. DECLARACIÓN DE VALENCIA SOBRE ÉTICA Y EL PROYECTO GENOMA HUMANO

1. Nosotros, los participantes en el seminario de Valencia, afirmamos que una sociedad civilizada incluye el respeto por la diversidad humana incluyendo las variaciones genéticas. Nosotros reconocemos nuestra responsabilidad para ayudar a asegurar que la información genética se utilice para potenciar la dignidad del individuo, que todas las personas con necesidad tengan acceso a los servicios genéticos, y que los programas genéticos sigan los principios éticos de respeto a la persona, bienestar y justicia.

2. Creemos que el conocimiento adquirido de la cartografía y la secuenciación del genoma humano originará un gran beneficio para la salud y el bienestar humanos. Apoyamos la colaboración internacional para la investigación del genoma y requerimos la más amplia participación posible de todos los países del mundo, dentro de los recursos e intereses de cada país.

3. Requerimos la colaboración entre las naciones y las distintas disciplinas en el desarrollo de la investigación y en el intercambio de información y materiales relativos al genoma de los seres humanos y de otros organismos.

4. Las cuestiones relacionadas con el uso y abuso de los nuevos conocimientos genéticos han provocado numerosos debates. Además de las discusiones en los círculos científicos, es necesario que tengan lugar de forma urgente debates públicos sobre las implicaciones éticas, sociales y legales de los usos clínicos, comerciales y de otros usos de la información genética.

5. Apoyamos todos los esfuerzos encaminados a la educación del público a través de todos los medios posibles, incluyendo la prensa y las escuelas, sobre la cartografía y la secuenciación genética, las enfermedades genéticas y los servicios genéticos.

6. A la luz del gran crecimiento de la información en los campos de la prognosis y la terapéutica que originará el proyecto genoma, requerimos un mayor apoyo para la formación de consejeros genéticos y para la educación de otros profesionales de la salud.

7. Como principio general, la información genética sobre un individuo debería ser obtenida o revelada sólo con la autorización de dicho individuo o de su representante legal. Cualquier excepción a este principio requiere una fuerte justificación legal y ética.

8. Estamos de acuerdo en que la terapia génica de las células somáticas pueda ser utilizada para el tratamiento de enfermedades humanas específicas. La terapia génica de la línea germinal afronta numerosos obstáculos y no ofrece un consenso ético general. Nosotros apoyamos un mayor debate sobre las cuestiones técnicas, médicas y sociales de este tema. 14 noviembre 1990. Valencia (España)

Como vemos la recomendación incluye, además de las discusiones en los círculos científicos, la realización de debates públicos sobre las implicaciones éticas, sociales y legales de los usos clínicos, comerciales y cualquier otro empleo que se le diera a la

información genética y que la ingeniería genética tuviera como valla el que la intervención sólo pudiera afectar las que llamaríamos células somáticas, es decir las células que dan la formación del cuerpo, con fines curativos, pero evitando manipular las células germinativas, para impedir que se transformara o se deformara la herencia genética de la especie.

Estos han sido, en general, los lineamientos trazados en esas dos primeras reuniones donde se trataron aspectos de tipo científico, de colaboración y las limitaciones éticas.

V. DECLARACIÓN DE BILBAO SOBRE GENOMA Y DERECHO

La tercera reunión, efectuada en Bilbao en 1993, se dedicó, además de actualizar los conocimientos y dar cuenta de cuáles eran los últimos avances científicos en la marcha de este proyecto, a estudiar la repercusión jurídica, que a nosotros, desde la óptica particular de nuestra profesión, es la que más nos preocupa. El temario incluía los siguientes problemas:

1. La libertad del hombre y el genoma;
2. El derecho a la intimidad y el uso de la información genética.
3. El legado genético y el principio de culpabilidad.
4. La patentabilidad de los descubrimientos genéticos.
5. El genoma humano y el contrato de seguro.
6. Límites penales de la manipulación genética.
7. La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas.
8. Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales.

La simple mención de tales objetivos pone de relieve la existencia de una amplia gama de aspectos en los cuales los avances del Proyecto Genoma repercuten en la sociedad, y el jurista se ve obligado a reflexionar para tratar de suministrar cauces adecuados a esa evolución.

Alguna vez nuestra preocupación por estos problemas nos ha llevado a escribir sobre el cambio social y el cambio legislativo. La sociedad se encuentra en una perpetua y constante situación de cambio, tanto por la evolución que se advierte en las relaciones humanas, como por consecuencia de los avances técnicos; estas transformaciones, que se producen todos los días, exigen al jurista estar atento para que, por un lado, las leyes no sean una traba a los avances beneficiosos, y acompañen esa evolución social fijando los caminos correctos para que las relaciones se desenvuelvan sin conflictos.

Ésta es la misión esencial del jurista y esto es lo que nos obliga a reflexionar frente al Proyecto Genoma, y actuar en consecuencia.

VI. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1997

El 11 de noviembre de 1997, los 186 Estados miembros de la UNESCO aprobaron por unanimidad en la 29ª Conferencia General, la Declaración Universal sobre el Ge-

noma Humano y los Derechos del Hombre, tras cuatro años de trabajo en la Comisión Jurídica del Comité Internacional de Bioética (CIB).

Esta Declaración constituye un claro exponente de la preocupación mundial por los posibles problemas que generaría el conocimiento acabado de la cartografía completa del genoma humano.

El documento consta de 7 capítulos titulados: La dignidad humana y el genoma humano; El derecho de las personas interesadas; Investigaciones sobre genoma humano; Condiciones de ejercicio de la actividad científica; Solidaridad y cooperación internacional; Fomento de los principios de la Declaración y Aplicación de la Declaración.

Un análisis exhaustivo de la referida Declaración excedería considerablemente el objeto del presente artículo. Sin embargo creemos necesario realizar algunas consideraciones en torno a la misma.

1. Dignidad de la persona humana

El Capítulo primero, tal como lo puntualizáramos, se centra en un tema medular: la dignidad de la persona humana frente al genoma humano.

En este orden de ideas, el art. 1° de la Declaración expresa que “en sentido simbólico el genoma humano es el patrimonio común de la humanidad”¹³. Por su parte el art. 2° dispone que el individuo tiene derecho al respeto de su dignidad cualesquiera sean sus características genéticas.

Esta afirmación de la dignidad tiende a evitar que se reduzca a considerar al sujeto sólo por sus características genéticas y se lo respete como persona¹⁴.

El art. 4° de la Declaración establece que *el genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios*. Mucho se ha criticado esta última disposición ya que la mención del genoma en *su estado natural* abre la vía de admisión al patentamiento de elementos aislados del cuerpo humano o producidos artificialmente, aun cuando la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

2. Derechos de las personas interesadas

El Capítulo segundo, referido a los derechos de las personas interesadas, comienza con el art. 5° que establece que toda investigación, tratamiento o diagnóstico en relación con el genoma humano sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y ventajas que entrañe y en concordancia con otras exigencias fijadas por las respecti-

13. Autorizada doctrina ha objetado el sentido simbólico que la norma asigna a la expresión “patrimonio común de la humanidad”, afirmándose que la expresión “tiene una elaboración precisa en el derecho internacional y la incorporación del genoma humano a esta categoría es sostenible con fundamentos sólidos... La inclusión de determinados bienes en el ámbito del patrimonio común de la humanidad no puede implicar intento alguno de *apropiación* sino simplemente una forma de mostrar interés de la humanidad en su protección y conservación” (Cf., BERGEL, Salvador D., “El Proyecto de la UNESCO sobre protección del genoma humano”, *Revista Jurídica El Derecho*, del 10-04-97).

14. En definitiva, la disposición normativa bajo la lupa, se orienta a evitar el determinismo biológico y vedar acciones discriminatorias fundadas en la composición genética del hombre.

vas legislaciones nacionales. De este modo, se procura evitar investigaciones que impliquen un riesgo para la salud o integridad de las personas.

La misma norma en su inc. b) agrega que en todos los casos será menester recabar el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada¹⁵. Finalmente, el inc. c) del art. 5° toca un tema delicado y muy sensible consagrando el derecho de toda persona a demandar que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

El art. 6 de la Declaración ordena que ningún sujeto puede ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas. Finalmente, el art. 7°, último del segundo Capítulo, refiere a la confidencialidad de los datos genéticos asociados a cualquier persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad. De este modo, la información que se obtenga en las pruebas genéticas, efectuadas por cualquier motivo, no podrán ser divulgadas a terceros sin el consentimiento expreso y escrito del interesado¹⁶.

3. Investigaciones sobre genoma humano

El tercer Capítulo referido a las investigaciones sobre el genoma humano contiene normas y directivas generales, disponiendo que en ningún caso de investigación podrán prevalecer sus resultados por sobre el respeto de los derechos fundamentales de las personas, y por ello prohíbe las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana (art. 11°) y la regla de que los principios del consentimiento informado del paciente como la reserva de su información genética sólo podrán ser limitados -con carácter excepcional- por normas legislativas que no merezcan observación a la luz de los principios del derecho internacional y nacional protector de los derechos humanos (art. 9°). El art. 12°, último de este capítulo, prevé el derecho de toda persona de acceder a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano y declara la libertad de investigación para el progreso del saber.

4. Otros aspectos

Los capítulos cuarto y quinto, tal como lo puntualizáramos *supra*, aluden a las condiciones para el ejercicio de la actividad científica y a los principios de solidaridad y cooperación internacional. Así, el mencionado en primer lugar se ocupa de establecer una serie de responsabilidades que pone en cabeza de los investigadores tales como el rigor, la prudencia, la probidad intelectual, etc, reitera el principio de la libertad de investigación sobre el genoma e invita a los Estados miembros a que tomen las medidas apropiadas para promover las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de la actividad de investigación. El Capítulo Quinto, en cambio, apunta a lo-

15. La consagración normativa de este recaudo constituye una gran conquista de la bioética contemporánea, e implica una superación del paternalismo médico.

16. Adviértase que este principio de confidencialidad ya había sido anticipado en importantes documentos, tales como la Declaración sobre Genoma Humano emitida por la Asociación Médica Mundial de septiembre de 1992 y la 2ª Conferencia sobre cooperación internacional en el Proyecto Genoma Humano de Valencia (noviembre de 1990).

grar la cooperación internacional indispensable para el logro de los objetivos del Proyecto Genoma Humano.

El documento cierra con dos segmentos destinados a regular la promoción y fomento de la Declaración y su aplicación.

Esta Declaración de la UNESCO constituye un importante paso dentro del Proyecto Genoma Humano, y más allá de las críticas que se le han formulado, el documento recepta importantes principios básicos y las pautas elementales en la protección de la persona humana frente al avance de la biología y las investigaciones científicas.

VII. LECTURA Y PUBLICACIÓN DEL GENOMA

El 26 de junio de 2000 constituyó una fecha memorable para la historia de la humanidad, desde que tras 10 años de intensa investigación del genoma humano, considerado el auténtico libro de la vida, se dio por descifrado en sus partes esenciales.

Para conseguir este hito, que coronó un siglo de investigación biológica, el proyecto público internacional y el privado de la empresa norteamericana PE Celera Genomics abandonaron la pugna que mantenían y decidieron anunciarlo conjuntamente en la Casa Blanca y Dowing Street conectados vía satélite, en una ceremonia presidida por el entonces presidente de los EE.UU., Bill Clinton, acompañado por el primer ministro Tony Blair.

En dicha ceremonia se declaró que *el genoma humano constituye el mapa más importante jamás producido por la humanidad*, y se puntualizó que las consecuencias prácticas de su descubrimiento *cambiarán la medicina para siempre*, otorgando *un nuevo poder para curar* especialmente en el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades como el Alzheimer, el Parkinson, la diabetes y el cáncer.

No obstante, se coincidió en subrayar que como todos los descubrimientos científicos, conlleva peligros y riesgos, por esto se puso el acento en la *responsabilidad de usar sabiamente este descubrimiento, para el bien común de la humanidad en todos los países*.

La reunión culminó puntualizándose que el Proyecto no ha hecho sino *comenzar*, en este sentido se dijo que “ahora empieza la fase más divertida del proyecto. Ya tenemos el orden de todos los elementos del código genético y ahora se trata de averiguar qué significan”.

VIII. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL GENOMA HUMANO

Es un lugar común resaltar la vinculación cada vez más estrecha entre los avances y aplicaciones de las Ciencias Biomédicas y los derechos de los individuos, presentándose esta relación *con frecuencia* como una intensa tensión dialéctica.

Por ello creemos importante puntualizar los principales problemas y dilemas que en lo jurídico plantea el descubrimiento del genoma humano y delinear algunos principios o pautas rectores que deberían ser tenidos en cuenta por el Derecho a los fines de garantizar la efectiva vigencia de los derechos del hombre.

1. Derecho a la vida y a la integridad física y moral

El respeto a la vida es el fundamento de los demás derechos del hombre. Todas las Declaraciones de Derechos Humanos llevan impreso en su articulado la esencialidad de este derecho.

No se trata de negar valor a la terapia genética. Por el contrario somos conscientes que los intentos de corregir radicalmente las taras hereditarias, de suyo no pueden ser más que beneficios para el hombre.

Pero esos beneficios deben contrastarse y limitarse con los riesgos que tales intervenciones pueden implicar.

Las intervenciones en el genoma humano por medio del ADN recombinante, por su potencialidad modificadora de ciertas características biológicas de los individuos o, incluso, de las estirpes intervenidas ponen en evidencia un peligro importante al derecho a la integridad física y moral de la persona.

En este panorama se abre también otra puerta que apunta a un problema todavía indefinido: la eugenesia. La tentación eugenésica, aunque con intermitencias, ha sido una constante en la historia de la humanidad, no sería por consiguiente un problema nuevo. Sin embargo, el descubrimiento del mapa genético del hombre ha renovado este dilema. Los análisis genéticos preconceptivos, preimplantatorios y prenatales son un instrumental precioso que aporta la ciencia, pero que pueden ser utilizados a favor de estas corrientes e intentos por mejorar la especie humana.

El hombre de derecho deberá procurar impedir que la ciencia se ponga al servicio de la eugenesia.

2. Comienzo de la vida humana

El reciente descubrimiento del mapa genético humano ha demostrado inequívocamente que en el momento de la fecundación del óvulo con el espermatozoide surge *un ser humano con todo el genoma completo*.

En otras palabras, ha quedado demostrado que desde el momento mismo de su concepción, la primera célula del ser humano contiene ya completo el genoma que informará su desarrollo posterior y nada más se añadirá a la cadena genética durante el resto de su vida.

En consecuencia, el hallazgo exige asumir que si el Derecho tiene por objeto primordial y esencial el respeto y la protección del ser humano, habrá de tutelarlos desde el primer momento¹⁷, porque la vida humana y la propia persona empieza desde la fecundación y no hay discontinuidad después, sino un proceso del mismo ser.

De este modo, si la ciencia del Derecho quiere ser consecuente con sus predicamentos y finalidades debería irremediabilmente prohibir toda posibilidad de aborto¹⁸.

17. Como lo hizo el sabio codificador argentino don VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, estableciendo en el artículo 70 del Código Civil que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.

18. Opinión sustentada por HIRUELA, Pilar que el profesor MOISSET DE ESPANÉS matiza sosteniendo que hay casos de excepción en los que puede admitirse el aborto.

3. Dignidad de la persona

El hombre no es un objeto, una cosa o un medio instrumental para conseguir determinadas metas, por lo tanto no puede ser tratado de esa manera en el laboratorio, ni en los proyectos de investigación.

En consecuencia, el derecho debe propender al respeto del ser humano, tanto en cuanto persona, como por su pertenencia a la especie humana, cualesquiera sean sus características genéticas.

Así deberá dejarse de lado todo determinismo genético y tomar al hombre como un verdadero sujeto con dignidad tutelable.

4. Derecho a la intimidad

La lectura del genoma humano conlleva el peligro de utilizar indiscriminadamente sus resultados ofendiendo así el derecho a la intimidad de las personas.

En efecto, aun cuando el análisis del genotipo humano proporcionará una valiosa información que hará posible predecir enfermedades que la persona podría padecer en un futuro; llevar a cabo un seguimiento del tratamiento de una patología; relacionar diagnóstico y pronóstico con ciertos marcadores genéticos, etc., la difusión indiscriminada de los datos genéticos a terceras personas o entidades podría suponer un grave atentado a la intimidad y poner en peligro expectativas de la persona afectada, condicionando delicadas decisiones en diversos ámbitos (familiar, educativo, de salud, de seguros, etc.).

Un uso indebido de esa información genética puede tener consecuencias irreversibles, de ahí que la efectividad del derecho a la intimidad requiera inexcusablemente de garantías complementarias.

Es decir este riesgo ha de ser conjurado previamente mediante controles y disposiciones legales.

En prieta síntesis puede sostenerse que la información sobre el genoma humano en vinculación con el derecho a la intimidad plantea tres cuestiones fundamentales, a saber: a) La obtención y recogida de los datos; b) La conservación de tales conocimientos y c) La utilización de los mismos.

Con relación a la recogida de los datos, tal tarea debe necesariamente ser efectuada con previo consentimiento libre y voluntario del interesado, debiendo regularse con rigurosidad las condiciones y recaudos para que dicho consentimiento sea un acto válido.

Por de pronto, creemos que resulta indispensable como condición previa al consentimiento que el sujeto haya sido debidamente informado sobre el alcance y tratamiento de los datos obtenidos.

Igualmente, para su validez, consideramos que el consentimiento debe resultar expreso e indubitable, rigiendo una pauta hermenéutica restrictiva en los supuestos de duda sobre su existencia. Ello así, no sería viable un consentimiento tácito o presumido.

En orden a la conservación de los datos genéticos, la primera de las tareas que debe proponerse el legislador radica en determinar con precisión cuál será el soporte que ha de utilizarse para almacenar tan sensible información.

Sobre el particular se ha dicho *con acierto* que el más vulnerable de los soportes a utilizar es sin dudas el soporte informático (ordenadores, CD, etc.) dado el fácil acceso al

mismo que cualquier persona puede tener desde otro ordenador y la correlativa dificultad de identificarla y controlarla.

Atañe también a la conservación de los datos la cuestión relativa a su seguridad.

En cuanto al uso de los datos genéticos, aparte de distinguirse entre usos lícitos (*vgr.* para prevenir enfermedades, para procurar la cura, para identificación de criminales, etc.) e ilícitos (*vgr.* como instrumento de discriminación, con finalidades racistas o eugenésicas, etc.) deben elaborarse y sancionarse normativas que tiendan a la prevención y represión de los usos ilícitos de los datos. Y sobre este punto, creemos que resulta más importante la prevención jurídica que la punición, desde que por gravosa que sea la sanción el daño efectuado sólo podrá ser reparado parcialmente y nunca en su integridad por medios económicos.

Por otro costado, convendría también distinguir entre la difusión de la información en el ámbito familiar y la difusión de la misma información genética a entidades corporativas o terceros extraños. En el primer caso, encontramos situaciones en las que podría prevalecer el derecho de los familiares a conocer datos genéticos de un individuo afectado por alguna enfermedad genética, con el objeto de evitar peligros y adoptar medidas responsables. Cuestiones justificantes que -en principio- no se presentarían en el segundo de los ámbitos señalados. En efecto, la adquisición de datos genéticos fuera del contexto familiar puede llevar a la estigmatización y discriminación de los individuos por motivos biológicos.

Resta finalmente referirnos a un derecho de la persona humana que guarda íntima vinculación con el derecho a la intimidad, cual es el *derecho a no conocer*¹⁹, en virtud del cual no se puede obligar a un individuo a conocer datos sobre predisposiciones a enfermedades futuras que no tengan curación, desde que una solución distinta podría colocarlo en una situación crítica de impotencia que influyese decisivamente de modo negativo en el modo de vida del sujeto. Por lo tanto, consideramos que este derecho debe ser también consagrado por el legislador en oportunidad de regular el derecho a la intimidad frente al descubrimiento del genoma humano.

La tutela y garantía de este derecho impedirían que se hiciera obligatorio imponer coercitivamente o condicionar ciertas relaciones y prestaciones a un sometimiento a pruebas biogenéticas. La libertad y la intimidad de las personas, su derecho individual a la autodeterminación de la información personal, aparecen así como los objetos deseados sobre los que debe procurarse una protección efectiva.

El jurista es quien debe trazar, en el marco del derecho a la intimidad, los límites que protejan al individuo frente al conocimiento de su genoma por terceros.

Es cierto que si la persona se encuentra enferma, para su tratamiento y curación puede resultar indispensable al médico que se haga el estudio de la cartilla genética; pero el sujeto tiene derecho a exigir que no se difunda, que sólo conozca esos datos quien debe tratarla, y que el secreto médico ponga un límite a la divulgación de su cartilla genética, aunque ese límite no sea absoluto, pues parece justificado que el investigador penal pueda acceder a su conocimiento.

19. Sobre el tema puede consultarse el interesante artículo del Prof. Dr. TAUPITZ, Jochen, "El Derecho a no saber en la legislación alemana", publicado en *Revista de Derecho y Genoma Humano* n° 8, Fundación BBVA, España 1998, pp. 105 a 115.

Se trata de un problema común a todos los bancos de datos; la información genética no puede usarse por cualquiera, ni con cualquier fin, porque se afectaría el derecho a la intimidad; pero no puede negarse esa información si fuese indispensable para salvar un inocente, o para condenar a un culpable que realmente ha cometido un ilícito.

Adviértase que la plantilla genética, fijada en el ser humano desde el momento de la concepción, permite individualizarlo con mucha precisión; corresponde a él, y no a otro. Todas y cada una de nuestras células tienen la misma plantilla genética.

Es cierto que el derecho a la intimidad permite reclamar protección contra la pretensión de los demás de conocer nuestro genoma, pero ese derecho a la intimidad no puede levantar una valla insalvable a la investigación cuando se trata de determinar la autoría de un delito. En esos casos entran en juego intereses superiores, que pueden permitir avanzar frente al derecho a la intimidad para conocer la plantilla genética de una persona y establecer si es o no es el delincuente. El derecho, en tales hipótesis, atenderá al interés superior de la sociedad y permitirá que se requiera la información genética.

5. Culpabilidad

Otro de los problemas que nos planteamos los juristas frente a la determinación de las características genéticas, es saber si esa formación genética puede crear un condicionamiento que incline al sujeto hacia ciertas conductas delictivas.

En algunos sectores de las ciencias penales se ha operado una especie de renacimiento de las doctrinas de Lombroso, es decir, la creencia de que algunos individuos tienen determinadas características genéticas que provocan una inclinación al delito. Aquello que Lombroso fundamentaba en la *facie* ahora sería determinable por el conocimiento del genoma, si es que dentro de los genes que posee un individuo hay características que puedan inclinar al delito.

Se han encontrado así anomalías en el cromosoma del sexo, donde en lugar del par XX (mujer), o el XY (varón), aparecen trisomías (dos XY o dos YX).

Supongamos que la trisomía del cromosoma sexual, con la presencia de dos Y, junto a una X, produjera un exceso de virilidad; o en el caso de los *gay*, si se llegase a determinar la existencia de un factor que condicionase por vía genética ese tipo de sexualidad, evidentemente no podríamos sostener que la conducta de esos sujetos es fruto de una ilicitud, sino que tendríamos que afirmar: es consecuencia del genoma que poseen, y eso estaría eliminando el factor de culpabilidad.

En nuestra sociedad, desde el episodio que relata la Biblia de la destrucción de Sodoma, a los sodomitas siempre les hemos cargado la culpa, como si sus hábitos fueran consecuencia de una mala conducta, pero si la homosexualidad tiene características genéticas, ya sea transmitidas por herencia o consecuencias de una anomalía que provoca una inclinación a esa conducta, resulta forzoso revisar los conceptos y eliminar la atribución de *culpabilidad*.

Adviértase, sin embargo, que el pensamiento más generalizado entre los penalistas, expresado ya en la reunión de Bilbao, es contraria al determinismo genético; estiman que sigue prevaleciendo la voluntad para determinar la conducta, por sobre las inclinaciones que fijaría lo heredado genéticamente. Entienden que es más un problema de educación que de la constitución biológica del ser.

El tema, de singular importancia, ha determinado que la Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de Deusto organizara un Seminario sobre las características biológicas de la persona y su influencia en la personalidad y delincuencia, el cual se celebró en Bilbao los días 9 y 10 de noviembre de 2001.

El Módulo II del mencionado Seminario trató especialmente las *Implicaciones biológicas en la determinación de la responsabilidad penal* y produjo un dictamen con nueve conclusiones²⁰, entre las cuales, luego de reconocer que los estudios del genoma han provocado un resurgimiento de las teorías biológicas de la delincuencia, se insiste en que, sin embargo, estas nuevas teorías no son deterministas²¹.

Esta es la conclusión que prevalece; pero, sin embargo, el avance científico ha despertado en algunos grupos de pensadores la idea de que puede resultar necesario revisar totalmente el concepto de culpabilidad a tenor de lo que establezca la cartilla genética del individuo.

6. Manipulación genética y derecho penal

Para seguir refiriéndonos a los problemas que suscita el conocimiento y manejo del Genoma Humano en el campo del derecho penal nos ocuparemos de los límites que debe imponerse a la manipulación genética.

Los propios médicos, los propios biólogos, los propios genetistas, apelan al jurista y le reclaman pautas de conducta que guíen sus trabajos de investigación, porque sienten el temor de que las manipulaciones genéticas puedan producir alteraciones dañosas e irreparables sobre el genoma, que es un legado de la humanidad.

Se ha sostenido entonces que las manipulaciones genéticas deben admitirse solamente cuando tengan por objeto preservar la salud del individuo, pero sin introducir mutaciones en las células germinales, de manera que no se altere el patrimonio genético de la humanidad, que se transmite por herencia a nuestros sucesores. Los científicos, temerosos de las consecuencias nocivas que la manipulación del genoma humano puede acarrear a las generaciones futuras, nos reclaman a los juristas que proyectemos leyes que prohíban manipular esa parte genética germinativa, y que se sancione gravemente a quien viole esa prohibición.

Los propios científicos piensan que el límite a la actividad de ingeniería genética debe estar reforzado por sanciones penales.

7. El conocimiento del genoma y las relaciones laborales

El conocimiento del genoma podía influir en el campo laboral porque los patrones, en parte con razón, desearán conocer la plantilla genética del futuro empleado u obrero, porque si en ella se advierte la posibilidad de la aparición de determinado tipo de enfermedades no resultaría conveniente someterlo a esfuerzos que puedan desencadenar

20. V. *Revista de Derecho y Genoma Humano* n° 15, Fundación BBVA, España 2001, p. 212.

21. *Revista y lugar cit.* en nota anterior: “2.- No obstante debe ponerse de relieve que estas nuevas teorías no son deterministas. Es decir los patrones biológicos no determinan hechos delictivos, sino que interaccionan con otras variables y con el medio ambiente. 3.- No existen, pues efectos directos de factores biológicos en la delincuencia. Son siempre indirectos”.

esa enfermedad o se conviertan luego en causa de un accidente que deba ser indemnizado²².

No se trata solamente de evitar el pago de una indemnización, sino del hecho de no someter al obrero a una actividad que lo va a perjudicar.

Sala Franco advierte que el propio trabajador puede estar interesado en conocer su genoma, para orientar su actividad profesional aprovechando sus aptitudes genéticas y evitando enfermedades tendenciales²³. Por eso en las relaciones laborales resulta un problema delicado establecer dentro de qué límites puede admitirse que la patronal solicite el conocimiento anticipado de la plantilla genética del futuro empleado.

Los conflictos se plantean a la hora de decidir si es lícito exigir al trabajador que proporcione al empresario información sobre su genoma, pues esa información puede ser utilizada de manera discriminatoria. El profesor Malem afirma que en el mundo laboral “la posibilidad de discriminar a trabajadores en virtud de su constitución biológica ha dejado de ser un punto especulativo para convertirse en dramática realidad”²⁴.

Es un punto que debe analizarse cuidadosamente.

En efecto, dejar esta situación al libre criterio de las partes (patrón y empleado) es no tener en cuenta la falta de equilibrio que existe en esta clase de relaciones, por lo cual sería una irresponsabilidad del Estado el no prever la situación, más aún en épocas *como la actual* de creciente desempleo masivo.

Por lo tanto creemos que es necesario tener una especial precaución sobre esta problemática dado que la realización indiscriminada de estas pruebas genéticas puede tener como consecuencia que a determinados trabajadores se les haga completamente imposible conseguir un trabajo con las graves consecuencias que acarreará para él y su grupo familiar.

Sobre el particular, habrá de establecerse que los análisis genéticos sólo podrán ser realizados con la existencia de un permiso explícito y libre por parte del trabajador, y que los médicos que realicen la prueba deben proteger su intimidad biológica bajo el secreto médico.

Asimismo creemos que la obligación del demandante de empleo de revelar información de este tipo, sólo será justificada sobre aquellos hechos en los cuales el empleador pueda tener un interés razonable y justificado en el marco de la relación laboral de que se trate. Desde esta óptica, es evidente que en algunos casos será vital saber si el aspirante al empleo tiene alguna enfermedad que lo imposibilite, en algún sentido o grado para realizar el trabajo encomendado; esta circunstancia estará enraizada en el requisito de idoneidad, pero una predisposición que no transforme al trabajador en inidóneo tornaría arbitraria cualquier discriminación sobre la base de ese rasgo genético.

Por ello, entendemos conveniente que el equipo médico que lleve adelante las pruebas genéticas, sólo manifieste al empleador la condición de aptitud y adecuación del aspi-

22. En realidad en el momento actual el análisis del genoma proporciona escasa información de verdadera relevancia en materia de relaciones laborales. Cf., SALA FRANCO, Tomás, “El proyecto del genoma y las relaciones laborales”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* n° 2, p. 147.

23. Trabajo citado en nota anterior, p. 148.

24. MALEM SEÑA, Jorge M., “Privacidad y mapa genético”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* n° 2, p. 140. Recuerda allí que “la discriminación sufrida por quienes son identificados como portadores del gen de la anemia de células falciformes es bien conocida”

rante a la tarea específica, evitando hacer público el motivo que debe quedar en conocimiento tan solo del trabajador (si quiere saber), y eventualmente de su grupo familiar.

8. Genoma y contrato de seguro

De manera paralela vemos que el deseo de conocer la plantilla genética de los posibles *clientes* ya se ha presentado en las compañías de seguros, que tienen interés en que se les proporcionen por anticipado los datos genéticos de los asegurados para establecer las primas o, incluso, negar el seguro.

Este es otro punto donde advertimos una inflexión de los progresos científicos en el campo de lo jurídico.

Sobre la cuestión cuadra recordar que la manifestación de una predisposición genética a una enfermedad en un futuro indeterminado es un aleas, y por lo tanto cubrirlo es la función propia de los seguros de vida. En consecuencia, consideramos que la compañía de seguros no podría invocar derecho alguno a que el tomador de la póliza se sometiera a determinadas pruebas para determinar sus caracteres genéticos.

9. Patentabilidad del genoma

Uno de los debates más arduos que plantea el descubrimiento de la plantilla genética humana se vincula con la posibilidad de admitir el patentamiento de los descubrimientos.

En los primeros años las reuniones de los genetistas, vinculadas con el genoma humano, habían sido muy pacíficas; todos estaban de acuerdo sobre la necesidad de colaboración y que cada grupo comunicase a los demás los avances que se obtenían, para que unos y otros gozasen de un conocimiento total y no hubiese superposición en los esfuerzos.

Pero ya en el año 1991 un científico norteamericano, Craig Venter, intentó patentar 337 genes humanos y en 1992, dada la celeridad con que avanzaron las investigaciones sobre el genoma, se presentaron 2.375 genes para su patentamiento²⁵. Aun cuando no existen datos precisos sobre el incremento de tales cifras en la actualidad, lo cierto es que de un análisis rápido de la jurisprudencia norteamericana y europea sobre la cuestión, puede aseverarse -sin hesitación- que el aumento ha sido considerable, exigiendo una urgente respuesta por parte del Derecho que fije parámetros objetivos y rigurosos para el futuro patentamiento de nuevos descubrimientos genéticos.

Si bien las patentes sobre genes de especies vegetales o animales han sido aceptadas, el patentamiento del genoma humano provoca rechazo en la comunidad científica y jurídica toda. Y varias razones concurren para justificar tal abierta oposición.

En primer lugar, se ha considerado *con acierto a nuestro criterio* que, tal como lo establece la Declaración de la UNESCO, los genes humanos son patrimonio inaprehensi-

25. Adviértase que antes de tal fecha, según una investigación llevada a cabo por THOMAS y sus colaboradores, entre 1981 y 1985 ya se habían concedido 1175 patentes para secuencias de ADN humano en el mundo (THOMAS, S.M., DAVIES, R.W., BIRTWISTLES, N.J., CORTWITHER, S.M., BURKE, J.F., "Ownership of the Human Genome", *Nature*, vol. 380, 4 abril, 1996, p. 387.

ble de toda la humanidad. En otras palabras, el cuerpo humano y sus partes no son susceptibles de apropiación ni transacción económica alguna; es una *res extracommercium*. Por lo tanto, no resultaría viable autorizar a un determinado laboratorio la explotación exclusiva de secuencias de la composición genética humana.

Por otro costado, en lo tocante a material genético humano no se observan los parámetros objetivos exigidos por el derecho de propiedad industrial. En efecto, en su devenir legal y jurisprudencial, esta rama del derecho llegó a elaborar un elenco de recaudos objetivos que deben *necesariamente* ser observados por quien aspire ser tutelado por una patente de invención.

Tales requisitos son: la novedad, la no obviedad²⁶, la aplicación industrial²⁷ y *esencialmente* la necesidad de que consista en un invento y no en un mero descubrimiento.

Por estas razones un estudioso del problema del patentamiento de los genes humanos, Salvador Darío Bergel, ha advertido que aunque se lo admita, es menester ponerle límites precisos, estableciendo con precisión las fronteras que existen entre descubrimiento e invención²⁸.

En primer lugar, consideramos que aquí no hay invención patentable y que el solo procedimiento de determinación del gen, de la secuenciación que permite individualizarlo, no es bastante para justificar una patente que impida a los demás averiguar y conocer cuáles son los genes, dónde se encuentran ubicados, y cuál es su función.

Se advierte fácilmente la importancia que puede alcanzar el patentamiento del ADN por las consecuencias económicas. Basta pensar que si un determinado trozo de ADN contiene, por ejemplo, los genes de la lactosa humana y puede implantarse en los vacunos, como se afirma que lo han logrado científicos holandeses, quien dispusiera de la protección de una patente por un número amplio de años, obtendría importantes ventajas económicas, porque sería el único que suministraría animales dotados con las características de ese gen humano incorporado al genoma animal.

La discusión no ha acabado; es un punto en el que no hay consenso. La comunidad de intereses entre los científicos ha entrado en crisis con esta posibilidad de patentamiento de los genes humanos. Quienes se oponen señalan que, además, en los trozos de ADN que se han secuenciado determinando la existencia de un cierto gen, aparecen tramos de sustancia donde no está el gen, a los que lo denominan *basura* porque no saben cuál es la función que tienen. Es decir que, además del gen existe el resto de la cadena de ADN donde está implantado ese gen, y se desconoce en absoluto qué función cumple ese tramo. Incluso en algunos de los genes que se patentan se sabe que ese gen tiene determinada estructura, pero todavía no se conoce cuál es la función que cumple dentro del organismo.

En esas condiciones resulta inadmisibles la patentabilidad de los genes.

Es cierto que estos límites pueden ser superados cuando se llegue a conocer la función que cumple el gen y si la denominada *basura* del ADN tiene o no funciones paralelas, y cuáles son esas funciones.

26. Que atañe al mérito o altura inventiva.

27. Comprensivo de un sentido amplio de industria.

28. BERGEL, Salvador Darío, "Patentamiento de genes y secuencias de genes" en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 8, 1998, p. 57.

Sin embargo, aunque en el futuro se alcancen estos conocimientos, siempre resultará válida la pregunta: ¿podríamos admitir que se patente la plantilla genética, que es patrimonio de la humanidad? Esta es la pregunta básica que debemos responder.

Lamentablemente hay políticas de estado favorables a conceder patentes sobre el conocimiento científico en diversos campos, como una forma de alcanzar el predominio y someter a los demás países que quedan privados de esos conocimientos²⁹; y el material genético se ha convertido en materia prima esencial para la *industria genómica*³⁰. Esta forma de proceder nos parece inaceptable.

Quienes defienden el patentamiento afirman que esas patentes tienen un límite temporal y que con los beneficios económicos que se obtienen se costean las investigaciones, lo que en definitiva redundaría en un avance más rápido de los conocimientos.

No estamos de acuerdo con este tipo de razonamiento, esencialmente falso, con el que se cubre el afán de poder y la avaricia que suelen impulsar a quienes por la vía del patentamiento pretenden obtener un monopolio del conocimiento, excluyendo al resto de los avances que se realizan en la investigación del genoma. Bien dice Bergel que en el camino de la ciencia los descubrimientos y los avances se consolidaron sobre inventos o descubrimientos anteriores³¹. Esa evolución no puede ni debe ser detenida o cercenada arbitrariamente.

Frente al avance desmedido que se observa en materia de patentamiento de genes humanos es necesario una reacción legislativa, que haciéndose eco de los reclamos de científicos y académicos, ponga límites a los intentos de crear en este campo una explotación monopólica que perjudica tanto a la investigación, como a toda la sociedad, cuyos miembros se ven privados de los beneficios que debería reportarles el progreso científico.

10. Protección del medio ambiente

De forma paralela debe abordarse el análisis jurídico de la protección del ambiente (bioseguridad), que también puede verse afectado por las manipulaciones genéticas sobre los seres vivos, sean éstos humanos o no humanos.

Desde esta perspectiva, el Derecho deberá procurar la protección de la biodiversidad y controlar la utilización confinada de microorganismos manipulados genéticamente.

IX. PALABRAS FINALES

Genoma y Derecho son conceptos que necesariamente deben ser entendidos en conexión e íntima vinculación ya que el ordenamiento jurídico debe cumplir su función de control y organización social.

29. BERGEL, Salvador Darío, "Patentamiento de material genético humano: implicaciones éticas y jurídicas", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 15, 2001, p. 56.

30. Autor y trabajo citados en nota anterior, p. 57.

31. Autor y trabajo citados en nota 29, p. 59.

En principio las aplicaciones biomédicas de las nuevas tecnologías no suelen plantear el problema de ser *per se* ilícitas, sino que el dilema se presenta en la determinación de los límites de su licitud.

Ante tales avances de la ciencia de la biología y la medicina, el operador del derecho se debate entre una actitud no intervencionista que propugna dejar al mundo de la investigación libre de toda restricción permitiendo que los estudios se efectúen en un área exenta de controles y limitaciones, y una postura conservadora y controladora emergente de la preocupación social por los riesgos y peligros que plantean los nuevos descubrimientos.

Estamos convencidos que el Derecho debe estar atento a los cambios científicos y ser precavido en el control de sus riesgos potenciales.

Debe necesariamente, regular estos avances actuando como elemento de racionalización y garantía de los derechos de las personas. Empero, ello no debe significar que se transforme en un obstáculo de la innovación y del avance de la ciencia.

Por lo tanto, habrá de encontrarse el punto medio de equilibrio en el cual se garantice y tutele a la persona sin impedir que el mundo científico pueda seguir procurando beneficios para una mejor calidad de vida de las personas.

2. Principio de igualdad

§ 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD

Miguel Carbonell

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este breve ensayo es aportar algunas claves conceptuales para la comprensión de un principio complejo como lo es el de igualdad, que ha jugado en el pasado, está jugando en el presente y está llamado a jugar en el futuro, un papel central en los modernos Estados constitucionales.

A partir del análisis de esas claves conceptuales se intentarán delimitar otras tantas manifestaciones constitucionales del principio; de ese modo, se hará un rápido repaso por la igualdad entre las personas, la igualdad entre el hombre y la mujer, la igualdad como no discriminación y la igualdad sustancial (también llamada igualdad material). Los conceptos que se acaban de mencionar marcan una especie de ruta evolutiva del principio de igualdad, que se ha ido recogiendo y desarrollando en los textos de las constituciones a partir de todos ellos.

Finalmente, me detendré en un comentario también breve sobre dos cuestiones que tienen que ver con la aplicación del principio de igualdad y que están generando, desde distintos puntos de vista, debates importantes dentro de la teoría y la práctica constitucionales; me refiero a las cuotas electorales por razón de género, por un lado, y a los efectos del control de constitucionalidad de las leyes mediante la aplicación de la prohibición de discriminar, por otro.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS SIGNIFICADOS

El tema de la igualdad, en general, puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis, como recuerda Paolo Comanducci (1992, pp. 85-87)¹:

a. Un primer nivel es el lógico-lingüístico. En este nivel se busca responder a los problemas que ofrece la pregunta *¿igualdad en qué sentido?*. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad, de determinar sus usos lingüísticos.

b. El segundo nivel es el filosófico-político. En este nivel se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: *¿porqué igualdad?* y *¿qué igualdad?*. Se trata, por tanto, de encontrar la justificación de la igualdad como valor a

1. Un análisis muy completo y detallado, en el que se apoya también COMANDUCCI, se puede ver en WESTEN, 1990.

proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad. Para poder llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los distintos tipos de igualdad que existen.

En este segundo nivel, Ronald Dworkin ha distinguido la *igualdad económica* de la *igualdad política* (1993, pp. 478 y ss.). La igualdad económica, de acuerdo con el mismo autor, se puede definir de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas, determinada por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines. Esta segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material, sobre la cual se abunda más adelante.

La igualdad política, por su parte, tiene una estrecha relación con el concepto mismo (o uno de los conceptos posibles) de democracia. En efecto, si por democracia entendemos una forma de gobierno en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación política (o en el derecho a ella), entonces habrá que determinar -desde el punto de vista político- el significado de esa igualdad (Bovero, 2000, p. 14). En términos generales, la igualdad política dentro de una democracia significa que todas las personas -o la amplia mayoría de ellas- que pertenecen a una comunidad pueden participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad y que todas ellas son igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular. A esa inicial definición se le debe añadir el principio de que a cada persona corresponde un voto, es decir, la asignación de “una cuota igual... de participación en el proceso político decisonal”, como consecuencia del reconocimiento de que “los juicios, los pareceres y las orientaciones políticas de *todos* los individuos considerados... tienen una *igual dignidad*” (Bovero, 2000, p. 16).

c. El tercer nivel es el jurídico, que es sobre el que se va a centrar la exposición de las páginas siguientes. Se trata de contestar a la pregunta de *¿cómo lograr la igualdad?*. Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales, desde un punto de vista de dogmática constitucional no tenemos la necesidad de justificarlo como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo. Las soluciones seguidas en este punto por los ordenamientos constitucionales pasan por el establecimiento de cláusulas de no discriminación, enumerando una serie de criterios sobre la base de los cuales no sería legítimo otorgar un trato distinto entre las personas; entre esos criterios se suele encontrar la raza, el sexo, la religión, la orientación sexual, etcétera. Una variante de lo anterior es la prohibición de expedir leyes particulares, leyes de caso único o dirigidas a alguna persona en particular, pues, entre otras cuestiones, dichas leyes tienen un potencial discriminatorio mucho más intenso que las leyes generales.

La igualdad desde el punto de vista jurídico no se limita a una serie de mandatos constitucionales dirigidos al legislador, sino que sirve también para vincular la conducta de los demás poderes públicos e incluso, en ciertos aspectos y bajo algunas condiciones, de los particulares.

Por ejemplo, una forma de vinculación del poder judicial al principio de igualdad se da a través de la creación de un sistema de precedentes obligatorios (en México la

llamada jurisprudencia), por medio de los cuales se obliga a los jueces inferiores a decidir casos que sean sustancialmente iguales o parecidos a otros resueltos con anterioridad tomando en cuenta las razones consideradas en los primeros en el tiempo. Igualmente, el reconocimiento del principio de igualdad a nivel constitucional puede suponer, o supone de hecho, una limitación a la arbitrariedad y a la discrecionalidad del poder ejecutivo, que no podrá imponer o tendrá que justificar el otorgamiento de un trato desigual otorgado a dos o más particulares que se encuentren sustancialmente en una posición parecida o similar frente a la administración.

Por lo que hace a los particulares, la igualdad puede tener consecuencias en las relaciones entre ellos regidas por el derecho laboral o por el derecho civil. En el derecho laboral, por ejemplo, se suele prohibir la distinción entre hombres y mujeres al momento de determinar el sueldo que corresponde a un mismo puesto de trabajo. En el derecho civil el mandato de igualdad no permite que las mujeres casadas puedan ver limitados sus derechos por su cónyuge, por ejemplo en el sentido de que deban de requerir autorización para interponer una acción judicial o para abrir una cuenta bancaria (ninguno de los dos ejemplos es ficticio, por cierto).

En un sentido sustancial, el principio de igualdad puede suponer -si está recogido en un texto de rango constitucional- la posibilidad de articular tratamientos jurídicos desiguales para alcanzar una igualdad en los hechos (Prieto, 2000). Como modelos de preceptos constitucionales que consagran la igualdad sustancial pueden tomarse la Constitución española de 1978 (artículo 9.2) o la italiana de 1947 (artículo 3 párrafo segundo).

Para el moderno derecho constitucional el principio de igualdad ha desempeñado un papel central. Su impacto sobre los ordenamientos constitucionales de muchos países democráticos ha sido muy importante. Mediante el principio de igualdad en sentido formal -que implica que todas las personas que se encuentren en la misma situación deben ser tratadas de la misma manera- se pueden someter a escrutinio constitucional casi todas las leyes y casi todos los actos gubernativos. Por otro lado, la igualdad puede servir para reforzar el disfrute de otros derechos constitucionalmente reconocidos (Rosenfeld, 1996); entre ellos el derecho a la salud o el derecho a la vivienda, tal como se explica en capítulos posteriores. La igualdad en sentido sustancial se ha utilizado como fundamento para la realización de tratamientos igualitarios más allá de los textos legales, a través de la implementación de políticas públicas sustantivas; también ha servido para justificar acciones positivas previstas legislativamente, entre otras cuestiones.

III. LA IGUALDAD COMO NO DISCRIMINACIÓN

Una de las formas típicas a través de las que se protege la igualdad en los Estados constitucionales es el establecimiento de una prohibición para el legislador de discriminar. Dicha cláusula anti-discriminatoria se suele acompañar de un catálogo de criterios que, normalmente de forma enunciativa y no limitativamente, ayudan a identificar las situaciones más obvias que generan discriminación.

Frente al poder legislativo, por ejemplo, ese tipo de normas suponen un *límite material* a la legislación en la medida en que el texto constitucional está vinculando -en el caso concreto, restringiendo- el contenido posible de las leyes: no será admisible

constitucionalmente una ley que utilice uno de los criterios enumerados o algún otro que genere situaciones de discriminación (Guastini, 2000; en general Alexy, 1993, pp. 381 y ss., y Jiménez Campo, 1983, pp. 71-114).

Para algunos autores, de los mandatos de no discriminación contenidos en diversos textos constitucionales se desprende: a) la prohibición de *discriminaciones directas*, es decir, la invalidez de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial, sin que se encuentre razonablemente justificado; b) la prohibición de *discriminaciones indirectas*, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros que sin embargo, por la desigual situación fáctica de los sujetos afectados (por ejemplo hombres y mujeres), generan consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre algunos de ellos; y c) mandatos de *acciones positivas*, las cuales se definen como “el conjunto de actuaciones o productos primarios de una política pública de promoción de la igualdad sustancial” (Rey Martínez, 1995, pp. 67 y ss., 2000, pp. 47-48; Alemany, 1999, p. 96).

Por otro lado, parece lógico afirmar que la igualdad prevista en muchos textos constitucionales no se debe ni se puede, entender como simetría absoluta -o mejor, como identidad-. Más bien se trata de prohibir, por ejemplo, que el legislador introduzca en las leyes distinciones *no razonables* o, dicho de otra forma, que haga distinciones justificables cuando sea necesario -apoyadas en argumentos- y no discriminaciones. Esto permitiría hacer realidad la máxima de que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, ya expresada por Aristóteles en *La Política* cuando afirmaba lo siguiente: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

Evidentemente, la razonabilidad de las diferencias que se establezcan en las leyes o en otras normas jurídicas deberá ser precisada, caso por caso, por el poder judicial y, en última instancia, por el juez constitucional. Riccardo Guastini (2000, p. 241) apunta, en tono crítico y con todo acierto, que el análisis del principio de igualdad a través de los argumentos de la *razonabilidad* constituye un instrumento muy poderoso en manos de los tribunales constitucionales “para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador” (ver también las observaciones de Prieto, 1997, pp. 38-41). Pero esto, criticable o no, quizá no puede ser de otra forma en la medida en que, como afirma Rubio Llorente,

...la igualdad, designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los ‘términos de la comparación’, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad” (Rubio Llorente, 1993, p. 640)². Desde una óptica semejante a la expresada

2. V., también las prevenciones del propio RUBIO con respecto a las *razones* que frente al legislador pueden oponer los jueces constitucionales, en la misma obra, pp. 658-661; ALEXY, 1993, p. 388. PRIETO, Luis, ha señalado, con su habitual claridad, el cambio que para la teoría de la interpretación supone el principio de igualdad: “...en la aplicación de la igualdad no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional; el juicio de razonabilidad es siempre un juicio valorativo, referido conjuntamente a las igualdades y a las desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Ambas consideraciones son

por Rubio Llorente, aunque partiendo de una metodología distinta, Amartya K. Sen ha destacado el hecho de que el estudio sobre la igualdad debe tener presentes dos cuestiones esenciales: a) la básica heterogeneidad de los humanos y b) la multiplicidad variable con que se puede juzgar la igualdad. Con respecto a lo primero, el mismo autor afirma que “Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no sólo por las características externas, como el patrimonio heredado, o el medio ambiente natural y social en el que vivimos, sino también por nuestras características personales, por ejemplo, la edad, el sexo, la propensión a la enfermedad, las condiciones físicas y mentales. La valoración de la igualdad tiene que ajustarse a la existencia omnipresente de esta diversidad humana (1999, p. 13).

La existencia del pluralismo en las sociedades actuales presupone la presencia de muy diversas concepciones del bien, lo cual a su vez puede conducir a que sea difícil lograr un consenso acerca de cuáles son las identidades o diferencias relevantes y que por ello deben ser permitidas y, al contrario, cuáles son las igualdades que deben ser impuestas o protegidas por el ordenamiento jurídico (Rosenfeld, 1996).

De lo apuntado por los autores citados se desprenden dos de las principales dificultades del estudio y análisis de la igualdad; por una parte, la dificultad de determinar los *sujetos relevantes* para realizar el juicio de igualdad (es decir, quién debe ser considerado igual o desigualmente tratado en comparación con qué otro sujeto), por otra el *objeto o alcance (domain)* de la igualdad (o sea, qué cosas o situaciones se pueden catalogar como iguales o desiguales). Estas dos dificultades hacen de la igualdad un concepto *singularmente elusivo* y lo mantienen sobre todo como un ideal (Rosenfeld, 1996, p. 162).

IV. LA IGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ALGUNOS RASGOS GENERALES

En el derecho constitucional comparado son muy conocidas las cláusulas que tutelan, desde un punto de vista general, la igualdad. Los textos de corte más clásico se limitan a enunciar una norma sobre la igualdad entre hombres y mujeres, que ha sido tradicionalmente el criterio básico para afirmar dicho principio. Las constituciones más avanzadas suman a ese criterio algunos otros.

Así por ejemplo, el artículo 3.2 de la Constitución alemana de 1949 dispone que “Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. El Estado fomentará la realización efectiva de la igualdad de derechos de hombres y mujeres y procurará suprimir las desventajas existentes”. En otras Constituciones se encuentran prohibiciones generales de discriminación por razón de sexo; dentro de ellas encontramos el artículo 7.1 de la Ley Constitucional Federal austriaca de 1929 que dispone: “Todos los ciudadanos nacionales son iguales ante la ley. No se admitirán privilegios de nacimiento, sexo, posición, clase ni confesión”; la Constitución española de 1978 dispone en su artículo

inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance si no añadimos *para qué o en función de qué* regulación jurídica debe serlo... la igualdad actúa siempre a partir de desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas” (1997, pp. 39-40).

14, de forma más amplia, que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El Tribunal Constitucional español ha interpretado en reiteradas ocasiones el artículo 14 recién transcrito. Respecto a los alcances del principio de igualdad contenido en el artículo 14, el Tribunal afirma que dicho precepto no impide “tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal ni, mucho menos, que excluya la necesidad del establecimiento de un tratamiento desigual para supuestos de hecho que, en sí mismos, son desiguales y que tengan como misión contribuir precisamente al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que, en tales casos, el régimen jurídico diferenciado vendría exigido por el propio principio de igualdad y sería un instrumento ineludible para su efectividad” (Sentencia 84/1992).

En otro pronunciamiento, el Tribunal distingue entre igualdad *en la ley* e igualdad *en la aplicación de la ley*; la primera se viola “cuando la norma distingue de forma irrazonable y arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad”; la segunda se vería vulnerada, en cambio, “cuando un órgano aplicador del Derecho -bien de la Administración, bien un órgano judicial- interpreta la norma pertinente en un determinado supuesto de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales” (Sentencia 73/1989).

Concretamente sobre la prohibición de discriminar por razón de sexo, el Tribunal afirma que dicha prohibición, “no sólo entraña la interdicción de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo” (Sentencia 19/1989).

De la mano de lo anterior, se puede afirmar que la igualdad, por ejemplo entre el hombre y la mujer, vale también en el ámbito de las relaciones entre particulares. Concretamente en el ámbito laboral, donde la mujer no podrá sufrir ninguna discriminación en su percepción salarial o en el resto de sus condiciones de trabajo. Al estar las disposiciones de este tipo contenidas en normas de rango constitucional, no pueden ser objeto de ninguna negociación o concesión entre trabajadores y patrones; como afirma Bilbao Ubillos, “la existencia de un pacto o acuerdo entre la empresa y el trabajador, que aparentemente sería el resultado de la libre voluntad de las dos partes, no convierte en legítima una decisión que tiene un sentido claramente discriminatorio” (1997, p. 457). El mismo punto de vista mantiene el Tribunal Constitucional español cuando sostiene que “la aplicación de los derechos fundamentales, y especialmente del principio de igualdad, a las relaciones entre particulares debe hacerse matizadamente... pero de ello no puede concluirse que una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad” (sentencia 241/1988).

V. LA IGUALDAD MATERIAL Y LAS CUOTAS ELECTORALES

Una de las vías que se han intentado transitar en varios Estados democráticos para revertir la desigualdad que existe en materia política entre hombres y mujeres ha sido la del establecimiento de cuotas electorales por razón de género. Se trata de la reserva establecida por la ley (o, en pocos casos, por la propia Constitución) de un porcentaje de puestos o candidaturas para cada uno de los géneros en los procesos electorales.

Las cuotas electorales son un tipo específico de *acciones afirmativas*, que son medidas que tienden a corregir, por medio de disposiciones legales o administrativas, una situación histórica de discriminación, infravaloración o sujeción; las acciones afirmativas han estado desde hace varios años en el centro del debate social y político en los Estados Unidos, a partir de interesantes pronunciamientos de su Corte Suprema³, de importantes reformas legislativas y administrativas⁴, así como del igualmente penetrante debate surgido a su alrededor⁵.

Teniendo presentes estos datos, y puesto que el principio de igualdad debe entenderse en sentido material o sustancial y no solamente formal (Giorgis, 1999; ver sin embargo las limitaciones de la igualdad sustancial advertidas por Prieto, 2000, pp. 38 y ss.), quizá podría considerarse adecuada o incluso justa desde un punto de vista prescriptivo la posibilidad de introducir alguna especie de discriminación positiva a favor de las mujeres a la hora de ocupar puestos de representación o de integrar los órganos directivos de los partidos políticos. Esto sucede ya en diversos países: de acuerdo con datos de la ONU, en 36 países ya se han establecido cuotas para asegurar la presencia de las mujeres en los puestos públicos representativos de los Estados respectivos⁶. Como señala Anne Phillips, las cuotas forman ya parte de la agenda política actual; de hecho, son un punto importante de desencuentro político (1999, p. 146).

La justificación de las cuotas electorales, de acuerdo con Alfonso Ruiz Miguel (1999, p. 48), procede de un doble género de razones: en cuanto al fin, “las cuotas pretenden una sociedad más igualitaria en la que la pertenencia a la categoría de los hombres o de las mujeres sea irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, un proceso que se está mostrando muy lento y en buena parte reacio a producirse por mera maduración”; por lo que hace al medio, de acuerdo con el mismo autor, las cuotas se justifican en tanto que facilitan “el acceso a puestos socialmente importantes (por lo que) puede(n) ser un instrumento eficaz para lograr ese fin, sino de manera directa y completa, sí al menos como forma de simbolización de la posibilidad de romper el techo de cristal que obstruye a las mujeres formar parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión” (el análisis de otros argumentos sobre el tema se puede ver en Phillips, 1999).

Ferrajoli apunta que “puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de

3. Por ejemplo, el Caso *Bakke* de 1978 sobre acciones positivas en las universidades; el Caso *Johnson vs. Santa Clara Transportation Agency* sobre acciones positivas en materia de género.

4. La *Equal Pay Act* de 1963, o el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964, o la creación de la *Equal Employment Opportunity Commission*, por mencionar algunos ejemplos.

5. Para un primer acercamiento al tema, DWORKIN, 1984; el mismo autor ha reunido sus reflexiones sobre la igualdad en DWORKIN, 2000. Un resumen y ulteriores indicaciones bibliográficas sobre el tema en BECALLI, 1999.

6. *El País*, 9 de junio de 2000.

los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares” (1999, p. 89).

El mismo Ferrajoli (1999, p. 92) apunta, como conclusión del tema sobre la necesidad de introducir medidas de discriminación positiva para proteger la igualdad efectiva de las mujeres (*garantías sexuadas*, las llama), lo siguiente:

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.

No todos los autores que han escrito sobre el tema se ponen de acuerdo en el porcentaje mínimo que se debería reservar a cada género, aunque parece haber un cierto predominio de quienes opinan que quizá un 30% sería una cuota adecuada.

¿Porqué se propone establecer un 30% y no directamente un 50% si lo que se quiere es asegurar una representación lo más proporcional posible al número total de miembros de cada género? La respuesta es que de lo que se trata es de buscar con las cuotas no una representación paritaria o equivalente con el porcentaje de población que corresponde a cada género, sino simplemente una representación que permita llevar los intereses y la voz de cada género a los puestos donde se toman las decisiones políticas importantes de cada comunidad, de tal forma que se pueda suponer razonablemente que sus intereses recibirán una atención adecuada; se trata pues de una *representación umbral*, un mínimo garantizador, que lo mismo puede aplicarse a las mujeres que a las minorías indígenas o lingüísticas (sobre este punto, Phillips, 1999, p. 163, quien se apoya en un trabajo de Kymlicka).

Iris Marion Young ha construido interesantes argumentos para demostrar que la representación de grupos desaventajados o vulnerables no asegura, por sí misma, una correcta defensa de los intereses de esos grupos. Para esta autora, el hecho de que se asegure un porcentaje de representación femenina no oculta que las mujeres que lleguen a ocupar esos asientos pueden ser todas de una misma clase social o tener prejuicios respecto a una serie importante de temas: las diferencias de raza o de clase social atraviesan las diferencias de género. De acuerdo con Young hay dos datos que aseguran el mejor funcionamiento de la representación política: el primero es el momento de designar a los representantes, en el cual deben poder participar todos los interesados; el segundo lo constituye la posibilidad de llamar a cuentas (*accountability*) a los representantes, de forma que tengan que responder frente a los electores por el desempeño que han tenido en el puesto para el que fueron elegidos.

Este argumento es interesante en la medida en que contribuye, creo, a reforzar el análisis de Kymlicka recordado por Anne Phillips: la representación de grupo o de género puede ser un umbral mínimo que permita que los intereses de las minorías sean oídos o tomados en cuenta al momento de decidir sobre las cuestiones relevantes para una comunidad. Pero es probable que dentro de grupos muy grandes, como es el caso de las mujeres, se incluya una variedad tan grande de intereses que los vuelva difícilmente identificables y más difícilmente representables. Sin embargo, este argumento, se encarga de precisar Young, no debe servir para desautorizar la

representación diferenciada en razón de grupo, sino para advertir las limitaciones que en general tiene cualquier tipo de representación (Young, 1997; Young, 2000).

De todas formas, con independencia de las razones de justicia que se puedan aportar para justificar las cuotas electorales, hay una cuestión vinculada al tema sobre la que se ha reparado poco. Se trata de la consecuencia jurídica que se establece para el caso de que no se cumpla con la cuota. Esto es interesante en la medida en que determinadas consecuencias jurídicas podrían lesionar ciertos derechos fundamentales (por ejemplo la posibilidad efectiva de tomar parte en los asuntos públicos por medio de una candidatura electoral), pero otras no. Así por ejemplo, si la consecuencia del no cumplimiento de la cuota es el retiro del registro electoral de un partido o la prohibición de participar en las elecciones para un sujeto determinado, se podría afectar el derecho de asociación o el derecho a la participación política. Pero si las consecuencias fueran de otro tipo esta presunta violación de derechos fundamentales podría evitarse. Así por ejemplo, como sucede en el caso francés, si la consecuencia es de orden económico y se vincula con el financiamiento público de las campañas. Desde luego, en tanto las consecuencias sean menos drásticas habrá mayor posibilidad de incumplir la norma, pero con ello quizá se avanza un buen trecho en la defensa de las cuotas y en su armonización con otras disposiciones del sistema jurídico.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

Si, como hemos visto, el argumento de la razonabilidad -creado a partir de la aplicación del principio de igualdad- puede ser un instrumento importante de discrecionalidad en manos de los tribunales constitucionales, conviene entonces detenerse en el papel que desempeñan dichos órganos en la reparación de las situaciones en las que se considera que ha operado alguna forma de discriminación normativa.

Se trata de una cuestión relevante en la medida en que vuelve sobre una argumentación recurrente en cierto sector de la doctrina, que parece encaminarse hacia posturas restrictivas de los poderes de los jueces constitucionales, así como de los alcances de sus actuaciones, y que, en nombre de una mala interpretación del principio democrático de mayoría, pretende ganar parcelas de inmunidad o intangibilidad de la política frente al derecho.

Aparte de lo anterior, también es cierto que el uso del principio de igualdad y las reparaciones de la discriminación suponen diversos problemas técnicos en la forma de dictar sentencias y de fijar sus consecuencias.

Riccardo Guastini (2000, pp. 241-242) explica el problema en los siguientes términos:

...el principio de igualdad, especialmente si se interpreta como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: casi podría llamarse una máquina de producir lagunas.

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que parecen iguales al intérprete (es decir, cuando el legislador distingue sin razón), entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata de modo igual casos que al intérprete le parecen diversos (es decir, cuando el legislador no distingue ahí donde debería), entonces el intérprete dirá que falta una norma diferenciadora.

En ambos casos, de acuerdo con el autor, el intérprete -al declarar la invalidez de la norma en cuestión-, estaría creando una laguna, ya que reconocería la falta de una norma igualadora (en el primer caso) o de una norma diferenciadora (en el segundo).

En realidad tal parece que la laguna se crearía solamente en el segundo supuesto, no en el primero. Supongamos que una ley de la seguridad social determina que para poder gozar de la jubilación anticipada se deben reunir los requisitos A, B y C; pero que en el caso de las mujeres bastará con que se cumpla con B y C. Constatada la ilegitimidad de la medida discriminatoria (suponiendo, solamente para efectos de ilustrar el ejemplo, que la medida realmente sea irrazonable), la consecuencia de la sentencia que dicte la jurisdicción constitucional será extender el supuesto de hecho a la clase de sujetos discriminados. El juez constitucional declarará ilegítima la medida *solamente* por lo que hace a la discriminación, anulando la distinción realizada de forma contraria a la Constitución y permitiendo el goce del derecho o prerrogativa en igualdad de circunstancias. Con esa decisión no estará creando una laguna, sino simplemente extendiendo el ámbito personal de aplicación de una norma.

Ahora bien, en este caso existe una dificultad de hecho (política, se podría decir) de la que cabe dar cuenta. Las sentencias de este tipo -aditivas, se les suele llamar-, en las que se extiende alguna regulación legislativa a más sujetos de los que había previsto el legislador, pueden comportar en algunos casos el redireccionamiento de una buena cantidad de recursos públicos. Recursos que con seguridad no fueron previstos en la correspondiente ley de presupuesto aprobada por el mismo poder legislativo (sobre el caso italiano, como siempre muy representativo, Groppi, 2002).

Para evitar estos problemas se han teorizado algunas posibles soluciones. Por ejemplo a través de las llamadas *sentencias intermedias* (González Beilfuss, 2000, p. 177). En tales sentencias la jurisdicción constitucional se limita a constatar la discriminación, pero le deja al legislador la elección de la forma en que se tiene que suprimir. Puede suceder también que el tribunal constitucional otorgue un espacio de tiempo al legislador antes de que se aplique su sentencia.

Lo importante en este punto es poner de manifiesto que existen dificultades tanto técnicas como políticas al momento de llevar a cabo la reparación de las discriminaciones normativas y que, por lo menos en aquellos países que tengan una jurisdicción constitucional actuante, que haya desarrollado algún tipo de línea jurisprudencial sobre el principio de igualdad, es necesario ir pensando en aquellos mecanismos que produzcan los menores trastornos posibles para el buen funcionamiento de todas las instituciones públicas.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, Macario, "Las estrategias de la igualdad", *Isonomía*, número 11, México, 1999.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid 1993

BALLESTRERO, María Victoria, "Acciones positivas. Punto y aparte", *Doxa*, número 19, Alicante 1996

BELTRÁN, Elena *et al.* *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid 2001,

BOVERO, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000.

CARBONELL, Miguel, *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2ª edición, IIJ-UNAM, Porrúa, México 2002.

CARBONELL, Miguel, “Artículo 4” en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16ª edición, IIJ-UNAM, Porrúa, México 2002.

CARRILLO, Marc, “Cuotas e igualdad por razón de sexo” en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, CNDH (en prensa), México 2002

COMANDUCCI, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto* 1992, a cargo de COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo, Giappichelli, Turín 1992.

DWORKIN, Ronald, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, volumen III, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1993.

DWORKIN, Ronald, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, Harvard University Press, Cambridge 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Trotta, Madrid 1999.

FERRAJOLI, Luigi y OTROS, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2001.

GASCÓN, Marina, “El derecho constitucional del pluralismo. Conversación con el profesor Gustavo Zagrebelsky”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, número 11, Murcia 1999.

GIORGIS, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Jovene, Turín 1999.

GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana” en FERRER M., Eduardo (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, 3ª edición, Porrúa, México 2002.

GUASTINI, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación” en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, UNAM-Porrúa, México 2000, (2ª edición, 2002),

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 9, Madrid 1983.

LAPORTA, Francisco J. “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Nº 67, Madrid 1985.

PHILLIPS, Anne, “Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?” en BECALLI, Bianca (editora), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Feltrinelli, Milán 1999.

PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México 1997.

PRIETO, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo -compiladores-, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, IIJ-UNAM, México 2000, (2ª edición ampliada, 2001);

REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid 1995.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *ABZ. Información y análisis jurídicos*, número 121, Morelia 2000.

ROSENFELD, Michael, *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy. Theoretical perspectives*, Durham, Duke University Press, Londres 1994.

ROSENFELD, Michael, “Towards a reconstruction of constitutional equality” en SAJÓ, Andras (editor), *Western rights? Post-communist application*, Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston 1996, (hay traducción al castellano en *Derechos y libertades*, número 6, Madrid 1998).

RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción” en su libro *La forma del poder*, CEC, Madrid 1993.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “Igualdad” en ARAGÓN, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Civitas, Madrid 2001.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa*, número 19, Alicante 1996.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, Nº 94, Madrid, julio-agosto, 1999.

SEN, Amartya K., *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid 1999.

TULLY, James, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Ediciones Cátedra, Madrid 2000.

WESTEN, Peter, *Speaking of equality. A analysis of the retorical force of ‘equality’ in moral and legal discourse*, Princeton University Press, Princeton 1990.

3. *Libertad de expresión*

§ 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC

Asdrúbal Aguiar
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

TÍTULO II

LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC Y EL DERECHO INTERNACIONAL*

En cuanto a su origen, la libertad de expresión y de prensa no puede estar sujeta al arbitrio de las autoridades y de la legislación positiva... [L]a acción de autoridades que lo nieguen [omissis] constituyen violaciones de un orden jurídico jerárquicamente superior: ya sea basado en concepciones de derecho natural o en la vigencia de normas y principios internacionales recogidos en tratados, declaraciones o en el derecho consuetudinario internacional (Contribuciones a los diez principios de la Declaración de Chapultepec, San José de Costa Rica, SIP, 1998)

I. INTRODUCCIÓN

[1] En marzo de 1994 tuvo lugar, en ciudad de México, la Conferencia Hemisférica que organizó la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) y en cuyo seno se adoptó la célebre *Declaración de Chapultepec*, que consagra los diez principios que “enmarcan y definen en todos sus alcances” a la *libertad de expresión*: “principio, garantía y custodia de todos los derechos humanos y... fundamento esencial de la democracia”¹. Tratase, en efecto, de un conjunto de reglas o de postulados que, originados en la interpretación de un derecho humano fundamental y por estar asidos, además, a una visión o concepción de la sociedad histórica, pretenden asumir el valor de axiomas para la aplicación o el desarrollo progresivo de los ordenamientos jurídicos internacional e interno de los Estados.

[2] La SIP reunió luego, en San José de Costa Rica, en agosto de 1998, a un grupo de juristas expertos en la materia quienes, en unión de periodistas y directores de distintos

* El texto contiene parte de la exposición del autor en el Panel sobre la Declaración de Chapultepec, organizado por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en Caracas, el 22 de febrero de 2002. Fue corregido y ampliado para su presentación en la Cumbre Hemisférica sobre Justicia y Libertad de Prensa en las Américas, realizada en Washington D.C. del 20 al 22 de junio de 2002.

1. LANA O, Jairo E., (Compilador), *La libertad de prensa y la ley. Miami. Sociedad Interamericana de Prensa*, 1999, pp. 542 y 543.

medios de comunicación, hicieron aportes doctrinales específicos para la adecuada exégesis de la Declaración. Éstos, bajo el título de *Contribuciones*², los ha asumido la Sociedad como una suerte de interpretación sino auténtica que hace fe de los principios señalados, a saber:

- I. La libertad de expresión como derecho inalienable, anterior y superior al Estado y fundamento de democracia y de las libertades.
- II. El derecho de toda persona y de la sociedad a buscar, recibir y difundir informaciones sin límites de fronteras ni contenidos.
- III. El libre acceso a la información pública y la reserva de las fuentes de información del periodista.
- IV. La violencia contra los periodistas y su impunidad, como atentados contra la libertad de expresión.
- V. La proscripción de la censura previa y de las restricciones a la libertad de prensa y a la libre circulación de las informaciones.
- VI. La prohibición de discriminaciones de trato a los periodistas.
- VII. Las violaciones a la libertad de expresión por medios indirectos para el premio y castigo de los periodistas.
- VIII. La prohibición de la colegiación obligatoria de periodistas y de la asociación no voluntaria de los medios de comunicación social.
- IX. El compromiso autónomo con la verdad.
- X. La responsabilidad limitada del periodista y la proscripción de las llamadas leyes de insulto o de desacato.

II. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DE LAS ONG'S E INHERENCIA HUMANA DE LA EXPRESIÓN LIBRE

[3] A primera vista cabría sostener que la Declaración, como fuente de normatividad sobre la libertad de expresión, no obliga sino a sus autores, a pesar de la relación directa que hace la materia en cuestión con el ejercicio de las libertades públicas y la práctica de la democracia. La SIP, seno dentro del cual nace este instrumento es, en efecto, una organización no gubernamental de ámbito hemisférico y cuyos pronunciamientos vinculan a quienes sean sus asociados dentro de los límites que permita, necesariamente, el orden público de los Estados en su correspondencia con las exigencias del orden público internacional o *ius cogens*.

[4] Sin embargo, no es impertinente observar -junto al ya fallecido jurista francés Michel Virally- que “la sociedad internacional contemporánea se [ha vuelto] muy heterogénea... Está sometida a una evolución acelerada, provocando transformaciones brutales y rápidas en su estructura y su equilibrio interno, y a un movimiento de las ideas de una amplitud sin precedentes”³. El autor en cuestión, al decir esto, quiso destacar la

2. *Idem.*, pp. 549 y ss.

3. VIRALLY, Michel, *El devenir del derecho internacional: Ensayos escritos al correr de los años*, FCE, México 1998, p. 230.

influencia cada vez mayor que hoy ejerce la opinión pública en la cristalización de las pautas de conducta internacionales y en su descripción técnico formal y para lo cual, al margen de toda la institucionalidad clásica o en su explicable desapego por lo jurídico, se aprovecha con efectividad de “la insuficiencia de los modos tradicionales de formación del derecho internacional, de su sistema de *fuentes* (normativas)”⁴ y llena los espacios o vacíos dejados por éste.

[5] Es indiscutible, sin embargo, que la comunidad internacional contemporánea sigue siendo, en lo esencial, una comunidad de Estados sobre cuya voluntad ora concurrente, ora heterónoma, se afirman las normas vigentes del actual Derecho internacional o de gentes. Mas, mal podría conocerse y entenderse a cabalidad la estructura y el funcionamiento efectivos de esta comunidad plural y de vocación universal, obviando, no sólo a los otros actores que también han alcanzado el reconocimiento de su subjetividad jurídica: como las organizaciones internacionales gubernamentales (*Igos*) o los grupos rebeldes con estatuto de beligencia, sino también los que, sin contar todavía con tal reconocimiento o capacidad, disponen de recursos de poder o de una legitimidad o subjetividad parcial que les permiten concitar o promover sea la obediencia a sus prescripciones o repartos de conducta, sea la garantía supranacional de sus derechos subjetivos, v.g.. las organizaciones internacionales no gubernamentales (*Ingos*), las empresas transnacionales (*Bingos*), y el mismo individuo⁵. Dominique Carreau⁶, al referirse de modo puntual a las organizaciones no gubernamentales y destacarlas como parte de la sociedad trasnacional contemporánea y expresión de la diversificación de sus actores, sostiene que más que sujetos de derecho internacional son, eso sí, *forces trasnacionales, groupes de pression*. Empero, no deja de admitir que *un certain nombre ont reçu un début d'officialisation en se voyant offrir un statut international partiel: en général, celui d'observateur au sein de certaines organisations internationales*; y que, asimismo, *quelques-unes disposent d'un certain pouvoir normatif international en émettant ce que l'on pourrait appeler du droit professionnel international*, refiriéndose a los casos de la IATA, la Cruz Roja o algunas federaciones deportivas; para luego concluir en lo que más importa: *les ONG vont concourir -soit indirectement, soit directement- à l'élaboration des normes de droit international*.

[6] En consecuencia, dos circunstancias requieren de nuestra atención específica en orden al tema que nos ocupa en este apartado: como lo es determinar la naturaleza y el valor normativo internacional de la *Declaración de Chapultepec*. Una, la incidencia cierta que tienen las ONG's en el Derecho internacional contemporáneo aun siendo “asociaciones... privadas que tienen un fin no lucrativo de utilidad internacional, ...[pero] creadas por un acto de Derecho interno de un Estado [si bien] ejercen una actividad efectiva en dos o más Estados..”⁷; bastando como ejemplo de ello el reconocimiento embrionario que les ha otorgado el artículo 71 de la Carta de San Francisco, cuando promueve los arreglos con fines consultivos entre el Consejo Económico y Social de la ONU y las señaladas organizaciones no gubernamentales. Otra, más allá de la crítica realizada a la doctrina clásica que ve a la sociedad internacional como una socie-

4. *Loc. cit.*

5. Al respecto, ver PUIG, Juan Carlos, *Derecho de la comunidad internacional*, Depalma, I, Buenos Aires, pp.16 y 17

6. CARREAU, Dominique, *Droit international*, Editions Pedone, París 1986, p. 29

7. GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho internacional público*, Editorial Trotta, Madrid 1995, pp. 156 y 157.

dad de Estados-personas⁸: acusándosela de incurrir en el error antropomórfico de la personalidad moral para ocultar la realidad interindividual e intergrupala que domina y da fundamento a las relaciones internacionales, es que los derechos humanos y su protección supranacional desbordan hoy los muros de la lógica formal y contractualista en que se apoya el Derecho internacional de los Estados⁹.

[7] En cuanto a lo primero, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, para apenas mencionar uno sólo de los instrumentos internacionales que protegen al individuo en sus derechos fundamentales, establece en su artículo 44 que “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. La *legitimatio ad causam* de los peticionarios: individuos y ONG's en las instancias internacionales es un dato de la realidad jurídica presente¹⁰. La misma Corte Interamericana a propósito de su práctica jurisprudencial¹¹ y, de modo particular, luego de haber adoptado su nuevo Reglamento de 1996, en vigor a partir de 1997 inclusive, dispuso que “en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”¹².

[8] Sobre la materia u objeto de regulación *in comento*, como lo es el derecho humano a la libre expresión del pensamiento o de las ideas, vale observar que aquél, al igual que el conjunto de los otros derechos humanos, es tal por su *inherencia* al hombre, varón o mujer, en decir, por estar referido a su inviolabilidad, a su autonomía, a su dignidad¹³. No puede, por ende, ser negociado o transado en el marco de los intereses del Estado o de la comunidad de los Estados. Le pertenece al hombre antes y más allá de la sociedad, y es condición para la existencia misma del Estado y para el desempeño de la soberanía; sin perjuicio de que se justifiquen y realicen, el derecho señalado y los otros derechos de la persona humana, en la alteridad, o que encuentren su debido reconocimiento y garantía en el ámbito necesario del poder público constituido, sea interno, sea internacional. La libertad de expresión es, en efecto, la que mejor revela al individuo como persona, la que le descubre en su esencia de ser racional y la que de suyo le hace capaz de proyectarse ante y hacia los otros. Así que, al ser la libertad de expresión el testimonio o quizá el más importante de esa *dignidad intrínseca* proclamada por la Carta de las Naciones Unidas y admitida como principio constitucional del Derecho internacional

8. Así, SCELLE Georges, *Manuel de droit international public*, Domat-Montchrestien, París 1948, pp. 18 y 19.

9. V. de nuestra autoría, en tal sentido, “La humanización del derecho internacional contemporáneo”, en la obra colectiva *Les droits de l'homme a l'aube du XXIe Siecle*, Bruylant, Bruxelles 1999, pp. 457 y ss.

10. Así, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos” en la obra colectiva *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2001, pp. 3 y ss.

11. Cf., Caso *El Amparo (Reparaciones)*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, párr. 27, en el Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996), OEA, Washington 1997, p. 164.

12. Artículo 23 del señalado Reglamento, aprobado por la Corte en su XXXIV período ordinario de sesiones, el 16 de septiembre de 1996, Cf., Informe Anual de la Corte..., *cit.*, p. 227.

13. Acerca de los principios de los que derivan los derechos humanos, consúltese a SANTIAGO NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1989, pp. 46 y ss.

contemporáneo¹⁴, cabe sostener que su núcleo fijo, su contenido y extensión sólo pueden reconocerse y ser determinados, de modo auténtico, *en y por* la fuente primaria de donde proviene: el ser humano, con sus atributos y con sus falencias.

[9] En suma, siendo la SIP una organización internacional no gubernamental por excelencia, que reúne en su seno a personas que ejercen la actividad de la prensa, que se relacionan más allá de todo propósito de naturaleza pública y ocupada como está de promover y de proteger en el ámbito continental el derecho humano a la libertad de expresión, no podría desestimarse, sin más, el carácter jurídico -y no simplemente moral- internacional de la *Declaración de Chapultepec*. Y este señalamiento, bueno es advertirlo, deja atrás su carácter hipotético cuando se constata, por una parte, que dicho instrumento ha sido suscrito “por los principales Jefes de Estado de los países del hemisferio occidental”¹⁵ y, por la otra, en época más reciente, que la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a instancias de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, reafirma que “los principios de la *Declaración de Chapultepec* constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información”¹⁶.

III. EL VALOR PRESCRIPTIVO DE LOS GENTLEMAN'S AGREEMENTS

[10] Sin perjuicio, entonces, de la idea a cuyo tenor la SIP y sus pronunciamientos pueden contribuir -y de hecho contribuyen- a la formación y a la cristalización de normas de Derecho internacional e incluso, descontado que sus elaboraciones doctrinales pueden ser consideradas, cuando menos, como fuentes auxiliares del ordenamiento jurídico internacional de los Estados según lo previsto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es pertinente repetir que la Declaración en estudio ha sido firmada por diversos Jefes de Estado y confirmada por un órgano competente del Sistema Interamericano. De modo que, estaríamos en presencia *mutatis mutandi* de un instrumento normativo internacional que, si bien no responde en propiedad a los cánones de los tratados o acuerdos internacionales, emula estrechamente la figura anglosajona de los *gentlemen's agreement* o *accords informels*¹⁷.

Trátase, exactamente, de la modalidad de actos concertados no convencionales -poco atendida por la doctrina latina y parecida, en su relación con los tratados, a la misma relación que se da entre las recomendaciones y las decisiones de los organismos internacionales- y que, en opinión de Virally, consistiría en lo siguiente: *un accord entre*

14 Al respecto, véase la explicación de CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Técnos, Madrid 1995, pp. 25 y ss.

15. La afirmación corresponde a FASCETTO, Jorge Eduardo, Presidente de la SIP (1998-1999), en su artículo “La prensa libre es esencial para la democracia”, contenido en *La libertad de prensa y la ley*, *op. cit.*, p. 10.

16. Cf., “Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión” en *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano* (OAS/Ser.L/V/I.4 Rev.8), Secretaría General de la OEA, Washington 2001, p. 190

17. SCHACHTER Oscar, “Les actes concertés a caractère non conventionnel” en la obra colectiva de BEDJAOUI, Mohammed (Rédacteur général), *Droit international: Bilan et perspectives*, tomo 1, Pedone/Unesco, París 1991, pp. 277 y ss.

*dirigeants politiques qui ne lie pas les États qu'ils représentent sur le plan du droit, mais dont le respect impose à ses signataires comme une question d'honneur ou de bonne foi*¹⁸.

[11] La ausencia de fuerza obligatoria formal en los señalados actos concertados no convencionales y que son propios del *soft law*, v.g. la *Declaración de Chapultepec*, en modo alguno permite afirmar que se encuentren huérfanos de toda juridicidad. Decir lo contrario conduciría a sostener, en contraposición a la historia, al contenido y a la esencia misma del Derecho internacional, que la única fuente de tal Derecho es el tratado, vale decir, el acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados y regido por las normas del señalado ordenamiento¹⁹.

[12] Ciertos aspectos, por ende, deben ser analizados a los fines de apreciar la fuerza vinculante o no de la *Declaración de Chapultepec*, en tanto que manifestación de voluntad *no convencional*. En primer lugar, debería determinarse, eventualmente, si sus disposiciones pueden o no ser invocadas o alegadas como fuente directa o auxiliar de Derecho. No son ellas, ciertamente, de origen convencional; pero podrían, a lo mejor, ser un elemento importante, según lo acotamos, para la formación o para la cristalización -quizá no suficiente para la prueba-²⁰ de una práctica reiterada de Derecho, válida como costumbre internacional o también para expresar, ora una interpretación auténtica del Derecho existente, ora principios reconocidos de Derecho internacional. Schachter lo observa con claridad: *Le fait qu'une déclaration ou un autre acte concerté ne soit pas censé créer d'obligations juridiques ne signifie d'ailleurs pas qu'ils soient sans rapport avec le droit international: dans certaines circonstances, l'acte concerté peut jouer un rôle pertinent et important dans la définition des obligations et des droits de l'Etat*²¹.

[13] En este orden, por ejemplo, las elaboraciones del antiguo Profesor de Estrasburgo, de Ginebra y de París, Michel Virally, acerca del papel de los principios en el desarrollo del Derecho internacional, más que ilustrativas nos resultan aleccionadoras. Él logra discernir, por una parte, entre las declaraciones de principios “cuyo respeto [se] estima necesario para responder a una necesidad social o a una exigencia de justicia”²², en cuyo caso tales declaraciones serían de *lege ferenda*; y, por la otra, aquéllas en las que sus textos, por estar redactados en forma indicativa, parecerían ser de *lege lata*. Y agrega, en la búsqueda de una respuesta similar a la que nos ocupa, que muchos principios del Derecho internacional fueron inicialmente el producto de una hermenéutica afincada en el recurso a la analogía y a la inducción, dando lugar a una tarea estrictamente doctrinaria -como tal fuente auxiliar del Derecho- pero cuyos predicados más tarde fueron reconocidos y aceptados como normas positivas internacionales. Por el contrario, otros principios, contenidos en las mencionadas Declaraciones o *acuerdos de caballeros* no han hecho sino sintetizar a la manera de axiomas “todo un patrimonio de soluciones jurídicas admitidas y aplicadas desde hace mucho tiempo”; y que, incluso, siendo más generales que aquellas nacidas de la inducción a partir de casos jurídicos específicos permiten “formular nuevas reglas y ofrecer soluciones inéditas a situaciones sin precedentes”, en una interacción dinámica entre una inducción seguida de otra

18. *Apud.*, QUOQ DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick et PELLET, Alain, “Droit international public”, *LGDJ*, París 1999, p. 382.

19. *Ibid.*, p. 388.

20. SCHACHTER, *op. cit.*, p. 280.

21. *Ibidem*, p. 279.

22. VIRALLY, *El devenir del derecho...*, *op. cit.*, p. 225.

deducción²³. En este último caso, los principios así declarados tendrían el valor, sea de principios verdaderos de Derecho internacional, sea de interpretaciones auténticas o sistemáticas del Derecho en vigor.

IV. LA DECLARACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA

[14] La *Declaración de Chapultepec*, a nuestro juicio, además de ser axiomática es un resumen evidente, según lo dicho, de las prescripciones que sobre la libertad de expresión y acerca del derecho a la información están contenidas en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, y el mismo Pacto de San José; y no solo eso, recoge, *lato sensu*, la interpretación pacífica que de dicha libertad han hecho los tribunales internacionales de derechos humanos. Ella, sin embargo, enuncia principios jurídicos provistos de un singular contenido ideológico, en perífrasis que hacemos del maestro Virally, dado que se refieren a una institución fundamental de la sociedad y de la cultura occidental y, de manera puntual, interamericana: la libertad de expresión y de prensa, como “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”, de acuerdo a los términos establecidos en la recién aprobada Carta Democrática Interamericana²⁴.

[15] De modo que, por referirse la *Declaración de Chapultepec* a la libertad de expresión y de prensa y al derecho a la información, que son derechos humanos y componentes fundamentales de la democracia, por lo mismo, integrantes del orden público internacional de nuestro tiempo, valen, en su favor y como respaldo de la mayor o menor juridicidad que aquella acusa, los *dicta* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵ referidos al tema de las declaraciones internacionales sobre la materia:

OC1/82 de la Corte I.D.H. 41. ...cabe destacar muy especialmente lo dispuesto por el artículo 29 [de la Convención Americana de Derechos Humanos], que contiene las normas de interpretación de la Convención y que se opone, en términos bastante claros, a restringir el régimen de protección de los derechos humanos atendiendo a la fuente de las obligaciones que el Estado haya asumido en esa materia. Dicho artículo textualmente señala: Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada en el sentido de: c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno....

OC2/82 de la Corte I.D.H. 29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

OC10/89 12 de la Corte I.D.H. 12. El Gobierno de los Estados Unidos de América opinó que (l)a Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre representa una noble enunciación de las aspiraciones de los Estados Americanos en cuanto a los derechos humanos...17. [y] deben manifestar, con el debido respeto, que debilitaría seriamente el derecho internacional de los tratados instituido decir que la Declaración es jurídicamente obligatoria... 37. [Empero, c]omo di-

23. *Ibidem*, pp. 229 y ss.

24. Cf., Artículo 4 de la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada por la Asamblea General de la OEA en su vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, en Lima, Perú el 11 de septiembre de 2001.

25. Consúltense los textos correspondientes en BIDART CAMPOS, Germán y CALOGERO PIZZOLO, H., (Coordinadores), *Derechos humanos, Corte Interamericana, Opiniones Consultivas, Textos completos y comentarios. Mendoza*, Ediciones Jurías Cuyo, Argentina 2000, *passim*.

jo la Corte Internacional de Justicia: *un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar* (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.

[16] Las ideas de la Declaración, por consiguiente, parecerían responder -cambiando lo cambiante- al criterio de *democracia sustancial* enunciado por Ferrajoli, a cuyo tenor los derechos fundamentales expresan “necesidades... cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”²⁶. En otras palabras, tales derechos -así la libertad de expresión- no pueden ser o verse menguados ni por el mismo Estado ni por el mercado, ni por las mayorías políticas. Responden, en efecto, a la idea de las *sociedades abiertas* o si se quiere liberales contemporáneas, que no libertaristas o sólo formales y tampoco socialistas, que fijan mínimos éticos y normativos inconvencionales -constituídos por los derechos fundamentales- asegurados por el Estado de Derecho y que, dentro de su contexto y dentro de tales límites básicos, procuran la tolerancia y la posible convivencia entre culturas distintas, que no diferentes²⁷.

[17] Algunas expresiones contenidas en el Preámbulo de la *Declaración de Chapultepec* son ilustrativas al respecto: “La práctica democrática debe reflejarse en instituciones modernas, representativas y respetuosas de los ciudadanos: ...; pero debe presidir también la vida cotidiana.... Sin la práctica diaria de ese binomio [democracia y libertad] ...la vida individual y social se trunca, la interacción de personas y grupos queda cercenada, el progreso material se distorsiona, se detiene la posibilidad de cambio, se desvirtúa la justicia. [La] manifestación más directa y vigorosa, aquélla sin la cual el ejercicio democrático no puede existir ni reproducirse: [es] la libertad de expresión y de prensa. [De allí que] los firmantes de esta declaración representamos distintas herencias y visiones. Nos enorgullecemos de la pluralidad y diversidad de nuestras culturas”²⁸.

V. PRINCIPIOS DE CHAPULTEPEC

[18] Revisados a la luz de las previsiones normativas convencionales y de los diferentes *dicta* emanados de la Comisión, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en general, de las enseñanzas que nos aporta el Derecho interamericano de los derechos humanos, es evidente la correspondencia de aquéllos con el conjunto de principios establecidos por la *Declaración de Chapultepec*; lo cual le asigna, lo repetimos, un valor incuestionable como fuente del Derecho internacional contemporáneo.

26. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 2001, pp. 35 y ss.

27. V., *lato sensu*, el libro de KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea: Una introducción*, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1995, *passim*.

28. *Declaración de Chapultepec y sus contribuciones*, Sociedad Interamericana de Prensa. Miami, s/e, s/f.

1. Libertad de expresión y democracia

No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.

[19] La Convención Americana es clara cuando afirma, en su Preámbulo, el propósito de consolidar, “dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Y, al efecto, comienza por reconocer, por una parte, “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. En otras palabras, tal y como lo dispone su artículo 29, el concepto de *inherencia* priva en la interpretación de todo su articulado. Así que, ninguna de las disposiciones del Pacto puede ser interpretadas en el sentido de: “c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes a la persona humana”. Por otra parte, luego de consagrar en sus artículos 13 y 14, respectivamente, los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión así como el derecho de rectificación o respuesta, la Convención también dispone, en el señalado artículo 29, que tampoco sus disposiciones pueden ser interpretadas en el sentido de: “c. excluir otros derechos o garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”

[20] En igual sentido se pronuncia la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (léase *Declaración de la OEA*), cuando en su numeral 1 afirma que “la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas...[y] un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”²⁹. Llama a curiosidad, sin embargo, la calificación que la Declaración de Chapultepec y en línea diferente a la señalada le otorga a la libertad de expresión: como derecho inalienable del *pueblo*. La libertad de expresión, sin mengua de su significación social que tiene y por ser ingrediente esencial de las sociedades democráticas, es, sin lugar a dudas, un derecho individual y de primera generación: hace parte de los clásicos derechos civiles y políticos, que corresponde a todas y cada una de las personas y que obligan, en general, a la abstención de interferencias por parte del Estado. Los llamados *derechos de los pueblos*, por su parte, expresan una categoría particular comentada por la doctrina desde comienzos del siglo XX y que cristaliza en el plano normativo luego de los años 50’, a raíz de la célebre Conferencia de Bandung³⁰ condenando la dominación colonial. Hacen alusión directa, como derechos de esencia colectiva, al principio de autodeterminación consagrado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

Trátase, en suma, de una regla precisa, como lo decía Pascual Fiore, que “puede servir para tutelar y sostener los derechos de las nacionalidades -de los pueblos, de las gentes- y para admitir que, según el Derecho internacional, la formación de los Estados... -o el derecho de los pueblos para asociarse y organizarse políticamente- debe ser

29. Cf., el texto respectivo en *Documentos básicos...*, Secretaría General de la OEA, *op. cit.*, p. 190.

30. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio et al, *Curso de derecho internacional público*, Editorial Civitas, Madrid 1998, p. 758.

favorecida...³¹ con preferencia de los denominados derechos dinásticos o de los históricos de cualquier naturaleza.

[21] En la exégesis de las previsiones de la Convención Americana citadas, la doctrina y la jurisprudencia interamericanas han sido consecuentes con el espíritu de las mismas al señalar, sea que “la democracia constituye un criterio general y un elemento primordial, de base material, para la determinación de los derechos fundamentales, [y sus limitaciones admisibles] y, por consiguiente, para la interpretación del Pacto de San José³²; sea que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión es una *pedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir en la colectividad puedan desarrollarse plenamente.*³³ Ha dicho la Corte, por lo mismo, que *la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse*³⁴; de donde *las garantías... que se derivan de la forma democrática de gobierno, ... no implican solamente una determinada forma de organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que result[a]n indispensables...[para] preservar el Estado de Derecho*³⁵. Tanto es así que, en su opinión consultiva acerca de la Colegiación obligatoria de periodistas, la Corte ya había tenido oportunidad de agregar que *las justas exigencias de la democracia deben (...) orientar la interpretación [sic] de la Convención Americana y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas*³⁶.

2. Derecho a la información

Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos.

[22] El derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente, es acogido tanto por el artículo 13 de la Convención Americana como por el numeral 2 de la *Declaración de la OEA*. Esta última insiste, además, en que la igualdad de oportunidades y la ausencia de trato discriminatorio deben calificar el ejercicio efectivo de los mencionados derechos.

[23] En todo caso, es pertinente destacar que *[c]uando la Convención [Americana] proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de [buscar, recibir y] difundir informaciones e ideas por cualquier ... procedimiento, está subra-*

31. FIORE, Pascual, *El derecho internacional codificado*, Hijos de Reus, Editores, Madrid 1901, pp. 110 y 111.

32. Agregados [-] - nuestros. Cf., CÓRDOBA Z. Francisco, *La Carta de derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Temis, Bogotá 1995, p. 31.

33. V., párr. 70 de *La colegiación obligatoria de los periodistas de la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985* en VENTURA, Manuel E., y ZOVALTO, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Naturaleza y principios (1982-1987)*, IIDH/Civitas, Madrid 1989, p. 355.

34. *OC-5/85 cit.*, párr. 69, *loc.cit.*

35. *Garantías judiciales en estados de emergencia de la Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987*, párrs. 37 y 41.2, en VENTURA y ZOVALTO, *La función consultiva...*, *op. cit.*, p. 462.

36. *Opinión Consultiva OC5/85...*, *cit.*, *supra*, párr. 44, *op.cit.*, p. 347.

yando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles..., según lo ha dicho la Corte Interamericana³⁷. Y tal dictum, bueno observarlo, no responde a una simple consideración teórica. Por el contrario, la premisa tiene una consecuencia práctica esencial para la Corte: “Las dos dimensiones mencionadas... de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente”³⁸. Y la razón huelga: “La interdependencia de las dos dimensiones mencionadas, lógicamente hace abstracción de la justificación de regímenes arbitrarios con la supuesta protección de una y en detrimento de la otra”³⁹. Por tanto [como lo concluye en su Opinión Consultiva OC-5/85 la misma Corte], cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas; de donde resulta que... la libertad de expresión ... requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁴⁰.

3. Acceso a la información pública

Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información.

[24] La Convención Americana no contempla una disposición expresa que sea equivalente a la de este principio de la *Declaración de Chapultepec*. En todo caso, el texto del artículo 13 *ejusdem* permite colegir la obligación de las autoridades de poner a disposición de los ciudadanos la información generada por el sector público, cuando, de una parte, dispone el derecho de toda persona “de buscar, recibir y difundir informaciones” y, por la otra, señala que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, ...o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y de opiniones”. La *Declaración de la OEA*, a su vez, le abre espacio a esta conclusión al declarar que “4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos [que l]os Estados están obligados a garantizar..” Ella, sin embargo, fija un límite que no menciona la *Declaración de Chapultepec*, relativo al caso de informaciones cuyo suministro sea susceptible de provocar “un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas” y que, bueno es advertirlo, sólo puede ser establecido mediante ley.

4. Debida reparación

El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la

37. *Ibidem* párr.31, *op. cit.*, p. 343.

38. *Idem*, párr. 33, *op. cit.*, p. 344.

39. Cf., CÓRDOBA, *op. cit.*, p. 128.

40. Cf., opinión señalada, párr. 30, en VENTURA y ZOVATTO, *op. cit.*, p. 343.

libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad.

[25] La incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas atenta contra la libertad de pensamiento y de expresión, a tenor de lo previsto en el artículo 13, numeral 5 de la Convención Americana. Y la norma en cuestión puede ser apreciada en un doble sentido: sea como prohibición dirigida a los periodistas y comunicadores, en modo tal de que no realicen propaganda en favor de la guerra o apología del odio contra cualquier persona y por ningún motivo; sea como prescripción que obliga al Estado y a los terceros, para que no impidan mediante la violencia o su provocación el sagrado ejercicio de quienes son trabajadores de la prensa. La *Declaración de la OEA*, en su principio 9, es consistente con su correlativo de la *Declaración de Chapultepec*, si bien insiste en la obligación del Estado de prevenir y también de reparar adecuadamente a las víctimas.

5. Inmunidad

La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

[26] La *Declaración de la OEA* hace honor a este principio cuando afirma que “5. La censura previa...debe estar prohibida por la ley [y que] las restricciones en la circulación libre de ideas y de opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. De tal forma que, la libertad de expresión, como lo establece el artículo 13, numeral 2 de la Convención Americana, “no puede estar sujeta a previa censura -menos a autorizaciones- sino a responsabilidades ulteriores”.

[27] El predicado de principio y de la norma señalados es bastante claro y no deja lugar para las dudas. Se corresponde, quiérase o no, con la concepción del Estado liberal: que milita en favor del sistema represivo (a condición de que no sea exagerado) y no de un sistema preventivo, vale decir, judicial. El artículo 13, numeral 2 citado *supra* no obvia, pues, la necesidad de una apelación al ejercicio responsable del derecho a la libertad de expresión, centrándose en la idea de la represión por el abuso de la señalada libertad y no en la de la prevención de tal abuso, mediante el hipotético establecimiento de limitaciones a la circulación de la información. Sin embargo, las responsabilidades exigidas *deben estar expresamente fijadas por la ley* y, además, perseguir un objetivo legítimo y necesario dentro de una sociedad democrática⁴¹. Deben ser necesarias para asegurar, según el texto de la previsión antes mencionada: “a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas”.

[28] El criterio de la Corte Interamericana es, al respecto, puntual: “El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente

41. V., los comentarios anteriores al respecto.

establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean *necesarias para asegurar* los mencionados fines⁴².

[29] La Convención Americana no admite, por consiguiente, el sistema preventivo en materia de libertad de expresión y, de una manera excepcional y claramente delimitada, acepta sólo las llamadas prohibiciones; las que, por su naturaleza, volvemos a repetirlo, deben constar en la ley; en una ley accesible y suficientemente precisa para que el ciudadano sepa como ordenar su propia conducta; sujeta a objetivos legítimos, es decir, correspondientes con las hipótesis expresamente admitidas en la Convención; y, por encima de todo, ajustadas a las exigencias de una sociedad democrática. Esas prohibiciones, en lo particular, no son otras que las estipuladas taxativamente en el artículo 13, numeral 5 de la Convención y que aluden, puntualmente, a la propaganda que incita a la guerra, a la violencia o a la discriminación. Al margen de estas hipótesis, excluida por lo demás la única forma de censura admitida por el señalado Pacto de San José: la censura previa de los espectáculos públicos para la protección de la moral en adolescentes y niños (numeral 4 *ejusdem*), no acepta el sistema interamericano ninguna otra forma o modalidad de injerencia preventiva por parte del Estado en la materia.

[30] La jurisprudencia de la Corte Interamericana, en suma, ha dado sus directrices en cuanto a los aspectos arriba tratados, y ellos son incommovibles: *Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad... [Ellos estipulan,] en primer lugar, la prohibición de la censura ... incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención... El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido*⁴³.

6. Igualdad de trato

Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan.

[31] Los premios y las discriminaciones a medios y a periodistas pueden ser entendidas como formas indirectas de restricción de la libertad de expresión, según lo previsto en el artículo 13, numeral 5 de la Convención Americana, cuando proscribiera, *in genere*, las restricciones “por cualesquiera... medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y de opiniones”. La jurisprudencia interamericana no ha tenido la oportunidad de referirse a este aspecto en lo particular. Sin embargo, la *Declaración de la OEA* se refiere a esta materia *in extensu* al postular como incompatibles con la libertad de expresión “13. La utilización del poder del Estado y los

42. Cf., párr. 39 de la *Opinión Consultiva OC-5/85, cit.*, en VENTURA y ZOVATTO, *op. cit.*, p. 345.

43. *Opinión Consultiva OC-5/85, cit.*, párrs. 36, 38 y 39, *op. cit.*, pp. 344 y 345.

recursos de la hacienda pública;, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas...”

7. Independencia

Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas.

[32] Lo dicho en cuanto al principio anterior vale, *mutatis mutandi*, para la explicación de este principio. El artículo 13, numeral 3 de la Convención América es, sin embargo, más preciso al respecto, pues dispone expresamente que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel de periódicos, de frecuencias radioeléctricas,..., etc”.. La *Declaración de la OEA*, a su vez, desarrolla la disposición convencional al observar, con un criterio finalista más elaborado, que “la utilización del poder del Estado...; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y de televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación, en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley...”

8. Libertad de asociación profesional

El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, deben ser estrictamente voluntarios.

[33] El artículo 16 de la Convención Americana consagra la libertad de asociación, por que “1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”. La *Declaración de la OEA*, en lo relativo al tema de la colegiación obligatoria de los periodistas, es todavía más amplia y precisa que la Declaración de Chapultepec, que apenas reitera el carácter *voluntario* de toda asociación profesional o gremial de periodistas o de medios de comunicación. Dice aquella, en tal sentido, que, además de la colegiación obligatoria, *la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística*, constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

[34] El tema de marras ha sido objeto de una especial consideración por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de su Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, dictada a solicitud del Gobierno de Costa Rica. Su *dictum* es concluyente y fue adoptado por unanimidad de los jueces de dicho tribunal: *la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o*

para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴.

[35] No huelga recordar, dada la existencia no discutida de obligaciones de colegiación para el ejercicio de otras profesiones distintas a la del periodista, el argumento central esbozado por la Corte: *La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática... Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad... El problema surge del hecho de que el artículo 13 [de la Convención Americana] expresamente protege la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..., ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa.... La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente... [esto]. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención [y ello] ...no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho a la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina -es decir, lo que hacen los abogados o los médicos- no es una actividad específicamente garantizada por la Convención [en favor de toda persona]*⁴⁵.

9. Compromiso con la verdad

La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga.

[36] El compromiso con la verdad es asumido en términos afirmativos por la *Declaración de Chapultepec*. Pero, aclara la misma que el logro de dicha finalidad y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos, pues son de la exclusiva responsabilidad de los periodistas. La *Declaración de la OEA* es más exigente en la materia, cuando prescribe, en línea con la propia jurisprudencia interamericana, la incompatibilidad de con el derecho a la libertad de expresión de 7. *Condicionamientos previos, tales como la veracidad.*

[37] El asunto revela especial importancia, pues si bien la Corte Interamericana observa que “la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas”⁴⁶, es contundente al prevenir sobre los regímenes de ética y de responsabilidad en el caso de los periodistas: “Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene [la] misma sociedad”⁴⁷.

44. Cf. parte dispositiva de la OC 5/85, en VENTURA y ZOVATTO, *op. cit.*, p. 360.

45. *Idem*, párrs. 70 a 73, en la *op. cit.*, pp. 355 y 356.

46. *Ibid.*, párr. 68, p. 355.

47. *Ibidem*, párr. 77, p. 357.

10. Proscripción de leyes de desacato

Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público.

[38] La Declaración de la OEA dispone, en primer orden, que “10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público”, para ajustar, seguidamente, que “11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad”. Ambos principios explican, en consecuencia, el sentido de la prohibición de las denominadas *leyes de desacato*, que intentan castigar las ofensas contra los funcionarios públicos y, en general, contra las instituciones del Estado.

[39] No son admisibles, pues, dentro de la actual doctrina interamericana, las exigencias de responsabilidades ulteriores por abuso del derecho a la libre expresión del pensamiento en los supuestos de vilipendio de los cuerpos o funcionarios públicos. La responsabilidad ulterior por el ejercicio de la libertad de expresión no se aviene con la idea de protecciones discriminatorias y por categorías de personas o de instituciones y tiene, además, un carácter taxativo: respeto a los derechos y reputación de los demás, protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas; por lo que es pertinente repetir junto a la Corte Interamericana, entonces, que *[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse*⁴⁸. De consiguiente, mal podría interpretarse que la Convención Americana admite, sin más, la ilicitud y consiguiente responsabilidad por cualquier expresión que afecte a los demás. Ella, la Convención, prescribe en sus artículos 29, inciso c) y 32, que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de excluir los derechos y garantías que se derivan de la democracia representativa de Gobierno o las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

[40] La jurisprudencia europea a este respecto es quizá la más directa e ilustrativa: “...los límites de la crítica admisible son más largas frente al Gobierno que ante los particulares, e incluso frente a un político. La posición dominante que éste ocupa le obliga a ser prudente en el uso de la vía penal.”⁴⁹. De allí que en el caso de referencia y por tomar la noción de sociedad democrática un papel tan preponderante en la fijación o no de restricciones a la libertad de expresión, se haya afirmado en resumidas cuentas que la represión penal de un oponente político para sancionar su discurso hostil *ne saurait se justifier dans une société démocratique*. Otro caso de referencia e importante lo ha sido el ya mencionado *Affaire Lingens*, quien fuera condenado por difamar al Canciller austríaco Kreisky: *La liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et les attitudes des dirigeants. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve à coeur même de la notion de société démocratique*⁵⁰. La Corte concluyó que la señalada injerencia en la libertad de expresión conllevó a un atentado sustancial de la libertad de opinión, no habiendo sido demostrada la mala fe del periodista.

48. *Idem*, párr. 69, *op. cit.*, p. 355.

49. *Affaire Castell c. Espagne/1992*.

50. *Affaire Lingens c. Autriche/1986*.

§ 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Héctor Faúndez Ledesma

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

El reconocimiento de que la libertad de expresión no es absoluta, así como la necesidad de ponderarla con otros derechos o intereses, ha permitido que los Estados interfieran en diversas formas con el ejercicio de la misma. La censura, las restricciones en cuanto a la oportunidad en que se puede transmitir un mensaje, o las sanciones penales en caso de difamación u otro tipo de expresiones, son sólo algunas de las medidas a que tradicionalmente ha recurrido el Estado. Pero no siempre es sencillo determinar si, en efecto, se está en presencia de una medida que interfiera con la libertad de expresión, o si tal interferencia es ilegítima. La aplicación de un impuesto a los libros, o a los discos sonoros, o la necesidad de contar con una licencia del Estado para operar una estación de televisión, son medidas que obviamente tienen un impacto en la difusión de informaciones e ideas, y que interfieren -aunque no necesariamente de manera ilegítima- con la libertad de expresión; será un análisis caso por caso, teniendo en cuenta los propósitos de esa medida y el ámbito de aplicación de la misma, el que permitirá determinar si tal interferencia está o no permitida. En el caso de sanciones penales aplicadas después de que la persona afectada ya ha expresado sus opiniones o ideas, se ha sostenido que no habría interferencia con la libertad de expresión; sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha rechazado esta interpretación, y ha señalado que, incluso las medidas adoptadas después de que la persona ha expresado sus opiniones o ideas pueden constituir una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión¹.

Tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho comparado se ha previsto que, para que no sea desproporcionada o innecesaria, cualquier medida dirigida a restringir la libertad de expresión debe reunir determinados requisitos, sin cuya presencia la libertad de expresión conserva toda su vigencia. De ello depende no sólo su conformidad con el Derecho, sino la legitimidad y la fuerza operativa de las medidas previstas para restringir la libertad de expresión. Tales requisitos se pueden resumir en los siguientes: a) la circunstancia de que cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión esté prevista por la ley, b) que su propósito sea proteger un derecho o un interés público prevaleciente, c) que la restricción de la libertad de expresión sea proporcionada al fin legítimo que se persigue, y d) que dicha medida sea necesaria en una sociedad democrática.

1. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párrafo 4. Cf., también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 28, y Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 39.

En todo caso, es importante subrayar que dichas restricciones no pueden ser utilizadas como un medio para anular el ejercicio de la libertad de expresión. De no concurrir los requisitos antes señalados, cualquier interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión constituye una violación de la misma².

I. SU CARÁCTER LEGAL

Uno de los grandes aportes de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, consistió en el papel estelar que se le asignó a la ley en el funcionamiento de un Estado democrático, y que aún conserva. Es por eso que, desde el punto de vista formal, la primera garantía de que las restricciones a la libertad de expresión no serán el resultado del capricho o de la arbitrariedad de los órganos del Estado radica en la legalidad de las mismas. En efecto, tanto el Pacto como las convenciones Americana y Europea requieren que cualquier restricción de que pueda ser objeto la libertad de expresión se encuentre expresamente prevista por la ley. Además, el art. 30 de la Convención Americana dispone que las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general, y con el propósito para el cual ellas han sido establecidas. Es decir, la libertad de expresión no se puede coartar por consideraciones distintas a las específicamente señaladas por la ley. Esta exigencia se ve fortalecida por la circunstancia de que, en la mayor parte de los países, la libertad de expresión también es objeto de protección constitucional. Sin embargo, este requisito no se puede eludir por la vía de señalar esas restricciones en forma muy amplia y genérica en un texto legal, pero remitiendo a meros reglamentos u ordenanzas la determinación de las modalidades y características que pueden asumir esas restricciones.

Esta garantía de la libertad de expresión tiene también un carácter democrático, en la medida en que con ella se pretende asegurar que el único órgano autorizado para regular su ejercicio e imponer restricciones a la misma es el parlamento nacional, elegido popularmente mediante los procedimientos constitucionales previamente establecidos. En una sociedad democrática, afianzada en la separación de funciones, no es ésta una tarea ni del poder ejecutivo ni del poder judicial. En consecuencia, pretender regular la libertad de expresión mediante una sentencia, con el pretexto de interpretar la disposición constitucional que la consagra y llenar supuestas lagunas legales, como ha querido hacerlo una sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela³, es absolutamente incompatible con el compromiso asumido por los Estados en lo que se refiere a la libertad de expresión.

La correcta aplicación del principio de reserva legal, si bien no es una condición suficiente, permite evitar muchas dificultades y conflictos. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la noción de *ley* debe entenderse en su acepción material y no formal; de manera que comprende el conjunto del Derecho escrito, incluyendo los textos de

2. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafo 35.

3. Cf., Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Amparo Constitucional de Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia del 12 de junio de 2001.

rango infra legislativo⁴. Sin embargo, que la restricción pertinente esté *prevista por la ley* no significa solamente que ella tenga una base en el Derecho interno, sino que tenga las características propias de una ley (entendida como norma jurídica de carácter general y permanente), en términos de accesibilidad a la persona a la cual se dirige (es decir, de su publicidad), de la posibilidad de prever las consecuencias que derivan de su aplicación, y de su compatibilidad con la primacía del Derecho⁵.

El principio de reserva legal sólo constituye una garantía de la libertad de expresión si con la expresión *leyes* se está haciendo referencia a una *ley* en sentido formal y no en el sentido amplio de cualquier norma jurídica. En este sentido, el juez Rodolfo Piza ha expresado que, si bien estas disposiciones no precisan el sentido de la palabra *ley*, la aplicación de principios generales universalmente compartidos en las naciones democráticas y en todos los Estados de Derecho permite afirmar que se trata de materias reservadas estrictamente a la ley formal, emanada de un parlamento democrático, con todas las garantías que esto implica⁶. La Corte no tardó mucho en darle la razón, al dar respuesta a una consulta formulada por el Uruguay y referida precisamente al sentido de la expresión *leyes* en el art. 30 de la Convención⁷. En el curso del trámite de esta consulta, el gobierno de Costa Rica se preguntaba si la expresión *leyes*, utilizada en el art. 30 de la Convención, se refería a leyes en sentido formal, como norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución, o en un sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico⁸. Si bien la Corte señala que su indagación se limita a precisar el sentido de la palabra *leyes* sólo en el art. 30 de la Convención, y que su respuesta no es aplicable a todos los casos en que allí se utilizan expresiones como *leyes*, *ley*, *disposiciones legislativas*, *disposiciones legales*, *medidas legislativas*, *restricciones legales*, o *leyes internas*, cuyo sentido deberá ser determinado en cada caso específico⁹, el tribunal admite que los criterios del art. 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión *ley* o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos; porque la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos¹⁰. Según la Corte, el art. 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, las cuales se agregarían a las restricciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos; por el contrario, lo que el mencionado artículo pretende

4. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *De Wilde, Ooms and Versyp*, Sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 93.

5. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, Sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 44.

6. Cf., su opinión separada en *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafos 14 de la opinión separada.

7. Cf., *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

8. Cf., *ibid*, párrafo 7.

9. Cf., *ibid*, párrafo 16.

10. Cf., *ibid*, párrafo 17.

es imponer una condición adicional para que las restricciones singularmente autorizadas sean legítimas¹¹. La Corte ha subrayado la importancia de evitar la arbitrariedad de los actos del poder público, y se ha referido al principio de legalidad, que -en opinión del tribunal- es consustancial con la idea y el desarrollo del Derecho en el mundo democrático, y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación¹². Por consiguiente, de acuerdo con la Corte Interamericana, no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el art. 30 de la Convención, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos humanos pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general¹³. En opinión de ese alto tribunal, en el marco de la protección de los derechos humanos, la expresión leyes carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos; lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Para este tribunal, la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 de la Convención, no puede tener otro sentido que el de ley formal; es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el Derecho interno de cada Estado¹⁴. En todo caso, nada parece impedir que estas restricciones no se encuentren previstas exactamente en una ley, sino en una disposición de rango constitucional¹⁵.

Pero para la Corte Interamericana no basta una mera conformidad formal de la ley con el Derecho interno, pues dicha ley también debe ser legítima, desde un punto de vista político; en efecto, la Corte observa que, en una sociedad democrática, el principio de legalidad está inseparablemente vinculado al de legitimidad, en virtud del sistema que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común¹⁶. No es posible desvincular el significado de la expresión leyes en el art. 30 del propósito de todos los Estados americanos, expresado en el preámbulo de la Convención, de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; en su opinión, la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte¹⁷. En consecuencia, las leyes a que se refiere el art. 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del poder legislativo democráticamente elegido, y promulgados por el poder

11. Cf., *Ibidem*.

12. Cf., *ibid*, párrafos 22, 23, y 24.

13. Cf., *ibid*, párrafo 26.

14. Cf., *ibid*, párrafo 27.

15. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 24, 28, 34, y 35.

16. Cf., *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, párrafos 32 y 37.

17. Cf., *ibid*, párrafo 34.

ejecutivo; sólo la ley formal, así entendida, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención¹⁸. Pero lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención¹⁹.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha abordado este requerimiento con mayor flexibilidad que los órganos del sistema interamericano. En efecto, según el tribunal europeo, la expresión *prescrita por la ley* requiere que la medida que interfiere con la libertad de expresión tenga sustento en el Derecho interno del Estado y, en segundo lugar, dicha expresión se refiere a la calidad de la norma en ley en cuestión, requiriendo que ella sea accesible a las personas involucradas²⁰; además, dada la naturaleza de los sistemas jurídicos que coexisten entre los países partes en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea ha señalado que la palabra *ley* comprende no solamente los estatutos legales (es decir, la ley escrita), sino también el Derecho común²¹, y convenios internacionales²². No obstante, este enfoque ha sido objeto de críticas, incluso por algunos de los mismos jueces de la Corte; en tal sentido, en el caso de radio Groppera, el juez Bernhardt se preguntaba si el requisito de que toda restricción debe estar *prescrita por la ley* se satisface realmente cuando el parlamento le confiere al poder ejecutivo poderes ilimitados o extremadamente amplios, permitiéndole que se convierta en la autoridad legislativa y ejecutiva al mismo tiempo²³.

1. El carácter preciso y concreto de la norma

En estrecha relación con lo anterior, las sanciones posteriores derivadas del ejercicio de la libertad de expresión tampoco pueden estar basadas en disposiciones legales formuladas en forma manifiestamente vaga e imprecisa, que hagan posible una aplicación arbitraria de las mismas; disposiciones de esa naturaleza no pasan de ser un pretexto legal para reducir al público al silencio. Por consiguiente, en opinión de Türk y Joinet, este tipo de legislación no puede considerarse con prescindencia de la apreciación que se tenga sobre su legitimidad²⁴.

No basta con que las restricciones a que pueda estar sometida la libertad de expresión se encuentren expresamente previstas por la ley; también es esencial que esas restricciones se encuentren definidas de manera suficientemente precisa y concreta, señalando

18. Cf., *ibid*, párrafo 35.

19. Cf., *ibid*, párrafo 36.

20. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, Sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 75.

21. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of The Sunday Times v. The United Kingdom* (n° 1), Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 47.

22. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 57.

23. Cf., su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990.

24. Cf., E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 74.

todos los elementos que la configuran, para no dejar lugar a interpretaciones ambiguas o abusivas; lo contrario equivaldría a eludir el contenido esencial del principio de legalidad. En este sentido, la Comisión Interamericana ha condenado la existencia de disposiciones legales que, por su excesiva vaguedad y generalidad, pueden constituir serias restricciones a la libertad de expresión; a título ilustrativo, la Comisión ha citado una disposición legal que sancionaba con prisión a quien, por cualquier medio, predicare públicamente el odio entre paraguayos o la destrucción de las clases sociales²⁵.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha prestado especial atención a esta circunstancia, y sistemáticamente a rechazado como inconstitucionales, por su ambigüedad e imprecisión, algunas regulaciones que restringen la libertad de expresión, y que pueden tener un efecto disuasivo en el ejercicio de este derecho²⁶. A título ilustrativo, en el caso de una resolución de las autoridades del aeropuerto internacional de la ciudad de Los Ángeles, que declaraba que cualquier actividad relacionada con la libertad de expresión constituía una contravención a los usos permitidos dentro del terminal aéreo y que la misma sería objeto de acciones legales, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó como inconstitucional esta resolución, por excesivamente vaga, y observó que la distinción entre expresiones relacionada con la actividad del aeropuerto y aquellas no relacionadas con su actividad era, por lo menos, muy sombría²⁷. Según este tribunal, incluso una construcción más estrecha, como la antes referida, que distingue entre expresiones relacionadas con la actividad del aeropuerto y aquellas que no lo están, tenía el efecto de dar a los funcionarios del aeropuerto la facultad de decidir si una determinada expresión estaba o no relacionada con la actividad del aeropuerto, lo que evidentemente proporcionaba una oportunidad para el abuso²⁸.

Esta misma preocupación se expresa en un documento de la Organización de las Naciones Unidas, señalando el peligro que encierran las leyes que penalizan determinados actos que cabría calificar de *delitos de opinión*, en virtud de disposiciones penales formuladas de manera vaga, oscura, ambigua o genérica, y que a veces sirven de justificación para castigar con severidad a personas que sólo han expresado su opinión, sin utilizar ni propiciar la violencia²⁹.

El propósito del principio que comentamos cumple una doble función. Por una parte, reduce la competencia del Estado en cuanto a la forma como éste puede restringir la libertad de expresión; por la otra, le indica al ciudadano qué es exactamente lo que se prohíbe. Por consiguiente, el Estado no puede eludir el principio de legalidad mediante el empleo de conceptos definidos en forma excesivamente ambigua, tales como *blasfemia*, *subversión*, *desinformación*, *rumores falsos*, etc., que le confieren al Estado un amplio margen de discrecionalidad en la regulación de la expresión. Es a partir de estas consideraciones y no de la ausencia absoluta de una ley que, en varias oportunidades, se ha objetado la legalidad de restricciones a la libertad de expresión ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, el criterio sostenido reiteradamente por el tribunal europeo indica que, según este requerimiento, la ley debe estar formulada con suficiente

25. Cf., Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1987, p. 71.

26. Cf., por ejemplo, *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

27. Cf., *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

28. Cf., *Ibidem*.

29. Cf., E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 30.

precisión como para permitirle a las personas involucradas -y si es necesario con la asesoría legal apropiada- que puedan prever -en un grado razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso- las consecuencias de sus actos; pero una ley que confiera un cierto grado de discreción a las autoridades encargadas de aplicarla no es necesariamente incompatible con este requisito, siempre que el ámbito de esa discreción y la manera en que ella se pueda ejercer estén indicados con suficiente claridad, teniendo en cuenta el propósito legítimo que se persigue con ella, para brindar al individuo una protección adecuada en contra de una interferencia arbitraria³⁰.

A partir de su falta de claridad y precisión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha objetado el carácter *legal* de determinadas restricciones a la libertad de expresión, ya sea porque, como en el caso *Autronic AG*, las regulaciones nacionales sobre radio no indican exactamente cuál es el criterio a utilizar por las autoridades al pronunciarse sobre las solicitudes de licencia, o porque las disposiciones de tratados internacionales (específicamente, el art. 22 de la Convención Internacional de Telecomunicaciones) dejan un margen de apreciación muy amplio a las autoridades nacionales³¹. Por el contrario, teniendo en cuenta el propósito de este requerimiento, el tribunal europeo ha admitido que una restricción legal que no ha sido redactada en términos suficientemente precisos pueda haber sido clarificada mediante la jurisprudencia de un tribunal superior. En tal sentido, en el caso de la sección 78 de la ley de propiedad intelectual de Austria, que prohíbe difundir la fotografía de una persona cuando con ello se pueda afectar sus *legítimos intereses*, confiriendo una amplia discreción a los tribunales nacionales, la Corte Europea tuvo en consideración que la noción de *intereses legítimos* había sido interpretada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Austria; por consiguiente, el tribunal europeo estimó que no se podía decir que la aplicación de dicha disposición iba más allá de lo que era previsible en las circunstancias del caso³². Asimismo, en el caso de la Asociación *Ekin* contra Francia, en que se impugnaba, por su ambigüedad, la aplicación de una ley de 1881 que permitía prohibir la circulación, distribución, o venta en Francia de periódicos u otros escritos, de publicación periódica o no, redactados en idioma extranjero, así como los periódicos y escritos provenientes del extranjero redactados en francés, ya sea que hubieran sido impresos en Francia o en el extranjero, el tribunal europeo se remitió a la jurisprudencia constante, clara y precisa, de los tribunales franceses, que complementaba el texto de la ley, permitiendo a los individuos interesados en la publicación de alguna obra ajustar su conducta a dicha ley³³. Esta excesiva flexibilidad condujo, en el caso *Ahmed and others v. The United Kingdom*, a que la Corte aceptara una formulación no suficientemente precisa de categorías de funcionarios públicos locales, respecto de los cuales se prohibía su participación en determinadas actividades políticas (tampoco definidas con precisión), que podían afectar el deber de imparcialidad de las autoridades locales; según la Corte, la conducta que podía comprometer la imparcialidad de un funcionario local no podía definirse con absoluta precisión, por lo que era aceptable que sólo se indicaran conductas que tenían el poten-

30. Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, Sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 47.

31. Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 57.

32. Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafo 43.

33. Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, Sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 46.

cial de afectar esa imparcialidad, las que en todo caso debían interpretarse a la luz del vicio que se buscaba evitar³⁴.

En el caso *Castells v. Spain*, no obstante que las restricciones de que había sido objeto tenían como base legal lo dispuesto por los artículos 161 y 162 del Código Penal español, el afectado alegó que para él no era predecible que esas disposiciones excluyeran como defensa la prueba de la verdad de lo afirmado, lo cual resultaba menos razonable después de la adopción de la Constitución de 1978, cuyo art. 20 consagra el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz; sin embargo, en este caso la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que, para los propósitos del art. 10 de la Convención, las normas del Derecho español que regulaban esta interferencia con la libertad de expresión eran suficientemente predecibles³⁵. En su jurisprudencia anterior, el tribunal europeo había reconocido que frecuentemente las leyes pueden estar redactadas de una manera que no es suficientemente precisa, y que esto sería así, en esferas como la competencia comercial, en que la situación está cambiando constantemente, de acuerdo con los desarrollos en el mercado y en el campo de la comunicación, por lo que la interpretación y aplicación de tal legislación inevitablemente quedaría entregada a la práctica³⁶; asimismo, en esferas como la moral pública, en que la situación cambia de acuerdo a las ideas prevalecientes en la sociedad, la Corte Europea había sostenido que sería absolutamente imposible obtener una absoluta precisión en la formulación de las leyes³⁷. Sin embargo, su jurisprudencia más reciente indica que uno de los requerimientos que surge de la expresión *prescrita por la ley* es precisamente el de hacer que determinadas consecuencias sean predecibles; por consiguiente, una norma no puede considerarse como *ley*, a menos que esté formulada con suficiente precisión como para permitir a un ciudadano ajustar su conducta de acuerdo a lo prescrito en esa norma, estando en capacidad de prever las consecuencias que su acción puede acarrear³⁸. Pero la Corte Europea continúa admitiendo que, aunque la certeza es altamente deseable, esto es algo que puede generar demasiada rigidez, en circunstancias en que la ley debe estar en capacidad de adaptarse a circunstancias cambiantes; de modo que la Corte acepta que muchas leyes inevitablemente están redactadas en términos que, en mayor o menor grado, son vagas, y cuya interpretación y aplicación es una cuestión que irá definiendo la práctica; en su opinión, el nivel de precisión requerido de la legislación doméstica -que según la Corte no puede prever todas las eventualidades- depende del contenido del instrumento en cuestión, del ámbito que está previsto que cubra, y de la condición de aquellos a quienes está dirigido; en este sentido, debido a la naturaleza general de las disposiciones constitucionales, el grado de precisión requerido de ellas puede ser más bajo que el que se demanda de la legislación³⁹.

34. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ahmed and others v. The United Kingdom*, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 46.

35. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, Sentencia del 23 de abril de 1992, párrafos 35 al 37.

36. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, Sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 30.

37. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 29. Cf., también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 45.

38. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 34.

39. Cf., *Ibidem*.

Por otra parte, a partir de lo señalado por la Corte Europea en el caso *Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, en el sentido que esta garantía intenta evitar una interferencia *arbitraria* con la libertad de expresión⁴⁰, esta disposición se invocó en el caso *Tolstoy Miloslavsky*, en que el afectado había sido condenado en un proceso por difamación a pagar, como indemnización, la suma de 1 millón y medio de libras esterlinas. Si bien el afectado no negó que la indemnización, apreciada discrecionalmente por el jurado, tenía fundamento en el Derecho inglés, sostuvo que dicha ley no le permitía prever, en una apreciación razonable del mismo, que el monto de esa compensación podría ser tal alto como un millón y medio de libras esterlinas; en su opinión, al momento de emitirse dicha sentencia no existía en el Derecho inglés un principio reconocido que exigiera que la compensación guardara proporción con el propósito de reparar el daño causado a la reparación del demandante; además, señaló que hubiera sido imposible para sus asesores legales predecir una compensación de esa magnitud, teniendo en cuenta que ella era tres veces mayor que el monto otorgado previamente por un jurado en casos por difamación, y que incluso era sustancialmente mayor que la compensación acordada en un caso por lesiones a un demandante que hubiera sufrido una extremadamente severa incapacidad física o mental⁴¹. Sin embargo, la Corte Europea tuvo en consideración que éste era un caso excepcionalmente grave de difamación, en que incluso el abogado del demandado y el demandado mismo habían aceptado, durante la audiencia en los tribunales ingleses que, si se determinaba que había habido difamación, el jurado tendría que conceder una cifra considerable a título de compensación; asimismo, el tribunal europeo aceptó que la legislación nacional para el cálculo de los daños a la reputación en un caso por difamación deben considerar una amplia variedad de situaciones de hecho, por lo que debía admitirse que un grado considerable de flexibilidad puede ser necesario para permitir al jurado apreciar el monto de los daños en un caso particular; por consiguiente, la Corte Europea rechazó que la noción de que una interferencia con la libertad de expresión esté *prescrita por la ley* deba interpretarse en el sentido de permitir al afectado, incluso con asistencia legal apropiada, poder anticipar, con cualquier grado de certeza, el monto de la compensación que pueda acordarse en su caso particular, y consideró que las normas legales relevantes para la determinación de la compensación en juicios por difamación habían sido formuladas con suficiente precisión⁴².

2. La accesibilidad o publicidad de la norma

El principio de reserva legal carecería de toda relevancia si, como en *El Proceso*, de Kafka, las leyes formaran parte de una esfera misteriosa, desconocida, e inaccesible para los ciudadanos comunes. En consecuencia, no basta con que una determinada restricción de la libertad de expresión esté basada en la ley si, paralelamente, no se sabe cuál es esa base legal. Sobre este particular, la Corte Europea de Derechos Humanos ha incorporado la noción de *accesibilidad* de la norma, en el sentido de su publicidad o de que pueda ser conocida por los ciudadanos, a fin de permitirles adaptar su conducta a la

40. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, Sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 47.

41. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafo 38.

42. Cf., *ibid.*, párrafos 40, 41, y 44.

misma. Pero, si bien este requisito normalmente se cumplirá con la publicación de la norma en cuestión en una gaceta o boletín oficial del Estado, el tribunal europeo ha aceptado que, en el caso de textos muy extensos y de carácter técnico, simplemente se proporcione información sobre el sitio en el cual se pueden encontrar y consultar los mismos. Según la Corte, esta es una materia que depende del contenido del instrumento en cuestión, de la esfera que está dirigido a cubrir, del número de personas a quienes afecta, y de la condición de las mismas; en el caso *Groppera*, el citado tribunal observó que las disposiciones pertinentes del Derecho internacional de las telecomunicaciones eran muy complejas y de un alto contenido técnico (más de mil páginas), que ellas estaban dirigidas a especialistas que sabían como obtenerlas, y que podían consultarse en las oficinas de la Administración de Correos y Telecomunicaciones en Berna, o que podían obtenerse de las oficinas de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en Ginebra⁴³.

3. Las existencia de garantías procesales

También se ha sugerido que el requisito que comentamos no estaría suficientemente satisfecho con la mera circunstancia de que la restricción que se invoca se encuentre formalmente prevista por la ley, sino que sería indispensable que esa restricción sea aplicada en el marco de un procedimiento judicial, en el que el afectado disponga de suficientes garantías para hacer valer sus derechos. Este requisito resulta especialmente pertinente en el caso de la Convención Americana, que sólo permite la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores, las cuales deben establecerse sobre la base del Derecho, teniendo en cuenta las garantías judiciales que la misma Convención consagra. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las personas que, como resultado del ejercicio de la libertad de expresión, se consideren lesionadas en su honra o su dignidad, cuentan con recursos adecuados en los tribunales de justicia⁴⁴. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, para que pueda establecerse válidamente la responsabilidad por eventuales abusos de la libertad de expresión, según la Convención es preciso que se reúnan varios requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines⁴⁵. Pero, obviamente, cualquier responsabilidad derivada del ejercicio de la libertad de expresión debe ser establecida por los tribunales, observando las debidas garantías.

Este argumento se invocó en el caso *Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, en que, de conformidad con la ley, las autoridades habían confiscado la edición número 267 de una publicación semanal holandesa, por considerar que su difusión podía infringir el art. 98 del Código Penal holandés y comprometer la seguridad nacional; como

43. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 68.

44. Cf., Caso n° 11.230, 3 de mayo de 1996, *Francisco Martorell vs. Chile*, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre casos particulares, n° 11/96, párrafo 69.

45. Cf., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, n° 5, párrafo 39.

dicha confiscación no fue seguida de una acusación criminal en contra de los responsables de la publicación del semanario, éstos alegaron que, para que la mencionada restricción de la libertad de expresión fuera compatible con la exigencia de estar prescrita por la ley, era necesario que dicha medida se dispusiera en el contexto de un procedimiento criminal puesto que, dada la importancia de la libertad de expresión, sólo ese tipo de procedimiento proporcionaba suficientes garantías. Por el contrario, en el presente caso el fiscal había obtenido la orden judicial para confiscar la ya referida publicación sin tener que probar, en un procedimiento contradictorio, que la información cuya divulgación se estaba impidiendo comprometía la seguridad nacional y debía mantenerse secreta⁴⁶. Si bien la Corte Europea de Derechos Humanos no acogió enteramente este argumento, pues consideró que la exigencia de que toda restricción de la libertad de expresión deba estar prescrita por la ley no impide ordenar la confiscación o el retiro de la circulación de un material impreso, al margen de un procedimiento criminal; en opinión de la Corte, las autoridades nacionales deben estar en capacidad de adoptar ese tipo de medidas para evitar la divulgación de secretos sancionados por la ley sin tener que iniciar una acción penal en contra del responsable, siempre que la legislación nacional le proporcione al afectado suficientes garantías procesales para objetar dicha medida, como en efecto ocurría en este caso⁴⁷. En un caso más reciente, la Corte Europea ha rechazado que se pueda exigir a una persona probar la veracidad de sus afirmaciones y, al mismo tiempo, privarla de una oportunidad efectiva para presentar evidencia en tal sentido, demostrando el carácter apropiado de sus comentarios⁴⁸. Asimismo, en el caso de la Asociación Ekin contra Francia, en que la autoridad administrativa prohibió la circulación de un libro editado en el extranjero sin un control jurisdiccional previo, debiendo esperar más de nueve años antes de que se produjera una decisión judicial definitiva sobre la legalidad de dicha medida, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la duración de ese procedimiento lo privaba de toda eficacia, y que el control jurisdiccional existente en materia de prohibición administrativa de publicaciones no reunía las garantías suficientes para evitar abusos⁴⁹.

La ausencia de garantías judiciales al adoptar medidas restrictivas de la libertad de expresión también ha sido considerada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente en el caso *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*⁵⁰. En este caso, la legislatura del estado de Rhode Island había creado una comisión para estimular la moral en la juventud, la cual tenía el deber de educar al público en lo relativo a libros, fotografías, panfletos, papeles impresos, u otros materiales que contuvieran un lenguaje obsceno, indecente o impuro, o que manifiestamente tuvieran la tendencia de corromper a la juventud. El procedimiento adoptado por la referida Comisión incluía una notificación al distribuidor de la publicación indicándole que ciertos libros o revistas distribuidos por él habían sido revisados por la Comisión y que se había declarado que los mismos eran inapropiados para su venta, distribución, o exhibición a menores de 18 años de edad, por lo que se requería su cooperación; listas de esas publicaciones inapropiadas se

46. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, Sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafo 30.

47. Cf., *ibid*, párrafo 32.

48. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, Sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 46.

49. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, Sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 61.

50. Cf., *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963).

hacían llegar a las estaciones de policía, y la Comisión tenía el deber de recomendar al Fiscal General que instruyera un procedimiento penal en contra de quienes compraran material pornográfico⁵¹. El efecto de tales notificaciones -con la amenaza implícita de una acusación penal- era intimidar a los distribuidores de esas publicaciones, los cuales se abstendían de tomar nuevas órdenes respecto de las publicaciones proscritas, cesaban de vender las copias que tenían a su disposición, retiraban de los minoristas las copias no vendidas y las devolvían a sus editores; en consecuencia, las actividades de la Comisión se traducían en la supresión de la venta y de la circulación de las publicaciones mencionadas en las listas antes referidas, las cuales incluían publicaciones no obscenas. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el esquema diseñado por el estado de Rhode Island constituía una forma de censura gubernamental, desprovista de las garantías constitucionales del debido proceso requeridas para regular la obscenidad; el tribunal recordó decisiones anteriores suyas, señalando, en primer lugar, la complejidad de lo que determina la obscenidad, y la necesidad vital de que, al establecer su presencia, se apliquen las garantías que eviten negar la protección de la libertad de expresión respecto de materiales que no tratan el sexo de una manera que apela a los intereses lascivos y, en segundo lugar, la circunstancia de que la garantía constitucional del debido proceso no deja a los estados en libertad para adoptar cualquier procedimiento que les plazca para determinar el carácter obsceno de un determinado material, sin considerar las posibles consecuencias que eso pueda tener respecto de expresiones constitucionalmente protegidas⁵². En opinión de la Corte, citando lo dicho por ella misma en *Speiser v. Randall*⁵³, la línea entre la expresión constitucionalmente protegida y expresiones que legítimamente pueden ser reguladas está muy finamente dibujada, por lo que la separación de las expresiones legítimas de aquellas que son ilegítimas requiere la utilización de herramientas muy sensibles⁵⁴. Como correctamente observa la Corte, al obviar la necesidad de emplear sanciones penales, el estado eliminó, al mismo tiempo, las garantías del proceso penal; de manera que, como cualquier sistema de censura previa es visto con desconfianza y se presume que es constitucionalmente inválido, tal sistema es tolerado sólo si opera bajo una estricta supervisión judicial que determine la validez de dicha restricción⁵⁵. Por el contrario, el informal sistema de censura administrativa instaurado en el estado de Rhode Island no contemplaba nada de lo anterior, y sólo permitía especular si las publicaciones incluidas por la Comisión en la lista de material censurable habían sido consideradas obscenas o simplemente perjudiciales para la moral de la juventud.

La Corte Suprema de los Estados Unidos también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de garantías procesales en los casos en que haya razones para censurar la correspondencia de los reclusos. En efecto, en el caso *Procurier v. Martínez*, la Corte señaló que la decisión de censurar, o de retener una carta, debe estar acompañada por garantías procesales mínimas, entre las que se menciona el que recluso sea notificado de esa medida, ya sea que se trate de correspondencia enviada por él o dirigida a

51. Cf., *Ibidem*.

52. Cf., *Ibidem*.

53. Cf., *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).

54. Cf., *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963). Además de *Speiser v. Randall*, la jurisprudencia citada por el tribunal incluye *Alberts v. California*, 354 U.S. 476 (1957), *Marcus v. Search Warrant*, 367 U.S. 717 (1961), *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), *Winters v. People of State of New York*, 333 U.S. 507 (1948), y *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963).

55. Cf., *Ibidem*.

éste, y que se otorgue al autor de la carta una oportunidad razonable de objetar esa decisión, pudiendo dirigirse a una persona distinta al oficial de la prisión que la desaprobó⁵⁶. Asimismo, en el caso de una ley del estado de Texas, que, sobre la base de que en el pasado se habrían exhibido películas obscenas en una determinada sala de cine, permitía suspender en forma indefinida la exhibición de películas en esa misma sala, sin una determinación judicial previa sobre su obscenidad, y sin una garantía de un pronunciamiento judicial pronto y expedito sobre su probable obscenidad, la Corte entendió que esa ley era inconstitucional porque carecía de las garantías procesales indispensables⁵⁷.

Sin duda, si el autor de una publicación ha incurrido en algún exceso en cuanto al tipo de mensaje que transmite, debe responder por su temeridad; pero también debe contar con todas las garantías judiciales indispensables para defender su derecho a expresarse. Después de todo, la libertad de expresión es un derecho fundamental, que tiene un carácter preferente frente a otros derechos, que se levanta como una barrera frente al poder estatal, y que -a menos que se le pretenda vaciar de contenido- no puede verse avasallado sin que se alegue una razón legítima, cuya existencia sea debidamente establecida por una instancia judicial.

II. LOS PROPÓSITOS QUE SE CONSIDERAN LEGÍTIMOS

La legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión es un asunto de la mayor importancia práctica, pues es en función de ella que debe evaluarse el contenido de las leyes, las cuales deben guardar relación con los propósitos que se consideran legítimos. En este sentido, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa ha resalta-do la importancia que tiene el que las restricciones a que los Estados puedan someter los derechos humanos sean sólo las que estén expresamente previstas por la ley, y que se apliquen de manera compatible con las obligaciones que esos Estados han contraído de acuerdo con el Derecho Internacional⁵⁸. El sentido finalista de estas restricciones es de particular importancia, y pone de relieve el que los Estados no pueden restringir la libertad de expresión con el propósito de anular el ejercicio de la misma. Sin embargo, el mero hecho de que una interferencia con la libertad de expresión persiga alguno de los objetivos legítimos no implica, por sí solo, que esa restricción sea legítima, o que sea necesaria en una sociedad democrática, y que no esté sujeta a control internacional.

Sin duda, regular cualquier forma de expresión entraña un peligro inherente para la plena vigencia de esta libertad, por lo que toda reglamentación o restricción de la misma debe confinarse a un ámbito muy limitado, en el que la intervención del Estado esté justificada como resultado de un interés legítimo prevaleciente. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la Convención Americana no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella consagra sean lícitas; además, se requiere que esas leyes se dicten

56. Cf., *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

57. Cf., *Vance v. Universal Amusement Co.*, 445 U.S. 308 (1980). Cf., también, *Freedman v. Maryland*, 390 U.S. 51 (1965).

58. Cf., el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, del 29 de junio de 1990, párrafo 24.

*por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*⁵⁹. Citando la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte ha expresado que el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del *bien común*, noción a la cual se hace referencia en el art. 32 N° 2 de la Convención, y que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad⁶⁰.

Para que una restricción de la libertad de expresión sea legítima, ella debe estar dirigida a proteger alguno de los derechos o intereses específicamente mencionados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos hay absoluta coincidencia en cuanto a los propósitos que autorizan restringir el ejercicio de la libertad de expresión; en ambos casos esos objetivos incluyen: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, c) la protección del orden público, d) la protección de la salud pública y e) la protección de la moral pública. El art. 10 N° 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos menciona otros elementos, tales como la integridad territorial del Estado, la seguridad pública, la necesidad de evitar la divulgación de información recibida en confidencia, y la necesidad de mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial; además, el art. 16 de la Convención Europea dispone que nada de lo previsto en el art. 10 (al igual que en los artículos 11 y 14) será considerado como un obstáculo para imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. El análisis de estas circunstancias será examinado más adelante, explorando si ellas están implícitas en las ya previstas por el Pacto y por la Convención Americana, o si, por el contrario, se trata de circunstancias distintas y adicionales a las anteriores. En cuanto a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el art. 29 indica que los derechos y las libertades de cada persona se ejercen respetando los derechos de los demás, la seguridad colectiva, la moral, y el interés común, y señala la necesidad de velar por la preservación y el fortalecimiento de los valores culturales africanos positivos. A título ilustrativo, debe observarse que, en el art. 5 del proyecto de Declaración sobre Libertad de Información, aprobado por el Consejo Económico y Social de la ONU, se señala que ésta no puede ejercerse en oposición a los principios y propósitos de las Naciones Unidas, y que sólo podrá estar sujeta a las *limitaciones* que establezca la ley con el único propósito de lograr el debido reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la seguridad nacional, el orden público, la moral, y el bienestar general en una sociedad democrática.

Todas estas listas son exhaustivas, sin que se les puedan añadir otros elementos considerados igualmente importantes; en consecuencia, cualquier consideración que no se encuentre expresamente prevista en ellas es absolutamente inadmisibles, y constituye una interferencia indebida con la libertad de expresión. No obstante, debe observarse que los criterios excesivamente ambiguos contemplados en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, tales como *moral, interés común, o la preserva-*

59. Cf., *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986*, párrafo 28.

60. Cf., *ibid.*, párrafo 29.

ción y el fortalecimiento de los valores culturales africanos positivos, por su falta de precisión, si bien no podría decirse que constituyen una violación del principio de legalidad, se apartan ostensiblemente de lo que es la esencia del mismo. Aunque en menor medida, este problema también se plantea en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, particularmente en lo que se refiere a la interpretación extensiva que se puede hacer de los conceptos de *moral pública* y de *orden público*, que se pueden prestar para hacer aplicables esas restricciones a los intereses sociales o culturales del Estado, o incluso a la protección de una determinada religión⁶¹; en el mismo sentido, y aunque haya sido superada por instrumentos vinculantes y de mayor entidad, también es bueno recordar la ambigüedad e imprecisión de algunos conceptos utilizados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 29 N° 2 expresa que el ejercicio de los derechos humanos está sujeto a las limitaciones establecidas por la ley con el objeto de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer *las justas exigencias de la moral*, del orden público, y del *bienestar general* en una sociedad democrática.

Estas imprecisiones han permitido que, en el caso de una condena penal que, según el gobierno, tenía por objeto proteger el orden público y la seguridad nacional, el afectado haya alegado ante la Corte Europea de Derechos Humanos que de la sentencia dictada en su contra se desprendería que el objeto de la interferencia con su libertad de expresión no habría sido ninguno de los anteriores sino preservar el honor del gobierno; en este mismo caso, una sentencia del Tribunal Constitucional español también había subrayado que la seguridad del Estado podía verse comprometida por actos dirigidos a *desacreditar las instituciones democráticas*. En este caso, la Corte Europea observó que el señor Castells no solamente describía en su artículo de prensa una situación sumamente grave, caracterizada por numerosos asesinatos cometidos en el país Vasco, sino que se quejaba de la inactividad de las autoridades -y en particular de la policía-, acusándolos de colusión con los responsables de esos asesinatos y sugiriendo que los responsables estaban en el gobierno; bajo esas circunstancias, la Corte Europea consideró que las medidas adoptadas en contra del afectado lo habían sido para la prevención del desorden, y no solamente para la protección de la reputación de otros⁶². En realidad, no es extraño que una misma medida persiga dos o más de los propósitos antes referidos. En el caso *Karatas*, en que Turquía condenó a prisión y al pago de una multa al autor, de origen kurdo, de una antología de poemas que se consideraba que constituía propaganda en contra de *la unidad indivisible del Estado*, disponiendo además la confiscación de la publicación en cuestión, teniendo en cuenta lo sensible de la situación en el sudeste de Turquía, la Corte Europea de Derechos Humanos admitió que esas medidas podían perseguir algunos de los objetivos mencionados por el gobierno turco, y en particular la protección de la seguridad nacional, de la integridad territorial, y de la prevención del desorden y el delito⁶³.

61. Cf., en este sentido, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, El derecho a la libertad de opinión y de expresión, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 76.

62. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, Sentencia del 23 de abril de 1992, párrafos 38 y 39.

63. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 44. El título de la obra objetada es *La canción de la rebelión - Dersim*; en la misma se glorificaba la rebelión armada en el Kurdistán y se propiciaba la independencia de esa región.

Pero también es importante subrayar que, según el art. 30 de la Convención Americana, las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren *por razones de interés general* y con el propósito para el cual esas restricciones han sido establecidas. Por consiguiente, no es legítimo que, con el pretexto de alguno de los propósitos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, se adopten medidas ideológicamente motivadas, que restrinjan el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado como incompatibles con la libertad de expresión -y con la vigencia de un sistema democrático representativo de gobierno- la existencia de figuras delictivas que sancionan a una persona solamente en razón de sus creencias⁶⁴; asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha condenado la existencia de disposiciones constitucionales que, como en el caso del art. 71 de la Constitución paraguaya de 1967, prohibía predicar el odio entre los paraguayos, o la lucha de clases, o hacer la apología del crimen o la violencia, y que, en opinión de la Comisión, había sido empleada repetidamente para silenciar simples expresiones de disconformidad de la oposición⁶⁵. Según la Comisión Interamericana, la *seguridad nacional*, el *orden público*, o la *salud o la moral públicas*, no constituyen conceptos vacíos que el Estado pueda determinar libre o arbitrariamente, sino que configuran lo que la doctrina jurídica conoce como conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido se puede precisar utilizando las reglas de la razonabilidad y de la sana lógica, y cuya interpretación sólo permite una solución justa⁶⁶. Pero referirse a una *solución justa* resulta incluso más ambiguo que los conceptos que se desea interpretar; de manera que, tal vez, sería más adecuado señalar que esos conceptos deben interpretarse en el contexto del tratado respectivo, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Un peligro implícito en las consideraciones antes referidas radica en que, invocando formalmente alguno de los propósitos que permiten restringir legítimamente la libertad de expresión, en realidad se persiga un objetivo diferente, que no está previsto entre aquellos que se consideran legítimos. En este sentido, en el caso: *Karatas*, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que el afectado había sido condenado no tanto por haber incitado a la violencia, sino por haber diseminado propaganda separatista, refiriéndose a una región de Turquía como el Kurdistán, y por haber glorificado el movimiento insurreccional en esa región⁶⁷. En estas circunstancias, cualquier restricción de la libertad de expresión resulta arbitraria, e incompatible con las normas internacionales que la regulan; por consiguiente, sin perjuicio de la deferencia que se debe conceder al Estado cuando éste alega alguno de los motivos que le faculta restringir la libertad de expresión, también es indispensable formular criterios que permitan detectar aquellos casos en que se coarta esta libertad con un propósito ilegítimo, tarea que ciertamente no es sencilla, debido al carácter subjetivo de muchos

64. Cf., el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondiente a 1973*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1974, p. 29.

65. Cf., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1987, p. 71.

66. Cf., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso 11.803, *Chile*, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 76.

67. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 52.

de los propósitos señalados en los instrumentos internacionales que comentamos, pero que no por eso podemos eludir. En particular, al buscar los indicios de la verdadera motivación de una medida restrictiva de la libertad de expresión, debe considerarse las circunstancias en que se adoptó esas disposiciones, y la forma en que ellas han sido aplicadas.

Pero vale la pena insistir en que no es suficiente que una determinada restricción se imponga por razones de interés general si al mismo tiempo no persigue uno de los propósitos legítimos específicamente señalados previamente. Las cadenas de radio y televisión, tan frecuentes en nuestros países, en cuanto imponen al propietario del medio de comunicación la carga de transmitir gratuitamente un mensaje oficial, constituyen una restricción de la libertad de expresión que, sin duda, está sustentada en razones de interés general; pero si paralelamente no tienen como objetivo asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, la protección del orden público, la protección de la salud o de la moral pública, constituyen una interferencia ilegítima con la libertad de expresión, no permitida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni por la Convención Europea de Derechos Humanos, ni por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, un decreto del gobierno de Venezuela, que con el propósito de velar por el *patrimonio artístico nacional*, del cual *la música venezolana es una manifestación importante*, impone a las estaciones de radiodifusión sonora la obligación de incluir en sus programaciones musicales diarias como mínimo, un 50% de música venezolana⁶⁸, no corresponde a ninguno de los propósitos previstos como legítimos en los instrumentos internacionales antes referidos y, por lo tanto, es incompatible con los mismos.

Aunque en esta materia la Corte Suprema de los Estados Unidos ha adoptado un enfoque diferente, que somete el ejercicio de la libertad de expresión a las restricciones que sean razonables, relativas a la oportunidad, el lugar, o la forma en que deseemos hacer uso de la misma, dicho tribunal ha subrayado que la aplicación de esta regla no puede estar basada en el contenido -o en el tema- de la expresión, ni puede estar abierta a la arbitrariedad; por consiguiente, la misma no admite su aplicación discrecional, pues ello podría conducir a la supresión de una idea o de un punto de vista particular⁶⁹. En consecuencia, en la medida en que esas restricciones no pueden atacar la esencia de la libertad de expresión, puede decirse que el resultado es exactamente el mismo que se persigue en los instrumentos internacionales que comentamos.

Lo que obviamente escapa al ámbito de los propósitos que se consideran legítimos es la existencia de sistemas jurídicos que constitucionalmente asumen determinadas concepciones del Estado y de la vida pública, incorporando principios ideológicos o religiosos que no permiten el disenso o la expresión de ideas o creencias diferentes. Sobre este particular, se ha señalado que, para que la libertad de expresión sea efectiva, su ejercicio no debe estar vinculado a una determinada concepción de la vida pública pues, conforme al art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

68. Cf., el decreto n° 598, del 3 de diciembre de 1974, publicado en la *G.O.* de la República de Venezuela del 9 de enero de 1975. Es interesante observar que la recientemente aprobada Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de 12 de junio de 2000, en su art. 208, n° 4, ha ratificado la vigencia de dicho decreto.

69. Cf., por ejemplo, *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

Políticos, permitir la expresión de *ideas de toda índole* es una condición esencial para una verdadera libertad de expresión⁷⁰.

III. SU PROPORCIONALIDAD

Cualquier restricción de la libertad de expresión debe ajustarse estrictamente a lo que sea necesario para alcanzar el propósito legítimo que se persigue. Pero la circunstancia de que se persiga un fin legítimo no justifica recurrir a cualquier medio para lograrlo; tanto los fines como los medios deben ser igualmente legítimos, y ninguna medida restrictiva de la libertad de expresión puede interferir con ella substancialmente más de lo que sea estricta y razonablemente necesario. La demanda de proporcionalidad entre la interferencia a que se somete la libertad de expresión y los bienes jurídicos que se desea proteger impone a las autoridades del Estado la necesidad de poner en la balanza intereses contrapuestos e igualmente dignos de protección, debiendo determinar cuál es el que debe tener prioridad.

En el caso *News Verlags*, al pronunciarse sobre la falta de proporcionalidad de una decisión judicial que prohibía a una revista publicar la fotografía de una persona en conexión con el reportaje de procedimientos penales seguidos en su contra, la Corte Europea de Derechos Humanos parece haber tenido en consideración no sólo la circunstancia de que esa medida era lo suficientemente amplia como para prohibir la publicación de su foto independientemente del texto que la acompañara, sino que el carácter discriminatorio de la misma hacía que no hubiera proporcionalidad entre dicha medida y el fin legítimo que se perseguía; en efecto, el resto de los medios de comunicación pudo hacer uso indiscriminado de esa fotografía durante el curso de los procedimientos penales en contra del acusado⁷¹.

En todo caso, es conveniente subrayar que este requisito resulta aplicable no sólo a las medidas dirigidas a evitar que se difunda un mensaje que pueda amenazar alguno de aquellos intereses cuya protección permite restringir la libertad de expresión, sino también a las sanciones posteriores que se puedan disponer como resultado del ejercicio abusivo de esa libertad, las cuales deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. En tal sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la condena penal de los periodistas no constituye un medio razonablemente proporcionado para procurar alguno de aquellos objetivos legítimos que autorizan restringir la libertad de expresión, pues también debe tenerse en cuenta el interés de una sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa⁷². El mismo tribunal ha indicado que la compensación dispuesta en un juicio por difamación debe ser una suma proporcionada al daño causado. En efecto, en un caso en que, en un juicio por difamación, se acordó una indemnización de un millón y medio de libras esterlinas, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que un jurado no está en libertad de fijar el

70. Cf., E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 32.

71. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafos 47 y 59.

72. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire du Roy et Malaurie c. France*, Sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 37.

monto que le plazca a título de compensación, y que, de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos, una indemnización por difamación debe guardar una razonable relación de proporcionalidad con el daño sufrido por la reputación de la persona agraviada; en el presente caso, el tribunal europeo observó que la suma acordada a título de compensación era tres veces mayor que la más alta compensación otorgada previamente en Inglaterra, sin que se hubiera otorgado una indemnización comparable desde que se dictó la sentencia respectiva, y que una compensación de esa magnitud debía ser objeto de especial análisis, debido a que el Derecho interno no contemplaba la garantía de una razonable relación proporcionalidad entre dicha compensación y el propósito legítimo que se perseguía con ella⁷³.

Vista desde otro ángulo, para que una medida restrictiva de la libertad de expresión sea legítima, debe haber una relación directa entre los fines que se persiguen y el medio empleado para alcanzarlos; en consecuencia, dicha restricción debe ser un medio eficaz para lograr esos fines, sin interferir con la libertad de expresión más allá de lo que sea estrictamente necesario. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando se trata de restricciones que interfieren con la difusión de juicios de valor, esa relación de proporcionalidad entre medios y fines puede depender de que exista una suficiente base fáctica que sirva de sustento a esos juicios de valor⁷⁴; asimismo, la Corte ha subrayado que la proporcionalidad de una interferencia con la libertad de expresión puede depender de la oportunidad que se le haya brindado a la persona afectada por la misma para demostrar que lo afirmado por ella constituía un comentario apropiado (*fair comment*)⁷⁵. Por el contrario, la Corte Europea ha aceptado que las autoridades del Estado, como responsables del orden público, puedan adoptar medidas, incluso de naturaleza penal, para reaccionar *apropiadamente y sin exceso* ante los ataques y las críticas injustificadas de sus adversarios⁷⁶; pero debe observarse que el tribunal parece restringir este tipo de medidas sólo a aquellos casos en que tales expresiones inciten a la violencia en contra de un individuo, de un funcionario público, o de un sector de la población⁷⁷. Además, el tribunal europeo ha señalado que al ponderar la proporcionalidad de la medida adoptada por el Estado, cuando ésta consista en sanciones penales, también debe tenerse en cuenta la severidad de las mismas⁷⁸. Sin embargo, el juez Bonello -de la Corte Europea de Derechos Humanos- considera que, en una sociedad democrática, la sanción penal de aquellos que estimulan la violencia sólo puede estar justificada si el mensaje tiene el efecto de producir un peligro claro y presente; pero, en su opinión, cuando la invitación al uso de la fuerza se presenta en forma intelectualizada, abstracta, y remota en términos de tiempo y espacio del lugar de un foco de conflicto actual o inminente, la libertad de expresión conserva su carácter fundamental y debe prevalecer⁷⁹.

73. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafos 49 y 55.

74. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, Sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 43.

75. Cf., *ibid.*, párrafo 46.

76. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.

77. Cf., *Ibidem*.

78. Cf., *ibid.*, párrafo 62.

79. Cf., su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999.

Por su trascendencia, a este elemento se hace referencia en el documento de Copenhague sobre la dimensión humana de la seguridad y cooperación en Europa, en el que la OSCE indicó que cualquier restricción a los derechos y libertades debe relacionarse con alguno de los objetivos de la ley pertinente, y debe ser *estrictamente proporcionada* a ese objetivo⁸⁰. Esa proporcionalidad debe medirse en una doble dimensión: por una parte, las medidas adoptadas para restringir la libertad de expresión deben ser proporcionadas al bien jurídico que se pretende proteger; por la otra, este criterio supone un adecuado equilibrio entre la legitimidad de la expresión y la legitimidad de las restricciones a que se le quiere someter, lo cual implica un juicio de valor sobre el contenido del mensaje.

A juicio de los relatores especiales designados por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Organización de Naciones Unidas para examinar el derecho a la libertad de opinión y de expresión, la privación de libertad es una sanción manifiestamente desproporcionada, que no debería estar prevista en el ámbito de la libertad de expresión, salvo en los casos excepcionales en que exista un peligro manifiesto e inmediato de violencia⁸¹. En opinión de los relatores especiales, las sanciones que afectan la libertad de desplazamiento de las personas, o el ejercicio de sus actividades profesionales -tales como la prohibición de escribir o dirigir un periódico, la prohibición de enseñar, las dimisiones forzadas, o la obstrucción de los ascensos- plantean cuestiones de proporcionalidad y de necesidad democrática, a pesar de que ellas no son necesariamente aplicadas por los órganos del Estado sino que por grupos privados⁸². Por el contrario, el derecho de respuesta, entendido ya sea como sanción penal o como reparación civil, o la obligación de publicar el fallo condenatorio en un proceso por difamación no plantearían dificultades en cuanto a su proporcionalidad⁸³. Pero no obstante la frecuencia con que se le utiliza y el carácter radical que ella reviste, constituyendo una forma de censura, los relatores no se refieren a la confiscación de una publicación diseñada para ser distribuida entre el público, que tiene el efecto de la censura, y cuyas consecuencias adversas pueden no tener ninguna proporción con los legítimos intereses que esa medida pretende proteger. En otras palabras, lo que este principio requiere es asegurarse que el remedio no pueda ocasionar un mal mayor que el daño que se pretende evitar, y que para alcanzar el objetivo que se persigue se recurra a la medida menos restrictiva de la libertad.

De manera concordante con lo antes expuesto, el magistrado Tomás Vives Antón, del Tribunal Constitucional español, ha sostenido que el recurso a la vía penal es incompatible con la libertad de expresión pues, en su opinión, la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe y, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley. Si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que

80. Cf., el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, del 29 de junio de 1990, párrafo 24.

81. Cf., E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 83.

82. Cf., *ibid.*, párrafos 84 y 86.

83. Cf., *ibid.*, párrafo 148.

constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (a cuyo núcleo pertenece la crítica a personajes públicos) puede producir sobre ésta un *efecto de desaliento* que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones⁸⁴.

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha subrayado la necesidad de que la naturaleza y la severidad de las sanciones dispuestas en un caso particular sean factores que también se tomen debidamente en cuenta al evaluar la proporcionalidad de ese tipo de interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión; en este sentido, en el caso: *Karatas* el tribunal europeo se mostró sorprendido por el persistente empeño del fiscal en asegurar una sentencia condenatoria, y por la severidad de la pena impuesta al afectado, que había sido condenado a más de trece meses de prisión por la publicación de una antología de poemas que, aunque contenía pasajes particularmente agresivos en contra de las autoridades turcas, sólo podía tener un impacto limitado en un número reducido de lectores⁸⁵. Este criterio no fue compartido por algunos jueces de la Corte Europea, quienes *por contraste* citaron la letra de la Marsellesa como un ejemplo poético del llamado a las armas⁸⁶. Asimismo, el tribunal europeo ha subrayado la necesidad de que exista un adecuado equilibrio entre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y la conducta que con ellas se intenta rectificar; en este sentido, en el caso *Marônek v. Slovakia*, la Corte sostuvo que las razones invocadas por los tribunales domésticos para imponer una condena por difamación no parecían suficientemente convincentes como para justificar el relativamente alto monto de la compensación pecuniaria acordada a los demandantes pues, entre otras cosas, ellos habían sido objeto de un procedimiento disciplinario antes de la publicación de la carta abierta que dio origen al juicio por difamación; de manera que cualquier daño que ellos hubieran sufrido en este contexto no podía imputarse al peticionario, y no podía concluirse que había una relación razonable de proporcionalidad entre la medida aplicada por las autoridades nacionales y el propósito legítimo perseguido por ellas⁸⁷. En el mismo sentido, en el caso *Jersild v. Denmark*, la Corte sostuvo que el hecho que a un periodista se le hubiera impuesto una pequeña multa por producir y difundir un programa de televisión en el que sus entrevistados emitieron conceptos racistas no era relevante; lo que importaba es que el periodista fue condenado, y que esta medida era desproporcionada para lograr el objetivo de proteger la reputación o los derechos de otros⁸⁸. En el mismo sentido, en el caso *Lopes Gomes da Silva*, contrariamente a lo que sostenía el gobierno de Portugal, La Corte Europea indicó que lo relevante no era el carácter mínimo de la pena (de carácter puramente pecuniario) infligida al periodista, sino el hecho mismo de su con-

84. Voto particular que formula a la sentencia n° 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo n° 3696/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, n° 147 (suplemento).

85. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 49, 52, y 53. Si bien dichos poemas podían interpretarse como una incitación al odio, a la rebelión, y al uso de la violencia, la Corte llamó la atención sobre la naturaleza del medio empleado por el afectado -la poesía-, forma de expresión que, en opinión del tribunal, atraería sólo a una minoría de lectores.

86. *Cf.*, la opinión conjunta, parcialmente disidente, de los jueces WILDHABER, RIDRUEJO, PASTOR, COSTA, y BAKA, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999. En opinión de quien escribe estas líneas, esa apreciación atribuye a la Marsellesa una dimensión mucho mayor de la que tiene en cuanto expresión de un sentimiento revolucionario en marcha, y la confunde con la causa de la revolución.

87. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Marônek v. Slovakia*, Sentencia del 19 de abril de 2001, párrafos 58 y 59.

88. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, Sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafos 35 y 37.

dena, pues, considerando el interés de una sociedad democrática en preservar una prensa libre, la condena de los periodistas no representa un medio razonablemente proporcionado para procurar el objetivo legítimo que se perseguía⁸⁹.

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, una de las razones que justifica el reconocer a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación para determinar si una interferencia con la libertad de expresión es proporcionada al fin legítimo que persigue deriva de los *deberes y responsabilidades* que, según el art. 10 de la Convención Europea, entraña el ejercicio de esta libertad, los cuales asumen una significación especial al momento de restringir su ejercicio⁹⁰. En opinión de la Corte Europea, al revisar las decisiones de las tribunales nacionales, ella debe asegurarse que las sanciones impuestas a la prensa hayan sido estrictamente proporcionadas y requeridas por afirmaciones que traspasaron los límites de la crítica aceptable, pero sin privar de protección a las afirmaciones efectivamente amparados por el art. 10 de la Convención Europea; por consiguiente, el ejercicio de la libertad de expresión es un asunto complejo y delicado, por lo que una sanción impuesta a un periodista sólo se justifica si lo expresado por éste ha traspasado los límites de la crítica aceptable⁹¹.

En el caso de la confiscación de una película, no obstante que ella hacía permanentemente imposible que se pudiera exhibir en cualquier otro lugar distinto a la jurisdicción que la censuró, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que dicha medida no era desproporcionada en relación con el propósito legítimo que se perseguía, y que no podía interpretarse que el art. 10 de la Convención Europea prohibía la confiscación de objetos cuya utilización había sido declarada ilícita⁹². Pero, por otra parte, ese mismo tribunal ha señalado que el interés de una sociedad democrática en asegurar y mantener una prensa libre debe pesar decisivamente en la balanza al determinar si una restricción ha sido proporcionada al propósito legítimo que se persigue con ella⁹³. En su sentencia en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, en que las autoridades nacionales habían dispuesto que un periodista revelara la fuente de su información respecto de las dificultades financieras de una empresa, la Corte determinó que los intereses de esa empresa en eliminar de esta forma la amenaza residual de difundir información confidencial por medios distintos de la prensa, desenmascarando a un empleado desleal, y pudiendo demandarlo para obtener una compensación, incluso si se consideraban en forma acumulativa, no eran suficientes para superar la importancia del interés público en proteger las fuentes periodísticas, por lo que, en opinión de la Corte, no había una relación de proporcionalidad entre el legítimo objetivo que se perseguía mediante la orden de revelar la fuente y los medios empleados para alcanzarlo⁹⁴. Asimismo, en el caso *Ezelin*, en que un abogado fue objeto de sanciones disciplinarias por no haber manifestado su desacuerdo con los inmanejables incidentes que ocurrieron durante una manifestación

89. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Affaire Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, Sentencia del 28 de septiembre de 2000, párrafo 36.

90. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 43.

91. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, Sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 46.

92. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 57.

93. *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, Sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

94. *Cf.*, *ibid.*, párrafos 45 y 46.

en la que había participado, entendiendo que esa actitud era el reflejo de que dicha persona avalaba y apoyaba activamente tales excesos, aunque la Corte Europea admitió que dicha medida perseguía el propósito legítimo de prevenir el desorden, y si bien la pena impuesta se situaba en el nivel más bajo de las sanciones disciplinarias previstas en el decreto que regulaba el ejercicio de la profesión de abogado, el citado tribunal indicó que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la libertad de expresión y otros intereses no puede resultar en disuadir a los abogados de manifestar sus ideas o creencias por temor a sanciones disciplinarias⁹⁵.

En el caso de una publicación periódica respecto de la cual se dispuso una orden de prohibición de volver a publicar un artículo que, a partir de un incidente suficientemente comprobado pero posiblemente aislado, criticaba las prácticas comerciales de una empresa, la misma Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que, en una economía de mercado, una empresa inevitablemente se expone a una estricta vigilancia por parte de sus competidores; de manera que sus estrategias comerciales y su forma de cumplir sus compromisos pueden dar origen a críticas de parte de los consumidores y de la prensa especializada. El tribunal europeo admitió que, para llevar a cabo esta tarea, la prensa especializada debía poder revelar hechos que podían ser de interés para sus lectores, y contribuir a la transparencia de las actividades comerciales. Sin embargo, en una votación dividida nueve votos contra nueve, con el voto decisorio del Presidente, en este caso el tribunal consideró que incluso la publicación de asuntos que eran verdaderos y que describían eventos reales, podían, bajo ciertas circunstancias, estar prohibidos; además, una afirmación veraz puede estar calificada por observaciones adicionales, por juicios de valor, por suposiciones, o incluso por insinuaciones. Según la Corte, también debe reconocerse que un hecho aislado merece ser analizado muy de cerca antes de hacerlo público; de lo contrario, una descripción veraz de ese incidente puede dar la falsa impresión que éste es evidencia de una práctica general. De manera que, a juicio del tribunal, todos estos elementos podían contribuir legítimamente a la valoración de la afirmación hecha en un contexto comercial, pero que correspondía a los tribunales nacionales decidir qué afirmaciones podían permitirse y cuales no⁹⁶. En consecuencia, hay que inferir que en este caso, según la Corte Europea, la restricción a la libertad de expresión aplicada por los tribunales alemanes prohibiendo que se volviera a publicar la información contenida en uno de sus boletines, fue proporcionada al propósito de proteger los derechos de otros⁹⁷. Asimismo, en el caso *Rekvényi v. Hungary*, en que diversas disposiciones del Derecho húngaro -incluyendo normas constitucionales- restringían la participación política de los policías, la Corte Europea aceptó que el propósito de las mismas era despolitizar los cuerpos policiales, en un momento en que Hungría se estaba transformando de un régimen totalitario a una democracia pluralista, y que, en vista del compromiso que durante el período anterior la policía tenía con el partido gobernante, dicha restricción era necesaria, *inter alia*, para proteger la seguridad pública y para prevenir el desorden⁹⁸, y no constituía una medida que pudiera considerarse excesiva⁹⁹.

95. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafos 47 y 52.

96. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, Sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 35.

97. Cf., *ibid.*, párrafo 31.

98. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 39 y 41.

99. Cf., *ibid.*, párrafo 49.

o desproporcionada¹⁰⁰. El tribunal subrayó que los oficiales de policía están investidos de poderes coercitivos para regular la conducta de los ciudadanos, y que en algunos países pueden portar armas para el desempeño de sus funciones; además, la fuerza policial está al servicio del Estado, y los miembros del público tienen derecho a esperar que, en su trato con la policía, ellos se enfrenten con oficiales políticamente neutrales, que no están comprometidos en la refriega política; por consiguiente, la Corte estimó que el deseo de asegurar que el papel crucial de la policía en la sociedad no se vea afectado por la corrosión de la neutralidad política de sus oficiales es perfectamente compatible con principios democráticos, y persigue el objetivo legítimo de proteger, *inter alia*, la seguridad pública y la prevención del desorden¹⁰¹, por lo que las medidas que restringían la actividad política de los policías no eran desproporcionadas para lograr esos objetivos¹⁰². Por el contrario, en una decisión más reciente, en un caso en que se obligó a pagar una cuantiosa indemnización pecuniaria a los responsables de publicar por la prensa las entrevistas concedidas por quienes se habían sometido a operaciones de cirugía estética, en las que señalaban que después de las mismas habían quedado *desfiguradas*, que sus vidas habían sido *arruinadas*, que habían sido *mutiladas*, y que no habían contado con los cuidados necesarios después de la operación, la Corte Europea consideró que no había una razonable relación de proporcionalidad entre las restricciones a que, con dicha medida, se sometía a la libertad de expresión, y los legítimos objetivos que se perseguían¹⁰³; le sentencia impugnada imponía una indemnización pecuniaria cercana a los 5 millones de coronas noruegas que, según los afectados, era la más cuantiosa que se había concedido por los tribunales noruegos en un caso de difamación, y que tenía un efecto inhibitor en el ejercicio de la libertad de expresión¹⁰⁴.

La existencia de otros medios que hagan posible la difusión de determinadas informaciones o ideas es, también, otro elemento que la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido en consideración para establecer si una medida que restrinja la libertad de expresión es proporcionada al propósito que se persigue. En este sentido, en el caso *Jacobowski v. Germany*, en que los tribunales nacionales habían prohibido a una persona distribuir una circular que pretendía servir de respuesta a un comunicado de prensa emitido por sus antiguos empleadores y que ponía en duda su competencia profesional, el tribunal europeo observó que tal prohibición se refería solamente al método elegido para circular esa información, y que el afectado podía difundir sus opiniones y defenderse a sí mismo por otros medios (distintos de esa circular), por lo que no podía considerarse que esa medida, que interfería con su libertad de expresión, fuera desproporcionada¹⁰⁵.

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, no basta demostrar que el fin que se persigue con una restricción sea apremiante y que tenga carácter preferente frente a la libertad de expresión; también se requiere que los medios empleados para ello estén cuidadosamente diseñados para alcanzar esos fines sin interferir indebidamente con el

100. Cf., *ibid*, párrafo 50.

101. Cf., *ibid*, párrafo 41.

102. Cf., *ibid*, párrafo 50.

103. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, Sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 60.

104. Cf., *ibid*, párrafo 38.

105. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacobowski v. Germany*, Sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 29.

ejercicio de la libertad de expresión¹⁰⁶. En consecuencia, si se tiene en cuenta el carácter fundamental y preferente de la libertad de expresión, tampoco resulta razonable interpretar o aplicar esas restricciones de manera tan amplia que puedan desnaturalizar la esencia misma de la libertad de expresión. En este sentido, la doctrina de la *construcción excesivamente amplia* esbozada por la Corte, si bien no hace referencia expresa a esta circunstancia, apunta directamente a su falta de proporción con los fines que persiguen algunas medidas dirigidas a restringir la libertad de expresión. En relación con una resolución de las autoridades del aeropuerto internacional de la ciudad de Los Ángeles, que declaraba que cualquier actividad vinculada con la libertad de expresión constituía una contravención a los usos permitidos dentro del terminal aéreo y que la misma sería objeto de acciones legales, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que esta resolución cubría todo el universo de la actividad expresiva y que, al prohibir toda expresión protegida, estaba creando una *zona libre de libertad de expresión*¹⁰⁷; la mencionada resolución fue considerada inconstitucional, pues no se limitaba a regular la actividad expresiva que pudiera crear problemas para el funcionamiento adecuado del aeropuerto, tales como una congestión de sus actividades, sino que prohibía incluso el conversar o leer, o el uso de alguna insignia o de vestuario que tuviera un carácter simbólico, lo que permitía que cualquier persona que ingresara al aeropuerto pudiera ser acusada de violar esa resolución¹⁰⁸. No se podía concebir, a juicio del tribunal, ningún interés social que pudiera justificar una prohibición absoluta de la expresión como la antes referida¹⁰⁹. En este mismo sentido, el juez Blackmun ha reconocido la existencia de un legítimo interés estatal en prohibir la realización de actos sexuales en público *incluyendo una librería*, pero ha rechazado que el método adecuado para sancionar y disuadir tales actos sea cerrar la librería, en vez de arrestar a quienes los cometieron¹¹⁰.

En cuanto se refiere a medidas restrictivas de la expresión comercial, Lawrence Tribe ha observado que la doctrina de la expresión comercial representa un compromiso entre el derecho el derecho a transmitir y recibir información sobre los bienes y servicios disponibles con el derecho del Estado a regular las transacciones que recaigan sobre esos bienes y servicios¹¹¹; en este sentido, a partir de la autoridad del Estado para regular las transacciones comerciales, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha concluido que el Estado también pueda regular los mensajes comerciales, que inevitablemente están vinculados a esas transacciones¹¹². Sin embargo, el citado tribunal entiende que cuando su competencia disminuye cuando, más que los aspectos estrictamente comerciales, la actividad regulatoria que emprenda pueda atacar la sustancia de la información comunicada; la Corte Suprema ha sugerido que, debido a su *mayor rigidez*, derivada del afán de lucro que la inspira, en su caso probablemente disminuye el efecto inhibitor que genera toda regulación; a juicio del tribunal, cuando el Estado los mensajes comerciales para proteger a los consumidores de propaganda engañosa, fraudulenta, o agresiva, o cuando requiere divulgar información de interés para el consumidor, el propósito de esa restricción sería compatible con la garantía constitucional de la libertad

106. Cf., *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

107. Cf., *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

108. Cf., *Ibidem*.

109. Cf., *Ibidem*.

110. Cf., su opinión disidente, a la que se unieron los jueces BRENNAN y MARSHALL, en *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986).

111. Cf., *Constitutional Law*, 2d. edición, Little, Brown and Company, Boston/Toronto 1988, p. 903.

112. Cf., *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979).

de expresión; pero en el caso de regulaciones estatales que prohíben completamente anunciar, de cualquier manera, el precio de cualquier bebida alcohólica ofrecida para la venta dentro del Estado (excepto por las etiquetas o signos desplegados dentro de las instalaciones autorizadas para la venta de estas bebidas, y siempre que no sean visibles desde la calle), para lograr un objetivo que no está relacionado con la protección del consumidor, esta restricción debe ser vista con especial cuidado, y tales medidas no deberían ser aprobadas a menos que el mensaje comercial sea engañoso o esté relacionado con una actividad ilegal¹¹³; según la Corte, al evaluar la eficacia de una restricción para promover un interés público legítimo, no se puede aprobar una restricción de mensajes comerciales que proporciona un apoyo remoto o ineficaz a los propósitos gubernamentales; en consecuencia, corresponde al Estado el peso de la prueba de demostrar no solamente que su regulación promoverá la realización de ese interés público, sino también que lo hará en un grado substancial, particularmente cuando se ha recurrido a una medida tan drástica¹¹⁴. Es decir, debe haber una razonable correspondencia entre el objetivo que se persigue y el método empleado para lograrlo.

El medio empleado es, también, un aspecto esencial para determinar si una determinada restricción es proporcionada al fin que se persigue. En un caso en que la ley sancionaba como delito poner a disposición del público en general materiales que podían ejercer una influencia potencialmente dañina para los menores de edad, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que la medida dispuesta por la ley tenía un alcance excesivo y no era proporcionada al fin legítimo que se perseguía, puesto que negaba a los adultos su derecho a expresarse libremente (entendiendo esta libertad en su sentido más amplio, que comprende tanto la libertad de expresión como la de información), puesto que solamente les permitía tener acceso a aquellos materiales que eran aceptables para los niños, por lo que esa legislación no restringía razonablemente el mal que se quería evitar¹¹⁵. A juicio del tribunal, el Estado no puede reducir a la población adulta solamente a aquella información que es apropiada para los niños¹¹⁶; para subrayar lo desproporcionado de esa medida, la Corte sostiene que una regulación de esa naturaleza equivaldría a incendiar la casa para asar el cerdo¹¹⁷.

Por otra parte, la proporcionalidad de las medidas que interfieren con la libertad de expresión también se puede medir en función de la capacidad del mensaje que se objeta para, en efecto, amenazar el bien jurídico que se desea proteger. En el caso *Karatas*, en que Turquía había adoptado diversas medidas para sancionar la difusión de un mensaje que consideraba que constituía una incitación a la violencia y una amenaza para la unidad indivisible del Estado, la Corte Europea observó que el afectado había expresado sus puntos de vista a través de la poesía, que por definición está dirigida a una audiencia muy pequeña, en vez de hacerlo a través de los medios de comunicación de masas, circunstancia que limitaba en una medida substancial el potencial impacto de ese mensaje respecto de la seguridad nacional, el orden público, o la integridad territorial; en opinión del tribunal europeo, aunque algunos de los pasajes de esos poemas tuvieran un tono muy agresivo y parecieran invitar al uso de la violencia, el hecho de que ellos fueran de una naturaleza artística y de un impacto limitado reflejaría que eran la expresión

113. Cf., *44 Liquormart, Inc., et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

114. Cf., *Ibidem*.

115. Cf., *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

116. Cf., *ibid.*

117. Cf., *ibid.*

de una profunda angustia frente a las dificultades de una situación política determinada, más que un llamado al levantamiento popular, por lo que las medidas adoptadas para restringir ese mensaje eran desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática¹¹⁸.

En la medida en que las restricciones previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos son la excepción y no la regla, ellas tienen que aplicarse con prudencia, para no ir más allá de los propósitos que ellas pretenden proteger, y para evitar coartar indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que es el equilibrio entre la libertad de expresión, como principio general, y las limitaciones y restricciones a que ella pueda estar sometida lo que determina el ámbito real del derecho de la persona¹¹⁹. Asimismo, el citado Comité ha observado que cuando un Estado imponga ciertas condiciones o restricciones al ejercicio del derecho a expresarse, ellas no deben poner en peligro este derecho¹²⁰, con lo cual probablemente ha querido sugerir que no se debe afectar la esencia del derecho.

En último término, también debe tenerse en consideración que el principio de proporcionalidad se aplica no solamente al tipo de restricciones a que se puede someter la libertad de expresión, sino que también a la naturaleza de las sanciones que se puedan imponer al autor del mensaje; de manera que dichas sanciones tampoco pueden ser desproporcionadas o superfluas.

IV. SU NECESIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

De lo dicho hasta aquí resulta manifiesto que, en principio, en presencia de un peligro claro e inminente que amenace otros bienes jurídicos de especial relevancia, la libertad de expresión puede verse desplazada para preservar esos otros intereses. Sin embargo, a menos que se pretenda vaciar la libertad de expresión de todo contenido, esa necesidad tiene que demostrarse, y las restricciones que deriven de ella tienen que ser compatibles con una sociedad democrática. Por consiguiente, cualquier disposición que restrinja o coarte la libertad de expresión debe evaluarse teniendo en consideración, el núcleo esencial de la libertad de expresión, que consiste en el carácter intangible del debate político libre y abierto en una sociedad democrática, y que interesa a todos los miembros del cuerpo social.

1. Su estricta necesidad

Según Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la necesidad que es esencial para la legitimidad de una restricción no existe, a menos que la expresión pueda producir, o esté dirigida a producir, un peligro claro e inminente de

118. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 52 y 54.

119. Cf., *Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto*, Observación general 10, párrafo 3, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento n° 40 (A/38/40), Naciones Unidas, Nueva York 1983, p. 111

120. Cf., *ibid*, párrafo 4, p. 111.

algún daño sustantivo que el Estado tiene la facultad constitucional de tratar de evitar¹²¹. Para ese momento, el mencionado tribunal no había determinado cuándo un peligro podía considerarse claro, o qué tan remoto podía ser dicho peligro para que aún se considerara presente o inminente, ni qué grado de daño podía considerarse suficientemente sustantivo como para que se justificara recurrir a restringir la libertad de expresión como medio de protección; lo que sí es evidente es que, si el peligro no está actualmente presente, o si no es inminente, incluso la probabilidad de ese peligro resulta irrelevante. De modo que, en opinión del juez Brandeis, para llegar a conclusiones lógicas sobre esta materia había que tener en cuenta porqué un Estado normalmente no tiene la facultad de prohibir la diseminación de doctrinas sociales, económicas o políticas que la vasta mayoría de los ciudadanos considera falsas o cargadas de consecuencias negativas¹²². Lo dicho por Brandeis conduce necesariamente a considerar cualquier posible restricción a la luz del tipo de sociedad que queremos. Porque, en efecto, la necesidad de cualquier restricción debe evaluarse no sólo en función de los propósitos legítimos que la inspiran, incluyendo la protección de los derechos de los demás, la seguridad de todos, o las justas exigencias del bien común, sino que, sobre todo, debe considerarse su pertinencia en el marco de una sociedad democrática. El sentido de esta expresión implica, entre otras cosas, una sociedad pluralista, impregnada de un espíritu de tolerancia, y abierta a todo tipo de ideas. Además, como cuestión de principio, respecto de cualquier restricción relativa a la libertad de expresión, según la Corte Europea de Derechos Humanos -que ocasionalmente también parece haber adoptado el criterio del peligro claro y presente- esta circunstancia debe establecerse de manera convincente¹²³. A juicio del juez Bonello -de la Corte Europea de Derechos Humanos-, para dar por establecido que se está en presencia de un peligro claro y presente debe demostrarse que se esperan actos inmediatos de grave violencia, o que precisamente ese fue el propósito del mensaje, o que la conducta anterior del autor del mismo proporciona suficientes razones para creer que su apología de la violencia producirá una acción inmediata y dolorosa¹²⁴.

Para que sea necesaria, en opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no basta con que dicha restricción proporcione un apoyo remoto o ineficaz a los legítimos propósitos del Estado, sino que debe demostrarse -y la carga de la prueba le corresponde al Estado- que lo hace en un grado substancial¹²⁵. Paradójicamente, al considerar la constitucionalidad de la Ley de Registro de los Agentes Extranjeros de 1938, en la forma enmendada en 1942, que utiliza la expresión *propaganda política* para identificar materiales regulados por el estatuto antes citado (tales como libros, revistas, películas, etc.), y cuya definición incluye cualquier mensaje que tenga el propósito de influir en la política exterior de los Estados Unidos, no obstante que el afectado, un senador de la legislatura del estado de California que deseaba exhibir tres películas canadienses sobre el efecto para el medio ambiente de una guerra nuclear y de la lluvia ácida (una de las cuales había recibido un Oscar como el mejor documental extranjero en 1983), había alegado que calificar una película con esa expresión peyorativa era innecesario y no

121. Cf., su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

122. Cf., *Ibidem*.

123. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, Sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

124. Cf., su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999.

125. Cf., *44 Liquormart, Inc., et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

servía a ningún interés legítimo del Estado, la Corte Suprema de los Estados Unidos, al rechazar que esta medida restringiera la libertad de expresión, no se pronunció sobre la necesidad de la misma¹²⁶.

El tribunal europeo ha considerado no solamente la necesidad de las restricciones impuestas a la libertad de expresión, sino también la pertinencia del procedimiento utilizado para imponer ese tipo de restricciones; en tal sentido, el citado tribunal ha hecho suyo el criterio expresado por la Corte de Apelaciones de Inglaterra, en el caso *Rantzen v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, en el que señaló que conceder que conceder al jurado una discreción casi ilimitada no proporciona una medida satisfactoria para decidir lo que es necesario en una sociedad democrática¹²⁷. En cuanto se refiere a la *necesidad* de las restricciones que se puedan imponer, en el primer caso que involucró al periódico *The Sunday Times* de Londres, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que *necesarias*, sin ser sinónimo de indispensables, implica la existencia de una *necesidad social imperiosa*, por lo que, para que una restricción sea *necesaria*, no basta con demostrar que ella sea *útil*, *razonable*, u *deseable*, y que implica la existencia de una *necesidad social apremiante*¹²⁸. De manera que, en el ámbito europeo, la noción de un *perigo claro y presente* -utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos- ha sido sustituida por el requisito de una *necesidad social apremiante*. En tal sentido, la Corte Europea ha señalado que el derecho de participar en una reunión pacífica -la que, por lo demás, no había sido prohibida- es de tal importancia que no puede restringirse de ninguna manera, incluso para un abogado, mientras la persona involucrada no cometa un acto reprochable, y consideró que al sancionar disciplinariamente a tal abogado por participar en esa reunión, por mínima que fuera esa sanción, no era necesario en una sociedad democrática¹²⁹. Asimismo, en el caso de la prohibición de publicar la fotografía de una persona que se impuso a una revista, la Corte Europea consideró que dicha medida fue más allá de lo necesario para proteger a esa persona de la difamación, o para evitar que se violara la presunción de inocencia¹³⁰.

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la necesidad de una restricción al ejercicio de la libertad de expresión se debe encontrar establecida de manera convincente¹³¹, lo cual no habría ocurrido en el caso de dos periodistas que fueron condenados por los tribunales franceses, como resultado de la aplicación de una ley de 1931, que prohíbe publicar, antes de una decisión judicial, toda información relativa a un procedimiento penal con constitución de parte civil; según la Corte Europea, si esa disposición está dirigida a proteger la reputación de las personas, o a garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial, ella resulta inapropiada, pues no se extiende a los demás procedimientos judiciales, que sí pueden ser objeto del reportaje de la prensa. A juicio del tribunal europeo, tal diferencia de trato no parece estar fundada en ninguna razón objetiva, y entraba de manera absoluta el derecho de la prensa a informar al público sobre

126. Cf., *Meese v. Keene*, 481 U.S. 465 (1987).

127. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Sentencia del 23 de junio de 1995, párrafos 50 y 51.

128. Cf., *The Sunday Times case*, Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 59.

129. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, Sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 53.

130. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cok v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafo 59.

131. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire du Roy et Malaurie c. France*, Sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 27, punto iii.

un asunto que, aunque se refiera a un procedimiento penal con constitución de parte civil, puede ser de interés público¹³². Por el contrario, en un caso en que se prohibió las transmisiones por cable de los programas de una radio situada en otro país, no obstante que dichas transmisiones *por cable* no podían interferir con las frecuencias radioeléctricas locales o causar algún otro tipo de daño, ni tampoco se había demostrado una escasez de redes de cable, la Corte Europea consideró que esa medida había sido necesaria para evitar la evasión de la ley, al operar desde el otro lado de la frontera eludiendo el sistema de comunicaciones establecido en el país¹³³, aunque tampoco se precisó suficientemente cuál era esa ley, y cuál era el propósito legítimo que perseguía.

Por otra parte, al considerar la necesidad de tales restricciones, se debe examinar el caso en su conjunto, incluyendo las expresiones que fueron objeto de esa restricción y el contexto en el que ellas se pronunciaron, se escribieron, o se publicaron¹³⁴. A juicio del tribunal europeo, los Estados tienen un cierto margen de apreciación al determinar si tal necesidad existe, pero el reconocimiento de ese margen va de la mano con la supervisión de los organismos europeos de control, abarcando tanto el Derecho como las decisiones que lo aplican, siendo la Corte Europea la que tiene la última palabra en cuanto a si la restricción de que se trate es compatible con la libertad de expresión protegida por el art. 10 de la Convención Europea; en consecuencia, la Corte Europea no debe limitarse a establecer si el Estado ha ejercido su discreción razonablemente, cuidadosamente y de buena fe, sino que debe examinar la interferencia objeto de la controversia en su conjunto, y determinar si ella es *proporcionada* al fin legítimo que se persigue, y si las razones aducidas para justificarla son *relevantes y suficientes*¹³⁵. De acuerdo con la Corte, es indispensable que concurren ambos elementos; en consecuencia, si, en un caso particular, las razones aducidas por el Estado para adoptar una medida que interfiere con la libertad de expresión son relevantes, pero no suficientes como para justificarla, dicha medida sería incompatible con la garantía de la libertad de expresión¹³⁶.

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha señalado que, al hacer esta evaluación de la necesidad de una medida restrictiva de la libertad de expresión, ella debe llegar a la convicción de que las autoridades nacionales aplicaron patrones compatibles con los contenidos en el art. 10 de la Convención Europea, y que su decisión se basó en una apreciación aceptable de los hechos¹³⁷. En tal sentido, en el caso *Jersild v. Denmark*, en el que se había condenado penalmente a un periodista y al encargado de un programa noticioso por difundir un reportaje que contenía expresiones racistas y peyorativas respecto de los negros y los inmigrantes residenciados en Dinamarca, el tribunal europeo consideró que dicha evaluación debía tener en cuenta la forma en que se preparó ese reportaje, su contenido, el contexto en el que se transmitió, y el propósito del

132. Cf., *ibid.*, párrafo 35.

133. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 73.

134. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, Sentencia de 11 de enero de 2000, párrafo 52.

135. Cf., *The Observer and Guardian v. The United Kingdom case*, Sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

136. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

137. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, Sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31.

programa; en particular, se señaló que un factor importante en esta evaluación era determinar si dicho reportaje, considerado en su conjunto, desde un punto de vista objetivo sugería que su propósito era la propagación de ideas racistas¹³⁸. A juicio de la Corte Europea, la circunstancia de que la iniciativa de producir ese reportaje sobre el grupo conocido como los chaquetas verdes (*Greenjackets*) obedecía a una decisión del mismo periodista, que conocía por adelantado que durante la entrevista probablemente se emitirían expresiones racistas, que de hecho las había estimulado, que al editar el programa no había omitido esas expresiones, y que sin su participación no se habrían difundido a un amplio círculo de personas, eran razones relevantes para los propósitos de considerar una restricción de carácter penal a la libertad de expresión¹³⁹.

De manera semejante, refiriéndose a posibles restricciones de la libertad de expresión de los reclusos, los jueces Marshall y Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, han señalado que si bien el Estado tiene un interés legítimo y substancial en la seguridad, en la disciplina de las instituciones penitenciarias, y en la rehabilitación de los reclusos, estas consideraciones no eliminan la necesidad imperiosa de justificar las razones que, en cada caso, se invocan para privar a una persona de sus derechos constitucionales¹⁴⁰. Por ejemplo, cuando las autoridades de una prisión tienen razones fundadas para creer que un prisionero está planeando su escape por medio de la correspondencia, pueden incautar la correspondencia de ese recluso; pero no hay ninguna justificación para que, a partir de la mera posibilidad de que eso pueda ocurrir, se adopte una política general que permita leer la correspondencia de todos los reclusos buscando información de ese tipo¹⁴¹.

En lo que se refiere a las restricciones que puedan ser el resultado de expresiones injuriosas o difamatorias, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que la necesidad de las mismas debe ser examinada teniendo en cuenta el papel desempeñado por la parte lesionada, en cuanto ésta pueda haber provocado tales expresiones en el curso de su activa participación en una discusión pública muy encendida; en opinión del tribunal, en esas circunstancias, y cuando la reputación de ambas partes está en entredicho, debe tolerarse un cierto grado de exageración¹⁴².

Aunque sin asumirlo como propio, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha analizado esta circunstancia bajo la rúbrica de la *razonabilidad* de las restricciones impuestas a la libertad de expresión. En *Mills v. Alabama*, la Corte Suprema de Alabama había considerado que una disposición de la Ley de Prácticas Corruptas de dicho estado, mediante la cual se sancionó penalmente al editor de un periódico por publicar, en el mismo día de una elección, un editorial instando a votar por la adopción de un determinado sistema de gobierno municipal, imponía *restricciones razonables*, o por lo menos *dentro del campo de lo razonable*, las que constituían para la prensa una restricción menor, aplicable solamente en el día de las elecciones; según el tribunal de Alabama, dicha disposición legal protegía al público de las acusaciones y contra-acusaciones de último minuto, y de la distribución de propaganda en un esfuerzo por

138. Cf., *Ibidem*.

139. Cf., *ibid*, párrafo 32.

140. Cf., su opinión concurrente en *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

141. Cf., *Ibidem*.

142. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 52. Cf., también, *Case of Oberschlick v. Austria (n° 2)*, Sentencia del 1 de julio de 1997, párrafos 31 a 35.

influir en los electores en el mismo día de la elección, cuando ya no se podía responder a dichos argumentos o determinar la veracidad de los mismos. A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, incluso si este argumento fuera constitucionalmente relevante, resultaba fatalmente defectuoso pues la ley que se objetaba permitía la propaganda hasta el último minuto del día anterior a la elección, pero sancionaba penalmente la respuesta que se diera a esos argumentos el mismo día de la elección, que en términos prácticos era la última oportunidad para responder a ellos de manera efectiva y proteger apropiadamente al electorado¹⁴³; en opinión de la Corte, ningún criterio de *razonabilidad* es suficiente para impedir la invalidez de una ley que -al castigar penalmente a un editor de un periódico por invitar a votar de una u otra forma en una elección pública- viola la garantía constitucional de la libertad de expresión¹⁴⁴.

2. Su compatibilidad con una sociedad democrática

Uno de los aspectos en que difieren los textos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por una parte, y el de la Convención Europea de Derechos Humanos, por la otra, radica en la mención que hace este último instrumento en cuanto a que cualquiera de las condiciones o restricciones a que se someta el ejercicio de la libertad de expresión deben ser medidas *necesarias, en una sociedad democrática*. Mientras en la Convención Europea este elemento se incluye en la misma disposición que consagra la libertad de expresión, no se le menciona en las disposiciones equivalentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Americana; sin embargo, también hay que tener en cuenta los principios y propósitos que inspiran tanto al Pacto como a la Convención Americana. En el caso de la Convención Americana, desde el primer párrafo de su preámbulo, ésta contiene numerosas disposiciones que indican que uno de los propósitos de dicha Convención es precisamente la preservación de las instituciones democráticas¹⁴⁵; en efecto, mientras el preámbulo reafirma el propósito de consolidar en el continente, *dentro del cuadro de las instituciones democráticas*, un régimen de libertad personal fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, el art. 29, en su letra c), hace alusión a *la forma democrática representativa de gobierno*, y el art. 32, N° 2 se refiere a los límites de los derechos de cada persona *en una sociedad democrática*. En el marco de la Convención Americana, esta circunstancia no se puede ignorar al examinar los requisitos y condiciones a que están sometidas las restricciones a que se pretenda someter la libertad de expresión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que el art. 29 de la Convención Americana prohíbe que sus disposiciones se puedan interpretar excluyendo otros derechos y garantías que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y ha señalado que “las justas exigencias de la democracia deben... orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones

143. Cf., *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

144. Cf., *Ibidem*.

145. Cf., el primer párrafo del preámbulo, y los artículos 15, 16 n° 2, 22 n° 3, 29 letra c), y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

democráticas”¹⁴⁶, Asimismo, al referirse a las circunstancias que pueden justificar la determinación de responsabilidades ulteriores, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que no se puede olvidar que las restricciones que por ese concepto se impongan a la libertad de expresión deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática¹⁴⁷. Por lo tanto, parece natural y lógico interpretar el Pacto y la Convención Americana en el sentido de que cualquier restricción a la libertad de expresión debe ser igualmente *necesaria* para alguno de los fines señalados, pero en el contexto de *una sociedad democrática*.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 5 N° 1, expresa que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar *actos encaminados a la destrucción* de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en mayor medida que la prevista en él; además, en los *Principios de Siracusa*¹⁴⁸ se señala que la expresión *necesaria* implica que la restricción cumple con las siguientes condiciones: a) se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones o restricciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto, b) responde a una necesidad pública o social apremiante, c) responde a un objetivo legítimo, y d) guarda proporción con ese objetivo¹⁴⁹. A mayor abundamiento, se indica que, al aplicar una restricción, el Estado no podrá utilizar medios más restrictivos que los necesarios para lograr el propósito de la restricción¹⁵⁰. Pero es importante subrayar que, de acuerdo con los *Principios de Siracusa*, la expresión *en una sociedad democrática* debe interpretarse en el sentido de imponer una restricción adicional a las cláusulas de restricción que califica¹⁵¹; si bien se admite que no existe un modelo único de sociedad democrática, se afirma que una sociedad responde a esta definición cuando reconozca, respete y proteja los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵².

Sin duda, la existencia de una sociedad democrática supone un cierto grado de tolerancia y amplitud mental. De manera que, para establecer la necesidad de una determinada restricción de la libertad de expresión en una sociedad democrática, además de constatar la presencia de una necesidad social apremiante y que la medida restrictiva de que se trate sea proporcionada al propósito legítimo que se persigue, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sugerido examinar si las razones aducidas para aplicar dicha

146. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 44.

147. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso 11.803, *Chile, Olmedo Bustos, Juan Pablo, Colombara López, Ciro, Márquez Vidal, Claudio, Muñoz Wilson, Alex, Insunza Tagle, Matías y Aguirre Fuentes, Hernán*, párrafo 75.

148. *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

149. *Cf.*, *ibid*, párrafo 10.

150. *Cf.*, *ibid*, párrafo 11.

151. *Cf.*, *ibid*, párrafo 19.

152. *Cf.*, *ibid*, párrafo 21.

restricción son *relevantes y suficientes*¹⁵³. En un caso en que se sancionó con indemnizaciones pecuniarias la publicación por la prensa de entrevistas concedidas por quienes se habían sometido a operaciones de cirugía estética, en las que señalaban que después de las mismas habían quedado *desfiguradas*, que sus vidas habían sido *arruinadas*, que habían sido *mutiladas*, y que no habían contado con los cuidados necesarios después de la operación, la Corte Europea consideró que el indiscutible derecho del Dr. R. a que se protegiera su reputación no podía prevalecer sobre el más importante interés público en la libertad de prensa para impartir información sobre asuntos de legítimo interés público; por consiguiente, el tribunal europeo estimó que las razones alegadas por el Estado para interferir de esa forma con la libertad de expresión eran relevantes, pero no suficientes para demostrar que la citada interferencia era necesaria en una sociedad democrática¹⁵⁴. Esa necesidad de ponderar adecuadamente la libertad de expresión con otros derechos o intereses también se puso de manifiesto en el caso *Piermont v. France*, en que la Corte Europea observó que las expresiones objetadas a la señora Piermont fueron hechas durante una reunión autorizada y pacífica, que ella no incitó a la violencia o al desorden, que habló en apoyo a las demandas locales para la suspensión de las pruebas nucleares y en respaldo a la independencia de la Polinesia Francesa, por lo que su discurso habría sido una contribución a un debate democrático, y que esa manifestación no habría sido seguida por ningún desorden; por consiguiente, teniendo en cuenta ese adecuado equilibrio entre, por una parte, la libertad de expresión de la señora Piermont y, por la otra, el interés público que requiere prevenir el desorden y preservar la integridad territorial del estado, la Corte Europea concluyó que la expulsión de Dorothee Piermont de la Polinesia Francesa, con prohibición de reingresar a la misma, no era necesaria en una sociedad democrática¹⁵⁵.

En el caso de una persona que fue condenada por difamación al haber comparado dos accidentes de tránsito en que habían estado involucrados dos dirigentes políticos de partidos diferentes, la Corte Europea de Derechos Humanos acogió el argumento de que, en una sociedad democrática, debería poder hacerse referencia a los delitos cometidos previamente por un político, incluso si las sentencias a que fue condenado ya se han cumplido, o si se han suspendido o levantado, y señaló que el registro de condenas penales de un político podía ser un factor relevante al valorar su idoneidad para ejercer un cargo público¹⁵⁶; a juicio del tribunal, esa comparación constituía esencialmente un juicio de valor, respecto del cual no era posible ofrecer prueba de su verdad pero, en su opinión, los hechos en que se basaba eran sustancialmente correctos, y la buena fe del autor de esta comparación no ofrecía lugar a dudas; de manera que no podía considerarse que el autor de las expresiones calificadas como difamatorias había excedido los límites de la libertad de expresión¹⁵⁷. En consecuencia, la Corte concluyó que la interferencia de la libertad de expresión de que había sido objeto el señor Schwabe -al condenarlo como autor del delito de difamación-, en este caso, no fue necesaria en una socie-

153. Cf., por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 43.

154. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, Sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 60.

155. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Piermont v. France*, Sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 73 a 78.

156. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Schwabe v. Austria*, Sentencia del 28 de agosto de 1992, párrafo 32.

157. Cf., *ibid.*, párrafo 34.

dad democrática para proteger la reputación de otros¹⁵⁸. En el mismo sentido, en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, en el cual los tribunales ingleses habían dispuesto medidas preliminares para impedir la publicación de información relacionada con las dificultades económicas de una empresa, una orden adicional para revelar la fuente de esa información fue considerada como innecesaria, pues en buena medida servía el mismo propósito de impedir la diseminación de información confidencial por la prensa, y que ya se había logrado con la medida provisional¹⁵⁹. Sin embargo, en el caso de un miembro del parlamento austriaco que fue víctima de un reportaje en el que se sugería que padecía SIDA, que respondió a ese ataque señalando que éste era un periodismo de estilo nazi, y que fue objeto de una decisión judicial en la que -después de ponderar su derecho a emitir juicios de valor y la necesidad en una sociedad democrática de proteger los derechos y la reputación de los demás, se le prohibía volver a utilizar esas expresiones u otras semejantes para dirigirse al periódico, la Corte Europea señaló que el razonamiento de los tribunales nacionales era relevante y suficiente con relación al fin perseguido¹⁶⁰; según la Corte, las expresiones del peticionario, calificando al periódico *Kronen-Zeitung* de practicar un periodismo nazista, no solamente eran polémicas sino particularmente ofensivas, y aunque eran la respuesta indignada a un reportaje difamatorio en el que se insinuaba que padecía de SIDA, asociándolo con una enfermedad que provocaba temor y antipatía entre la población, el tribunal europeo aceptó el criterio de la Corte Suprema austriaca señalando que eso no justificaba el reprocharle al periódico el que éstos eran métodos típicamente nazis, lo cual se aproximaba sensiblemente a una acusación criminal, pues después de la Segunda Guerra Mundial Austria había adoptado leyes que sancionaban penalmente las actividades inspiradas en ideas nacional socialistas¹⁶¹. En este caso, la Corte puso especial énfasis en el estigma que va asociado a las actividades inspiradas en las ideas nacionalsocialistas, pero, aunque aceptó que el artículo publicado en el *Kronen-Zeitung* era difamatorio y que no contribuía a un debate de interés público, no prestó mayor atención al estigma asociado con una enfermedad como el SIDA, particularmente porque la acusación de métodos periodísticos de estilo nazi no fue una reacción inmediata del afectado, sino que un comentario que se produjo posteriormente, cuando el periódico ya había publicado una rectificación redactada por el mismo afectado¹⁶².

En realidad, la Corte Europea ha subrayado en numerosas oportunidades la necesidad de que cualquier restricción de la libertad de expresión no interfiera con el debate político, como lógicamente se desprende de la exigencia de que cualquier interferencia con ella debe ser necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, en el caso *Castells v. Spain*, en que el afectado había sido condenado por difamar al gobierno, a pesar de ostentar la condición de senador, el tribunal sostuvo que, aunque la libertad de expresión es importante para todos, es especialmente importante para los representantes electos por el pueblo, precisamente para que llamen la atención sobre sus preocupaciones y defiendan sus intereses; en estas circunstancias, la Corte consideró que interferir con la libertad de expresión de un miembro del parlamento que, como en el caso del afectado,

158. Cf., *ibid*, párrafo 35.

159. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, Sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 42.

160. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Andreas Wabl v. Austria*, Sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafos 37, 38, y 41.

161. Cf., *ibid*, párrafos 41 y 42.

162. Cf., *ibid*, párrafo 42.

pertenecía a un partido político de oposición al gobierno, requería un examen muy estricto¹⁶³. Si bien el afectado no había utilizado su escaño en el Senado para criticar al gobierno -desde donde podría haberlo hecho sin temor a sanciones-, sino que lo había hecho a través de la prensa, la Corte destacó la importancia de la prensa en un Estado de Derecho, recordando que es a ella precisamente a quien le corresponde impartir informaciones e ideas sobre asuntos políticos u otros asuntos de interés público, y que es ésta la que le proporciona al público el mejor medio de descubrir las actitudes de sus dirigentes políticos y de formarse una opinión acerca de las mismas, permitiendo a todos participar en un debate político libre, que es lo que está en el corazón de una sociedad democrática¹⁶⁴. Según el tribunal, los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto del gobierno que en las relaciones entre particulares, o incluso respecto de un dirigente político, porque en una sociedad democrática los actos u omisiones del gobierno deben estar sometidos al escrutinio más estricto, no sólo de las autoridades legislativas y judiciales sino que también de la prensa y de la opinión pública¹⁶⁵; en consecuencia, la Corte consideró que, en estas circunstancias, la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión a que se sometió al señor Castells no era necesaria en una sociedad democrática. Consideraciones similares llevaron a los jueces disidentes en el caso *Nilsen and Johnsen v. Norway*, en el cual estaban involucrados dos casos de libertad de expresión: por una parte, la libertad de un profesor de Derecho Penal que había publicado los resultados de su investigación sobre la alegada brutalidad policial en la ciudad de Bergen y, por la otra, la libertad de expresión de los representantes de la policía, dirigida a intimidar al primero, a fin de ocultar la brutalidad policial que pudiera haber ocurrido en la ciudad de Bergen. En opinión de los jueces disidentes, entre estas dos libertades en conflicto el interés público se inclina a proteger la libertad de expresión del profesor, en contra de la difamación e intimidación ejercida por la policía, por lo que cualquier restricción impuesta a los representantes de la policía sería una interferencia necesaria en una sociedad democrática, pues una conclusión diferente tendría el efecto de permitir que se suprima el debate público mediante expresiones difamatorias¹⁶⁶. En este mismo sentido, en el caso *Wille v. Liechtenstein*, en que el Príncipe amonestó por escrito y se negó a confirmar en su cargo de Presidente del Tribunal Administrativo a una persona que había dictado una conferencia sobre la naturaleza y funciones de la Corte Constitucional -que no fue del agrado del Príncipe-, el tribunal europeo no encontró razones que demostraran, de manera suficiente, que esa interferencia con la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática¹⁶⁷.

Por el contrario, en el caso *Rikvényi v. Hungary*, examinando las restricciones impuestas en ese país a la participación política de los policías, y en que el gobierno había alegado que esta restricción estaba dirigida a evitar que la policía continuara siendo vista como un instrumento de apoyo a un régimen totalitario y que, más bien, se le concibiera como guardián de las instituciones democráticas, la Corte Europea de Derechos Humanos indicó que poseer una fuerza policial políticamente neutral es un objetivo

163. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, Sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 42.

164. Cf., *ibid.*, párrafo 43.

165. Cf., *ibid.*, párrafo 46.

166. Cf., en este sentido, la opinión disidente de los jueces KURIS, TÜRMEN, STRÁZNICKÁ and GREVE, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999.

167. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wille v. Liechtenstein*, Sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafos 56, 65, y 70.

legítimo en cualquier sociedad democrática, y recordó que, para asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia, varios Estados partes en la Convención Europea han considerado necesario asegurar el logro de este objetivo mediante disposiciones constitucionales que restringen la libertad de los oficiales de policía para participar en actividades políticas y que, en particular, les impiden tomar parte en el debate político; de manera que, en este caso, las medidas tomadas para evitar la influencia directa de la política partidista respondían, en opinión del tribunal europeo, a una necesidad social apremiante en una sociedad democrática¹⁶⁸. En todo caso, las consideraciones anteriores no parecen justificar que se coarte la libertad de expresión de todos los funcionarios públicos, impidiéndoles que puedan proporcionar cualquier tipo de información a los medios de comunicación sin autorización oficial. Aunque la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este particular, en el caso de una maestra de escuela, que además era dirigente sindical, y que fue sancionada con la suspensión de su ascenso por haber hecho declaraciones denunciando que los maestros habían sido agredidos verbal y físicamente por la policía, lo cual también le hizo más difícil obtener un pasaporte y la forzó a retirarse de su empleo antes del tiempo previsto, debido a que la peticionaria no había agotado los recursos internos, el tribunal lamentablemente no examinó la necesidad, en una sociedad democrática, de una medida tan drástica como esa que somete a censura previa a un importante sector de la población¹⁶⁹.

En su informe final sobre la libertad de expresión, Türk y Joinet consideran que la denegación de visa a periodistas extranjeros, o la denegación de credenciales, la confiscación de su pasaporte, la prohibición de asistir a manifestaciones, la obligación de presentarse periódicamente a la policía, la detención administrativa de que suelen ser objeto en los aeropuertos, o la composición selectiva de grupos autorizados de periodistas extranjeros, son incompatibles con el principio de necesidad democrática¹⁷⁰.

Según Türk y Joinet, todo proceso de limitación y, en su caso, de eliminación de las limitaciones admisibles, es un proceso dinámico que propicia la evolución hacia la democracia; en su opinión, en el proceso de consolidación de la democracia puede ser necesario abolir progresivamente las leyes que autorizan limitaciones y suprimir los criterios de legitimidad que las sustentan; de manera que, sin perjuicio de que estos procesos puedan variar en cada sociedad, el ámbito de las limitaciones -o restricciones- se reduce a medida que progresa la democracia¹⁷¹.

En el caso de la revista *Bluf!*, que en 1987 obtuvo y publicó un informe de los servicios de seguridad interior de Holanda, fechado en 1981 y marcado como *confidencial*, aunque la Corte Europea de Derechos Humanos aceptó que, por la naturaleza de sus responsabilidades, los servicios de seguridad del Estado debían disfrutar de un alto grado de protección en lo que se refiere a la divulgación de información de sus actividades, determinó que era discutible si la información contenida en ese informe era suficientemente sensible como para justificar que se evitara su divulgación; la Corte ob-

168. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 46 y 48.

169. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of Akkoç v. Turkey*, Sentencia del 10 de octubre de 2000, párrafos 62 y ss.

170. Cf., E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 85.

171. Cf., E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por TÜRK, Danilo y JOINET, Louis, Relatores Especiales, párrafo 50.

servó que, al momento de la confiscación de la revista que lo publicó, el informe ya tenía seis años de elaborado, que era de naturaleza muy general, y que los jefes de los servicios de seguridad habían admitido que, en 1987, mucha de esa información ya no era secreto de Estado; además, el informe sólo estaba marcado como *confidencial*, lo cual representaba un bajo grado de secreto, por todo lo cual confiscar esa publicación no se justificaba como necesario¹⁷².

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la *necesidad* y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo¹⁷³.

Sobre este particular, la Corte Europea no ha sido menos exigente. De acuerdo con el criterio expresado reiteradamente por el citado tribunal, el adjetivo *necesaria* implica la existencia de una necesidad social apremiante¹⁷⁴. Por consiguiente, no basta con alegar que la interferencia con la libertad de expresión es necesaria, sino que el Estado tendrá que demostrar la gravedad del caso, requiriendo medidas drásticas para evitar un daño irreparable para alguno de los bienes jurídicos expresamente señalados por el art. 10 de la Convención Europea. En tal sentido, una vez más es oportuno citar a Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien sostenía que quienes conquistaron la independencia de los Estados Unidos reconocían los riesgos a que están sometidas todas las instituciones humanas, pero que sabían que el orden no podía ser asegurado simplemente por medio del temor al castigo de sus infracciones, y que era peligroso desalentar el pensamiento y la imaginación; de manera que, reconociendo la ocasional tiranía de las mayorías gobernantes, ellos enmendaron la Constitución para garantizar la libertad de expresión y de reunión¹⁷⁵. Según Brandeis, aquellos que conquistaron la independencia mediante la revolución no eran cobardes, y no le temían al cambio político; ellos no exaltaron el orden a costa de la libertad, y tenían confianza en que del razonamiento libre y sin temor, aplicado al proceso gubernamental, no podía generarse ningún peligro, a menos que el mal que se temía fuera tan inminente, que éste se produciría antes de que hubiera una posibilidad de discusión plena; de manera que, si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias, evitando el daño por medio de un proceso de educación, el remedio a aplicar sería más

172. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, Sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafos 40 al 42.

173. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 46. Se ha omitido una cita que, al final de este párrafo, hace la Corte Interamericana a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

174. Cf., por ejemplo, European Court of Human Rights, *Case of Müller and others*, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 32.

175. Cf., su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

expresión, y no un silencio impuesto por el Estado¹⁷⁶. El temor de un daño serio no justifica, por sí solo, la supresión de la libertad de expresión. Brandeis recuerda que, como los hombres le temían a las brujas, quemaban a las mujeres; pero la función de la comunicación es liberar a los hombres de los temores irracionales; de manera que, para que la supresión o restricción de la expresión esté justificada, debe haber fundamentos razonables que hagan temer que, si se practica la libertad de expresión, resultará un grave daño que hay que prevenir, y que es inminente¹⁷⁷.

V. EL OBJETO DE LAS POSIBLES RESTRICCIONES

A partir de la distinción entre el mensaje y el medio empleado para transmitirlo, la doctrina ha procurado sistematizar la naturaleza de las restricciones que pueden interferir con la libertad de expresión. Sobre este particular, el profesor Laurence Tribe se ha referido a dos vías por las cuales se puede restringir la expresión: la primera de ellas está constituida por regulaciones gubernamentales que apuntan precisamente al impacto comunicativo de un acto, y que en principio -en el marco de la Constitución de los Estados Unidos-, son inconstitucionales, a menos que se demuestre que el mensaje que se suprime genera un *peligro claro e inmediato*, constituye una difamación, o queda comprendido entre las formas de expresión no protegidas por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. La otra vía está representada por las regulaciones gubernamentales que apuntan a los aspectos no comunicativos de la expresión, y que son constitucionales incluso si se aplican a una conducta expresiva, siempre que no reduzcan indebidamente el flujo de ideas e informaciones¹⁷⁸. En este mismo sentido, Melville Nimmer distingue entre las restricciones que atacan directamente el contenido del mensaje (entre las que podría citarse las normas que sancionan las expresiones calumniosas), y aquellas otras que, sin pretender restringir la expresión, de hecho, se traducen en una merma de la misma; mientras las primeras intentan proteger un interés determinado, imponiendo restricciones al contenido del mensaje, las segundas procuran amparar un bien jurídico o un interés amenazado regulando la forma en que se materializa la expresión, pero prescindiendo de su contenido, como sería el caso de una ordenanza municipal que prohíba las manifestaciones públicas en las calles de la ciudad en horas o días en que puedan interferir de manera significativa con el tránsito vehicular¹⁷⁹. En ambos casos la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha prestado especial atención a que esas restricciones no tengan un alcance excesivo, o que carezcan de suficiente precisión.

En consecuencia, la libertad de expresión puede ser objeto de restricciones referidas al contenido mismo del discurso, o de otras que regulen la oportunidad, el lugar, o la manera de transmitir el mensaje. Mientras estas últimas apuntan a aspectos tangenciales del discurso, que dejan abiertas diversas opciones para comunicar el mensaje, las primeras son restricciones más radicales que, ya sea mediante la censura previa, o mediante el

176. Cf., *Ibidem*.

177. Cf., *Ibidem*.

178. Cf., *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., Mineola-New York 1988, pp. 791 y ss.

179. Cf., *Nimmer on Freedom of Speech*, Mathew Bender, New York, 1984, pp. 2 a 25.

control de los medios de expresión¹⁸⁰, o por la vía de aplicar sanciones posteriores, apuntan al contenido mismo del discurso.

1. Las restricciones sobre el contenido del mensaje

Sin duda, las restricciones que interfieren de manera más severas con la libertad de expresión son aquellas en que el objeto de la misma apunta a regular el contenido mismo del mensaje, determinando qué es lo que forma parte de la expresión protegida; por consiguiente, su compatibilidad con las disposiciones de los tratados de derechos humanos que consagran el derecho a expresarse debe ser examinada con especial cuidado, y no pueden aplicarse de manera automática. Incluso en una sociedad democrática, el contenido de un mensaje que lesiona la reputación de terceros, que revela sus secretos personales o comerciales, que divulga información relacionada con la seguridad del Estado, o que tiene el potencial de alterar el orden público, plantea problemas que requieren la intervención del Estado.

A pesar de la cautela con que este tipo de restricciones deben ser vistas, ellas han sido ampliamente utilizadas en el Derecho comparado. Probablemente, es en el ámbito de la seguridad nacional, cuya protección requiere medidas muy estrictas, en donde se hace mayor uso de restricciones del contenido de la expresión; asimismo, la protección de la privacidad de las personas, o de secretos industriales o comerciales, suponen restricciones dirigidas igualmente al contenido del mensaje. Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha permitido restringir el uso de palabras agresivas (*fighting words*) que puedan constituir una incitación a la violencia, pero ha rechazado cualquier intento por regular lo que constituya una defensa general de ideas¹⁸¹. No obstante, debe observarse que el criterio expuesto por la Corte supone aislar las palabras agresivas, que no son parte esencial de la exposición de ideas, y cuya eliminación, más allá de esterilizar el mensaje, supuestamente deja intacto su contenido esencial, y asume que el hecho de presentarlo de otra forma no altera su contenido; en realidad, no debe perderse de vista que eliminar esas palabras puede alterar el contenido del mensaje.

A juicio de Lawrence Tribe, una medida que restrinja la libertad de expresión en función del contenido del mensaje no puede fundarse en la circunstancia de que ese mensaje ya ha sido comunicado por otras personas -alegando que con ello se pretende facilitar la difusión de puntos de vista diferentes-, ni tampoco en la circunstancia de que ese mensaje se puede comunicar en otro lugar, en otro momento, o de otra manera; en su opinión, la garantía constitucional de la libertad de expresión no le permite al Estado moderar el debate en una forma análoga a como éste se regula en una asamblea pública, ni siquiera con el pretexto de facilitar el logro de los fines de la libertad de expresión¹⁸².

180. Por ejemplo, durante los siglos XVI y XVII, en Inglaterra el gobierno controlaba la libertad de expresión a través del monopolio que tenía sobre las imprentas.

181. Cf., en este sentido, OWEN M. FISS, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London 1996, p. 5.

182. Cf., *American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola-New York 1988, pp. 834 y ss.

2. Las restricciones relativas al lugar, la oportunidad, y el modo del mensaje

Una opción menos radical, que mira con indiferencia el contenido del mensaje, es la que regula los aspectos tangenciales del mismo, y que apunta a regular las condiciones en que éste se puede hacer público. En consecuencia, estamos en presencia de restricciones supuestamente neutras en cuanto al contenido del mensaje, pero que indirectamente tienen el efecto de restringir el ejercicio de la libertad de expresión.

Ya sea con el propósito de proteger los derechos de otro, o con algún otro interés legítimo, el Estado puede relegar determinadas formas de expresión a algún sitio en particular, o excluirla de otro. Por ejemplo, se puede disponer de un parque, o teatro determinado para las manifestaciones públicas, o para los espectáculos demasiado ruidosos o, a la inversa, se puede prohibir la existencia de discotecas en las proximidades de un colegio. En Estados Unidos, las regulaciones que relegan las salas de cine que exhiben películas pornográficas, o las tiendas de artículos sexuales, a una zona de la ciudad son un ejemplo de este tipo; pero el establecimiento de *zonas* a las que se limita la difusión de determinados mensajes ha sido aceptada sólo si no restringe indebidamente el acceso de los adultos a ese tipo de mensajes, y en el entendido que los menores no tienen derecho a ver o leer el material prohibido. Lo que no puede hacer ese tipo de restricciones es reducir el derecho de la población adulta a leer o ver solamente aquello que es apropiado para los niños¹⁸³. Más recientemente, según la juez O'Connor, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la aprobación de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, en Internet se habría intentado crear una *zona para adultos*, segregando material considerado indecente de áreas a las que pudieran acceder los menores de edad¹⁸⁴.

A partir de la premisa de que algunas expresiones no pueden ser toleradas en ciertos lugares, las restricciones sobre la oportunidad, lugar, o manera de transmitir el mensaje han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos. Sin embargo, según la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de ese país (sin duda menos liberal que en años anteriores), este tipo de restricciones debe estar precisamente definidas para servir un interés público, y deben ser neutras en cuanto a su contenido, pero (a diferencia de lo sostenido previamente) no deben ser necesariamente las menos restrictivas para lograr ese propósito; según la Corte, el requisito de la definición estricta de las restricciones estaría satisfecho en la medida en que la regulación respectiva promueva un interés público fundamental que, en ausencia de esa reglamentación, se lograría de manera menos efectiva. No obstante, el tribunal aclara que esto no debe interpretarse como una aceptación de que la restricción de que se trate pueda afectar el mensaje más allá de lo que sea estrictamente necesario para promover el interés público que justifica dicha restricción¹⁸⁵. Por el contrario, invocando la jurisprudencia anterior de la Corte, los jueces Mashall, Brennan, y Stevens, consideran que una restricción está estrictamente definida únicamente si su objetivo no es más que eliminar la fuente misma del daño que se busca remediar; además, el criterio de la *estricta definición* requiere examinar la existencia de métodos alternativos de lograr el interés público que se desea proteger con la restricción y, en segundo lugar, determinar si la mayor eficacia de esa reglamentación es suficiente como para justificar

183. Cf., Corte Suprema de los Estados Unidos, *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

184. Cf., su opinión concurrente en parte y disidente en parte en *Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et. al.*, 96 U.S. 511 (1997).

185. Cf., *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

la restricción que ella impone a la libertad de expresión. Los jueces disidentes observan que la anterior preocupación de la Corte por la circunstancia de que una regulación de esta naturaleza no debe afectar la expresión más que una alternativa satisfactoria, está ausente de esta decisión, requiriendo únicamente que el Estado demuestre que el interés público que se desea proteger no se pueda servir eficazmente sin la regulación que se objeta; de manera que, al ignorar alternativas que evitarían afectar innecesariamente la libertad de expresión (tales como el sancionar a quien hace ruido, o a quien bota basura), la Corte estaría rindiendo tributo a la eficacia pero, al mismo tiempo, estaría sacrificando la libertad de expresión¹⁸⁶.

Por otra parte, regulaciones destinadas a prohibir en los parques o en los terminales de un aeropuerto la solicitud de contribuciones financieras, en cuanto no tienen el propósito de impedir un mensaje o una idea en particular, y que buscan evitar prácticas abusivas que, por estar dirigidas a personas vulnerables requiriendo el aporte inmediato de dinero, crean un ambiente propicio para el fraude y la presión indebida, han sido consideradas neutrales en cuanto a su contenido y compatibles con la garantía de la libertad de expresión¹⁸⁷; pero aunque es importante subrayar que ellas han sido aceptadas en cuanto están diseñadas para regular la *conducta* asociada con el mensaje, y no la forma en que éste se transmite, también hay que observar que sus efectos son idénticos a los que tienen las regulaciones relativas al lugar, la oportunidad, o la forma de comunicar el mensaje.

Pero, no obstante que este tipo de restricciones tiene un carácter neutro, que ciertamente no depende del contenido del mensaje, a veces ellas tienen el efecto de impedir el uso del medio más efectivo para transmitir un mensaje. A título ilustrativo, Lawrence Tribe menciona las protestas del movimiento de derechos civiles de comienzo de los años 60 y del movimiento pacifista de fines de la misma década, ambos en Estados Unidos. En opinión de Tribe, aquellos ciudadanos tomaron las calles para protestar no porque no hubiera otros canales de comunicación disponibles, sino porque no había otro medio más adecuado para registrar la intensidad de su protesta o la solidaridad de quienes compartían esa idea; para demostrar su fuerza numérica y hablarle en voz alta al Estado, debilitando su autoridad moral¹⁸⁸.

En el caso *Marônek v. Slovakia*, la Corte Europea de Derechos Humanos también consideró la pertinencia de restricciones de carácter adjetivo. En efecto, en el caso de una persona que fue objeto de un proceso por difamación y de sanciones penales y pecuniarias por pretender resolver una disputa mediante una carta abierta que dirigió al Primer Ministro de Eslovaquia, denunciando a una pareja como responsable de supuestos hechos ilícitos que le afectaban, que fue fijada en varias paradas de buses y de tranvía, indicando el nombre completo y la profesión de ambos, el tribunal europeo coincidió con el argumento de los tribunales nacionales en cuanto a que el reclamante tenía otros medios más apropiados a su disposición para buscar una solución a su problema¹⁸⁹.

186. Cf., *Ibidem*.

187. Cf., la opinión concurrente de los jueces KENNEDY, BLACKMUN, STEVENS, y SOUTER, en *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

188. Cf., *American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola-New York 1988, p. 840.

189. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Marônek v. Slovakia*, Sentencia del 19 de abril de 2001, párrafo 55.

VI. LA NATURALEZA DE LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS

Una de las conquistas más notables que deriva de la regulación internacional de la libertad de expresión es que, si bien ésta puede ser sometida a determinadas restricciones, el Estado no puede recurrir a cualquier procedimiento para coartarla. De manera que, aunque el fin que se persigue sea legítimo, no todos los medios están permitidos.

Por otra parte, debe observarse que existe una diferencia substancial entre lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos, que no excluyen la censura previa, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, a partir de las circunstancias que permiten restringir la libertad de expresión, pone énfasis en el establecimiento de la responsabilidad ulterior del autor del mensaje, y sólo permite la censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia.

En todo caso, al elegir los medios a que se puede recurrir para interferir con el derecho a expresarse, el Estado no dispone de un margen de opciones ilimitadas, entre las cuales pueda seleccionar la que le plazca. Muy por el contrario, el carácter fundamental de la libertad de expresión sugiere la necesidad de imponer condiciones muy estrictas a algunas de las medidas que la restrinjan, tales como la interceptación de comunicaciones telefónicas, y plantea serias dudas en cuanto a la legitimidad de otras, como la infiltración policial de reuniones o manifestaciones públicas.

1. La censura previa y las responsabilidades ulteriores

Quiero una situación sin censura, porque no quiero ser responsable de lo que ellos puedan decir

Napoleón Bonaparte, en carta del 1° de junio de 1805
a su Ministro de Policía, Joseph Fouché

Según Kenneth Karst, la idea de igualdad entre las distintas ideas y puntos de vista se sitúa en el corazón mismo de la libertad de expresión y de la garantía de que el Estado no podrá regular el contenido del mensaje¹⁹⁰; de manera que cualquier disposición que discrimine en función del contenido del mensaje es censura en su forma más depurada. La censura es la forma más severa de interferir con la libertad de expresión; mientras una sanción posterior, dispuesta como consecuencia de un procedimiento judicial, está sujeta a un cúmulo de garantías judiciales y sólo opera después de que dicha sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada, la censura previa tiene un efecto inmediato y, en cierto sentido, produce un daño irreversible. En tal sentido, no puede perderse de vista el valor que tiene una información recibida en forma oportuna; en caso contrario, ella carece de pertinencia.

Paradójicamente, a pesar de que su propósito es impedir la difusión de un mensaje, existe la impresión de que con la censura se obtiene un resultado completamente contrario al que se espera; a juicio de Herbert Spencer, la persecución, antes que ahogar, pro-

190. Cf., *Equality as a central principle in the First Amendment*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975, p. 21. Citado por TRIBE, Lawrence en *American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola-New York 1988, p. 800.

paga las doctrinas¹⁹¹. En opinión de Yves Madiot, la censura es inherente a nuestra vida social, y es practicada por todos los que disponen de información, o por quienes están en capacidad de controlar la difusión de la misma¹⁹². Particularmente la censura previa, como medio para proteger los derechos o intereses que se desea preservar, y como procedimiento que ataca el núcleo de la libertad de expresión, es un aspecto que merece especial consideración. No cabe duda que la censura constituye la forma más radical de interferir con las posibilidades de comunicarnos; lo que queda por definir es determinar cuál es su régimen jurídico.

A. El concepto de censura

La censura constituye la denegación de la libertad de expresión tanto en su aspecto individual, es decir el derecho que tiene toda persona a expresarse, como en su aspecto colectivo, en cuanto garantía de que la sociedad pueda recibir todo tipo de información¹⁹³. Con la censura se impide que la información llegue a su destino, ya sea suprimiéndola o restringiendo su circulación; pero ella también constituye un juicio de reproche sobre el autor del mensaje que, como consecuencia de la reacción social que puede generar, a veces puede tener consecuencias fatales para su libertad, su integridad física, o incluso su vida.

Desde el punto de vista jurídico, lo que nos interesa es la censura en cuanto medida de control sobre el contenido de una obra, adoptada por las autoridades del Estado en forma previa a su difusión, para impedir o restringir la circulación de información, ya sea porque ella no está en sintonía con los patrones morales del censor, o porque se considera que el interés público hace necesario suprimirla, o por cualquier otra causa. La censura puede afectar no sólo a los libros u obras escritas, sino que también a la música, la pintura, el cine, o cualquier otra producción intelectual.

Un aspecto no menos importante es el que se refiere a la autocensura y, sobre todo, a la censura social. Sobre este particular, en el prefacio de su novela *Granja de Animales*, George Orwell dirigió su atención a las sociedades relativamente libres del control estatal, señalando que “lo siniestro de la censura literaria en Inglaterra estriba en que es en gran parte voluntaria. Es posible silenciar las ideas impopulares y mantener en secreto los hechos oportunos sin ninguna necesidad de prohibición oficial... Cualquiera que se oponga a la ortodoxia imperante se ve silenciado con sorprendente eficacia”¹⁹⁴. Como si se quisiera confirmar las palabras de Orwell, Noam Chomsky nos recuerda que el prefacio antes citado permaneció inédito durante treinta años¹⁹⁵.

En opinión del Tribunal Constitucional español, al margen de otras acepciones, en este campo, por censura hay que entender “la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aun-

191. Cf., *Demasiadas leyes*, traducción de DIEGUEZ, Rosendo, Editorial Tor, Buenos Aires 1943, p. 31.

192. Cf., *Les Droits de l'Homme*, M.A. Éditions, París 1987, p. 34.

193. Cf., en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso 11.803, Chile, *Olmedo Bustos, Juan Pablo, Colombara López, Ciro, Márquez Vidal, Claudio, Muñoz Wilson, Alex, Insunza Tagle, Matías y Aguirre Fuentes, Hernán*, párrafo 21.

194. Cit., por CHOMSKY, Noam, *Actos de Agresión*, Editorial Crítica, S.L., Barcelona 2000, p. 47.

195. Cf., *Ibidem*, citando un artículo de CRICK, Bernard, en *Times Literary Supplement*, del 15 de septiembre de 1972.

que consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no *censura*, en el sentido que le da la Constitución (española)¹⁹⁶. Según este alto tribunal, lo que a veces ha dado en llamarse *autocensura*, utilizada para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites a la actividad informativa, tampoco encaja en el concepto de censura propiamente tal¹⁹⁷; asimismo, la tarea asumida por los editores y directores en cuanto al examen y análisis de textos y contenidos antes de su difusión, para comprobar que no se traspasen los límites de las libertades que ejercen, tampoco constituiría censura¹⁹⁸. Según el Tribunal Constitucional español, la verdadera censura previa consiste en cualquiera medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido¹⁹⁹.

B Los antecedentes históricos de la censura

Ciertamente, la censura no es el producto del siglo de la iluminación o del racionalismo; ella es la forma más antigua y más radical de controlar el libre flujo de informaciones e ideas, y probablemente tiene el efecto contrario al que se persigue; no por casualidad, Voltaire sostenía que la característica más notable de la censura es que ella confiere credibilidad a las opiniones que ataca²⁰⁰. El origen mismo de la palabra se remonta a la antigua República Romana que, en el año 443 antes de Cristo, instituyó la figura del censor, como la culminación de una carrera política; los censores -en número de dos- gozaban de gran prestigio y autoridad, y -además de elaborar el censo de la población-, tenían la responsabilidad de inspeccionar la conducta y la moral de los ciudadanos. Pero en las antiguas ciudades griegas, particularmente en Esparta, también se daba por sentado que los ciudadanos debían formarse según las necesidades del régimen; el mismo Platón, en *La República*, sostenía la convicción de que las opiniones de la población pueden moldearse de acuerdo con la ley, y que los ciudadanos pueden ser objeto de sanciones si dicen algo que ofenda la sensibilidad pública, que atente contra la moral, o que pueda subvertir las instituciones públicas. Pero, curiosamente, llama la atención que la historia recuerde la sabiduría de quienes, como Galileo, Shakespeare, Thomas Paine, o Pascal, fueron objeto de la censura, mientras se ignora a aquellos que temporalmente lograron acallarlos.

Si bien lo primero que viene a la mente es la censura política, aplicada en forma rigurosa y a veces dramática, la censura eclesiástica, con frecuencia asociada con el poder civil, no ha sido menos eficaz y, por el contrario, aún sorprende, no sólo por su intolerancia sino que por la extrema crueldad a que pudo conducir. Sus antecedentes se remontan a principios del siglo V cuando, en el año 405, el Papa Inocencio I previó la necesidad de contar con una guía de libros prohibidos, la cual fue finalmente decretada por el Papa Gelasio I, alrededor del año 496. Ese sistema poco sofisticado cristalizó en 1559, bajo el pontificado del Papa Paulo IV, cuando la Iglesia Católica elaboró una lista

196. Sentencia n° 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, recaída en el recurso de amparo n° 1421/1992, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 12 de enero de 1996, n° 11 (suplemento).

197. *Cf.*, *Ibidem*.

198. *Cf.*, *Ibidem*.

199. *Cf.*, *Ibidem*.

200. *Cf.*, el prefacio a *Poème sur le désastre de Lisbonne*, 1758.

de libros prohibidos, el *Index Librorum Prohibitorum*, y que -periódicamente actualizado- permaneció en vigor hasta el 14 de junio de 1966²⁰¹; entre los libros prohibidos por la Iglesia figuraban todas las obras de Thomas Hobbes, todos los escritos filosóficos de Descartes, el *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*, de John Locke, todos los trabajos de David Hume, *El Contrato Social*, de J. J. Rousseau, la *Crítica de la Razón Pura*, de E. Kant, la *Vida de Jesús*, de Ernesto Renan, todas las obras de Emilio Zola, y todas las obras de Jean Paul Sartre²⁰². De alguna manera, esa cultura de la intolerancia, que se gestó en importantes sectores de la Iglesia Católica, se ha prolongado hasta nuestros días; según Carlos Fuentes, en el continente americano, como consecuencia de la fortaleza de la contrarreforma, no pudimos incluir la libertad de palabra y la libertad de creencias en nuestra acta bautismal²⁰³.

Entre los antecedentes de la censura en el mundo hispano, debe recordarse que, ante los peligros que encerraba la imprenta y que podían amenazar a la corona, en 1502, los reyes católicos decretaron que ningún libro ni impresor podía osar imprimir un libro -por pequeño o grande que fuera, e independientemente de que estuviese escrito en latín o en otro idioma- sin que para ello contara con una licencia expedida por los reyes, y prohibieron, igualmente, que se vendieran en el reino libros que no hubieran sido previamente examinados por ellos; la infracción de estas disposiciones se sancionaba con la confiscación de los libros, los cuales debían ser quemados públicamente, en la plaza de la ciudad o de la villa en donde se hubieren impreso o vendido²⁰⁴.

La hoy desaparecida Unión Soviética también recurrió a todos los medios a su alcance para silenciar a los disidentes e impedir a sus ciudadanos el acceso a la información. Los libros y revistas que no correspondían a las ideas políticas más ortodoxas no formaban parte del inventario de las bibliotecas del Estado. Incluso la historia era revisada periódicamente, para ajustarse a la línea del partido comunista; a título ilustrativo, después de la ejecución, en diciembre de 1953, de Lavrenti Pavlovich Beria, quien había sido Director de la policía secreta y que había desempeñado un importante papel en las purgas de Stalin, todos los artículos en que se le elogiaba tuvieron que ser escritos de nuevo, incluyendo las referencias que se hacía de él en la *Gran Enciclopedia Soviética (Bolshaia Sovetskaia Entsiklopedia)*, cuya nueva versión también fue recibida por la biblioteca de la Universidad de California, en reemplazo de la anterior²⁰⁵. Los autores de cualquier obra crítica del régimen soviético eran perseguidos y procesados criminalmente, o declarados *enfermos mentales* e internados en sanatorios. Ni siquiera escritores y científicos de renombre, ganadores del premio Nobel, escaparon a esta suerte.

201. Sin embargo, la Santa Sede publicó nuevas regulaciones, que contienen normas precisas acerca de la lectura de libros que se consideran peligrosos para la *fe católica* o para la *moral cristiana*. En este sentido, en la página web de Las Siervas de los Corazones Traspasados de Jesús y María, se advierte sobre "la necesidad de avisar al pueblo de Dios de los peligros en (*sic*) la lectura". Cf., http://www.corazones.org/apologetica/index_libros_prohibidos.htm 05/04/01.

202. La lista de autores prohibidos también incluye a MAQUIAVELO, Nicolás; MILTON, John; RABELAIS; MONTAIGNE; LA FONTAINE; PASCAL; MONTESQUIEU; VOLTAIRE; DIDEROT; STENDHAL; BALZAC; HUGO, Victor; FLAUBERT, Gustave; DUMAS, Alejandro; GIDE, Andre; FRANCE, Anatole; LAROUSSE, Pierre; D'ANNUNZIO; MORAVIA, Gabriel; STUART MILL, Alberto; CROCE, John; BENEDETTO y BERGSON, Henri.

203. Cf., *El conflicto está en la historia*, discurso pronunciado al recibir el doctorado honoris causa de la Universidad de Harvard, 9 de junio de 1983, reproducido en GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel y otros, *La democracia y la paz en América Latina*, Editorial El Buho, Bogotá 1985, p. 34.

204. Cf., la *Pragmática* de los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, del 8 de julio de 1502.

205. La biblioteca de la Universidad de Kansas aún conserva la versión original.

En efecto, después de que se prohibiera su novela *El Doctor Zhivago*, en 1958 Boris Pasternak fue forzado a rechazar el premio Nobel de literatura; asimismo, luego de publicar *El Archipiélago Gulag*, Alexander Solzhenitsyn fue arrestado, acusado de traición, y enviado al exilio; y Andrei Sakharov fue expulsado de la Academia Soviética de Ciencias y enviado al exilio interno en la inhóspita ciudad de Gorky.

En Inglaterra, una de las formas que adoptó la censura, y que fue ampliamente utilizada incluso antes de la invención de la imprenta, cuando los libros simplemente se copiaban a mano, fue la necesidad de obtener una licencia o autorización oficial para la publicación de un libro. Este procedimiento fue reivindicado como una prerrogativa de la Corona, que encontraba su origen en una práctica largamente establecida por la iglesia de Inglaterra, y que, con la aprobación del Parlamento, fue introducida por Enrique VIII, haciéndola extensiva no sólo a los escritos heréticos sino a cualquier publicación, y particularmente a aquellas que de carácter subversivo que pudieran amenazar la destrucción del reino. El discurso de John Milton, pronunciado ante el Parlamento inglés en 1644 y publicado bajo el título de *Areopagítica*,²⁰⁶ fue precisamente una reacción en contra de una ley aprobada el 14 de junio del año anterior restableciendo la censura, y que señalaba que, a partir de esa misma fecha, no se publicaría ni se importaría ningún libro, panfleto o papel, sin la debida licencia previa o registro en la Compañía de Libreros²⁰⁷. Sin perjuicio de varios cambios, antes y después de la revolución, particularmente en cuanto a las agencias gubernamentales encargadas de otorgar las licencias, y en cuanto a su base de sustentación, que pasó de ser una prerrogativa real a una ley aprobada por el Parlamento, este sistema permaneció en vigor hasta su derogación en 1694. Con la aprobación en 1737 de la Ley de Licencias, la cual estuvo en vigor hasta 1968 cuando se adoptó la Ley de Teatros, las obras de teatro también fueron objeto de la censura inglesa, a fin de preservar el *decoro* y las *buenas maneras*; pero, en realidad, esa ley fue el resultado de la sensibilidad herida del Primer Ministro de la época, Sir Robert Walpole, quien había sido expuesto al ridículo en una obra de teatro de Henry Fielding,²⁰⁸ que criticaba la corrupción política imperante bajo su gobierno. Por otra parte, en lo que concierne al cine, la propia industria ha establecido un Consejo de Censores, que concede o deniega a cada película un certificado indicando el tipo de público para el cual ha sido aceptada, y que opera como un mecanismo de auto censura; además, las autoridades locales poseen el poder de conceder o denegar licencias a las salas de exhibición, lo cual les permite un control definitivo de las películas que se pueden exhibir en su área respectiva.

Paradójicamente, la censura ha estado presente incluso en aquellos círculos tradicionalmente inclinados a la libertad de expresión. En este sentido, Frederick Schauer relata el caso del distinguido historiador Leonard Levy, a quien en 1957 el Centro por las Instituciones Democráticas le encomendó preparar un estudio sobre el significado ori-

206. Este libro lleva como subtítulo el de *Discurso sobre la libertad de impresión, sin licencias, al Parlamento de Inglaterra*. Bajo las circunstancias que exigían una licencia previa, esta obra fue impresa secretamente, y aún se ignora el nombre del impresor. La infracción cometida por MILTON fue condonada, con lo que el sistema de licencias recibió un severo golpe, que condujo rápidamente a su colapso.

207. La Compañía de Libreros (*The Stationers' Company*), que se había formado en 1403 de entre los miembros de las cofradías de escribientes, encuadernadores, y libreros, obtuvo en 1557 un decreto que le confirió virtualmente el monopolio del comercio de libros.

208. Novelista, dramaturgo, autor de escritos políticos y satíricos, además de magistrado, que se convirtió en un personaje importante de la vida londinense de la primera mitad del siglo XVIII. Como uno de los pioneros de la novela inglesa moderna, es autor, entre otras obras, de *La historia de Tom Jones*, publicada en 1749.

ginal de la libertad de expresión en la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos²⁰⁹; al estudiar las fuentes, contrariamente a sus convicciones anteriores, Levy llegó a la conclusión de que los redactores de la Primera Enmienda habían tenido una concepción de la libertad de expresión mucho más restringida que lo que tradicionalmente se pensaba, y que en su intención original no figuraba el propósito de eliminar la legislación penal sobre discurso sedicioso ni la intención de eliminar la censura previa más allá de lo que constituyeran mensajes de contenido político. Cuando estas conclusiones fueron incorporadas en el estudio, Robert M. Hutchins, uno de los intelectuales más distinguidos de la época y Director del Centro, se rehusó a publicarlas. Esta forma de censura fue denunciada con indignación por el mismo Levy, en un libro en el que relata estos hechos²¹⁰.

Aunque el desarrollo científico y tecnológico hace cada vez más difícil asegurar la eficacia de la censura previa, particularmente en el mundo de la cibernética y de las comunicaciones por satélite, aún es relativamente eficaz respecto de materiales escritos, de grabaciones sonoras, y de películas. En todo caso, del mismo modo como se han multiplicado los medios de comunicación, y así como la imaginación ha recurrido a distintos medios para transmitir su mensaje, la censura también ha asumido nuevas formas. Si la quema de libros podía ser una eficaz forma de censura antes de la invención de la imprenta, cuando los libros eran escritos a mano y había muy pocas copias disponibles, hoy en día no pasa de ser una muestra de salvajismo, incapaz de evitar, por sí sola, el acceso a una publicación, y mucho menos a la información en su sentido más amplio. En la actualidad, la censura puede ocultarse tras la decisión de qué libros comprar o no comprar para una biblioteca pública, a qué programas de opinión asistirán los miembros del gabinete del gobierno tal o cual, particularmente cuando se decide no asistir a los programas en que simultáneamente se invite a alguna figura de oposición al régimen²¹¹, la clasificación de un libro o de una película como *propaganda política*, mientras que otras son calificadas como *material educativa*, o tras otras decisiones aparentemente inocuas.

C. El debate sobre la pertinencia de la censura

La lucha que se desarrolló en Inglaterra en contra de la censura, practicada en forma de licencias que se requerían para publicar, se reflejó en los escritos del poeta John Milton, de J.S. Mill, y de William Blackstone. Este último sostuvo que la libertad de prensa es esencial a la naturaleza de un Estado libre; en su opinión, tal libertad consiste en no imponer restricciones previas a las publicaciones, y no en dejar libre de censura materiales criminales ya publicados. Según Blackstone, todo hombre libre tiene el indiscutible derecho a exponer ante el público los sentimientos que le plazca, y prohibir

209. Cf., *The First Amendment as ideology*, en ALLEN, David S. and JENSEN, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical perspectives on freedom of expression*, New York University Press, New York and London 1995, pp. 25 y ss.

210. Cf., *Legacy of Suppression: Freedom of speech and press in early American history*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1960.

211. En este sentido, CHOMSKY, Noam y HERMAN, Edward S. mencionan que ABRAMS, Elliot siendo Sub-Secretario de Estado para asuntos latinoamericanos, rehusó participar en una conferencia sobre derechos humanos en América Central, organizada por la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard, si no se excluía la intervención del ex embajador de los Estados Unidos en El Salvador, señor WHITE, Robert. Cf., *Los guardianes de la libertad*, Crítica, Barcelona 2000, p. 57.

esto es destruir la libertad de prensa; pero si él publica algo que es impropio, dañino o ilegal, tiene que asumir las consecuencias de su temeridad²¹². Este debate se extendió a los Estados Unidos, cuyas colonias debieron someterse a las licencias para publicar, y se manifestó en la adopción de la primera enmienda a su Constitución, la cual se ha interpretado como una renuncia a la censura previa. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, al determinar la extensión de la protección constitucional de la libertad de expresión, generalmente se ha considerado que su propósito principal es el de evitar la censura previa *como ha sido practicada por otros gobiernos*, sin perjuicio de las sanciones posteriores que se considere contrarias al bienestar general²¹³. Sin embargo, en el curso del presente siglo la Corte Suprema de los Estados Unidos ha admitido que la protección de la libertad de expresión, incluso en lo que concierne a la censura previa, no es absolutamente ilimitada; esta limitación se habría reconocido en casos excepcionales. Según la Corte, “cuando una nación está en guerra, muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz son tal estorbo que su comunicación no se podrá sostener mientras los hombres estén luchando, y ningún tribunal podría considerarlas protegidas por cualquier derecho constitucional”²¹⁴. Además, en opinión de ese alto tribunal, nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir la obstrucción a sus servicios de reclutamiento, o la publicación de la fecha de salida de sus transportes navales, o el número y localización de sus tropas; de modo semejante, los requerimientos de la decencia podrían hacerse prevalecer respecto de publicaciones obscenas, o la seguridad de la vida de la comunidad podría protegerse contra incitaciones a la violencia y al derrocamiento de un gobierno disciplinado, porque la garantía constitucional de la libertad de expresión no impide que se pueda adoptar una orden judicial impidiendo que se pronuncien palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza²¹⁵. Sobre este particular, lo sostenido por el juez Brandeis resulta especialmente pertinente; en su opinión, la censura se justifica si se teme fundadamente que, de manifestarse las expresiones que se desea prohibir, va a ocurrir algo grave; es decir, debe haber una probabilidad razonable para creer que el peligro que se percibe es inminente y que el daño que se procura evitar es grave²¹⁶. En opinión de Brandeis, para quienes “confían en el poder del razonamiento libre y sin temor, empleado en la dinámica propia del proceso de gobierno representativo, ningún daño que provenga del hecho de expresarse puede considerarse claro e inmediato, a no ser que la incidencia del daño percibido sea tan inminente que pueda producirse antes de tener la oportunidad de discutirlo a fondo. Si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias (que hay en el mensaje que se desea evitar), y si hubiera tiempo para evitar ese daño recurriendo a la educación, el medio adecuado sería más expresión y no el silencio forzoso. Sólo una emergencia puede justificar la censura previa”²¹⁷. Si bien la doctrina del *peligro claro e inmediato*, tomada de las condiciones para que proceda la legítima defensa en el ámbito del Derecho penal, ha aportado un importante elemento de juicio para determinar la procedencia de la censura previa en la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses, ella no ha estado exenta de críticas; en efecto, ella es suficientemente ambigua como para fundarse en un juicio

212. Cf., *Commentaries on the Laws of England*, tomo IV, pp. 151-152.

213. Cf., *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

214. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.

215. Cf., *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

216. Cf., su opinión concurrente en *Whitney v. People of the State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

217. *Ibidem*.

subjetivo, que pretende anticipar cuáles serían las consecuencias perjudiciales del mensaje que se desea impedir²¹⁸.

El art. 19 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que es *el ejercicio* de la libertad de expresión el que puede estar sujeto a ciertas restricciones. Similarmente, el art. 10 N° 2 de la Convención Europea tampoco prohíbe la censura como tal, y dispone que *el ejercicio* de esta libertad puede estar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones, o sanciones; aunque las sanciones son una forma de establecer responsabilidades por un mensaje que ya se ha emitido, las formalidades, condiciones, o restricciones, imponen una censura o barrera al ejercicio mismo del derecho a expresarse; además, la referencia que se hace a la *prevención* en esta disposición, sugiere claramente que sus redactores no excluyeron la posibilidad de recurrir a la censura previa. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que los peligros inherentes a la censura previa son de tal entidad que hacen necesario el más cuidadoso análisis, y que esto es especialmente así en lo que concierne a la prensa, porque las noticias son una mercancía perecedera, y cualquier dilación de su publicación, incluso por un corto tiempo, puede despojarla de todo valor e interés²¹⁹. En todo caso, la censura sólo podría ser aceptada en circunstancias muy excepcionales, cuando el mensaje que se objeta pueda poner en peligro la existencia del Estado como tal, o cuando constituya tal grado de abuso que se traduzca en la negación de los derechos de terceros, de una manera que resulte intolerable en una sociedad democrática.

Pero estas consideraciones no han impedido que, incluso en Europa, se haya recurrido a medios indirectos de censura, como -en el caso *Piermont y France*- la prohibición de permanecer en la Polinesia Francesa, o de reingresar a ella, como una forma deliberada de silenciar las opiniones políticas de una persona²²⁰.

Por el contrario, nutriéndose del espíritu de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y adoptando una solución semejante a la interpretación jurisprudencial formulada por los tribunales de ese país, el art. 13 N° 2 de la Convención Americana omite referirse a posibles *restricciones* y dispone que el ejercicio de la libertad de expresión *no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*; además, el N° 3 del mismo artículo establece que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. La única excepción estaría prevista en el art. 13 N° 4 de la Convención, que dispone que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa *con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2*. En todos los demás casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que cualquier medida preventiva implica el me-

218. Cf., en este sentido, lo expuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque con pequeñas variantes que introducen la *incitación* a una acción ilegal, en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

219. Cf., *The Observer and Guardian v. The United Kingdom case*, Sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 60.

220. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Piermont v. France*, Sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 10 y 11.

noscabo a la libertad de expresión²²¹; por consiguiente, dicho tribunal ha sostenido que “el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”²²². En el mismo sentido, la Comisión Interamericana tampoco ha percibido ninguna circunstancia que autorice recurrir a la censura, señalando que, según el art. 13 de la Convención, quien ha ejercido la libertad de expresión en forma abusiva debe afrontar las consecuencias ulteriores de ese acto²²³. En una interpretación que no compartimos, la Comisión Interamericana ha llegado a sugerir que la prohibición de la propaganda de guerra, así como de la apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal, prevista en el art. 13 N° 5 de la Convención Americana, debe entenderse en armonía con el inciso 1 del mismo artículo, que rechaza de plano la censura y sólo prescribe el establecimiento de responsabilidades ulteriores²²⁴.

Mientras el establecimiento de responsabilidades ulteriores puede tener un efecto inhibitorio de la libertad de expresión, la censura previa es una sanción irreversible, que congela definitivamente el debate. Pero sería ingenuo asumir que la prohibición de la censura previa es suficiente garantía de la libertad de expresión, pues si una persona pudiera ser castigada penal o civilmente por expresiones que no causan ningún daño, esta libertad no pasaría de ser una simple burla.

Sobre este particular, Rodolfo Piza ha sostenido que la sustitución de las *restricciones* a que hace referencia el art. 19 N° 3 del Pacto por la prohibición de la censura previa junto con la posibilidad de establecer *responsabilidades ulteriores* no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo²²⁵. Por otra parte, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la censura previa “es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión”²²⁶. En opinión del Tribunal, “el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”²²⁷. Este sería también el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha entendido que la censura previa es absoluta, y que cualquier interés que entre en conflicto con la libertad de expresión sólo autorizaría a establecer

221. Cf., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 70.

222. Cf., *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 39.

223. Cf., en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 69/98, Caso 11.803, *Chile, Olmedo Bustos Juan Pablo, Colombara López Ciro, Márquez Vidal Claudio, Muñoz Wilson, Alex, Insunza Tagle Matías y Aguirre Fuentes Hernán*, párrafo 77.

224. Cf., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 61, letra g.

225. Cf., su opinión separada en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 8.

226. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 38.

227. *Ibid*, párrafo 39.

*responsabilidades ulteriores*²²⁸. Esas responsabilidades pueden establecerse ya sea por la vía penal, sancionando como delito las expresiones que se consideren lesivas, o por la vía civil, disponiendo las reparaciones pecuniarias a que haya lugar, o por ambas.

En realidad, un Estado parte en la Convención Americana sólo podría recurrir a la censura previa en situaciones excepcionales de la naturaleza prevista en el art. 27 de la misma Convención²²⁹, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de esa situación. Esta medida podría afectar a cualquiera de los dos elementos de la libertad de expresión; es decir, la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de información, tanto desde el punto de vista del que la posee como de quien quiere acceder a la misma.

Rodolfo Piza se ha referido a la diferencia que existe entre el establecimiento de *responsabilidades ulteriores* y la imposición de *restricciones propiamente dichas*. En su opinión, las primeras hacen alusión a infracciones de la ley que solamente se producen con el ejercicio de la libertad de expresión, y solamente se sancionan después de ejercerla; las segundas, en cambio, estarían dirigidas a limitar (*sic*) el ejercicio mismo de la libertad de expresión. Este último sería el caso de las licencias o autorizaciones, cuyo propósito no es el de someter el ejercicio de la libertad de expresión a una responsabilidad ulterior por el abuso que con el mismo se cometa, sino impedir el ejercicio mismo de dicha libertad mientras la licencia o autorización no haya sido otorgada²³⁰. En su opinión, las responsabilidades ulteriores que autoriza el art. 13 N° 2 no pueden tender a producir un efecto impeditivo, sino únicamente a lograr, por medios indirectos y no preventivos, que el ejercicio de este derecho se mantenga dentro de límites legítimos²³¹. Por consiguiente, la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto constituye una restricción cuyo propósito sería prevenir el ejercicio mismo de la actividad periodística, sometiéndolo a la condición de una licencia o autorización, constituiría una restricción no autorizada por el art. 13 N° 2 de la Convención Americana²³². En el mismo sentido, Pedro Nikken estima que la colegiación obligatoria de periodistas, entendida en los términos antes expuestos, representa un régimen extremo, incompatible con la Convención Americana, puesto que bastaría con que una persona *difundiera* por sí misma, a través de un procedimiento de su elección (que podría ser la prensa, la radio, o la televisión) una información que hubiera *buscado* libremente, para que incurriera en responsabilidad (incluso penal) por ejercicio ilegal del periodismo²³³.

Es interesante observar que la nueva Constitución de Venezuela, promulgada el 30 de diciembre de 1999, en sus artículos 57 y 58, también excluye la censura previa tanto respecto de la libertad de expresión propiamente tal como respecto de la libertad de

228. Cf., *Steve Clark v. Grenada*, Caso 10.325, Informe n° 2/96, del 1° de marzo de 1996, en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1995*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1996, pp. 122 y ss.

229. Es decir, en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte.

230. Cf., su opinión separada en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 10.

231. Cf., *Ibidem*.

232. Cf., *ibid*, párrafo 11.

233. Cf., Declaración del Juez NIKKEN, Pedro en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 10.

información. Sin embargo, el art. 337 del citado texto constitucional, permite *restringir* (no suspender) las garantías constitucionales en estados de excepción, excepto en lo que se refiere, *inter alia*, al derecho a la información; curiosamente, esta disposición parte en dos la libertad de expresión en sentido amplio, e incluye el derecho a la información (aunque no la libertad de expresión propiamente tal) entre los derechos intangibles. Sin embargo, el art. 209 de la recientemente aprobada Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que, “hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, *suspender la transmisión de comunicaciones* cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, todo ello de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”²³⁴.

Rechazando el recurso a la censura previa, y acogiendo el establecimiento de responsabilidades ulteriores, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha sostenido que la libertad de prensa “radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin el previo contralor de la autoridad, pero no de la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos y causar daños por culpa o negligencia. La Constitución Nacional no asegura la impunidad de la prensa. Una vez efectuada la publicación, su contenido queda sometido a la ley y al control de los jueces”²³⁵. En opinión de ese tribunal, el derecho de difundir información “no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles.

La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran la integridad moral y el honor de las personas”²³⁶.

Sin embargo, esta distinción entre censura previa y *responsabilidades* ulteriores tampoco debe sobre-estimarse; desde luego, en la era de la cibernética y de las comunicaciones por satélite, la amenaza de una sanción penal o pecuniaria puede disuadirnos de difundir determinadas informaciones o ideas, incluso con mayor eficacia que la censura previa. Además, tampoco debe perderse de vista que, en el caso de los medios de comunicación, la responsabilidad civil puede ser compartida, extendiéndose a los directores de esos medios, que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso no lo hicieren, lo que virtualmente les convierte en censores de lo que se pueda comunicar a través de ese medio²³⁷.

Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que, en la práctica, la censura ha hecho que la información que se objeta se difunda en forma clandestina, a veces incluso con

234. No se indica si la referencia que se hace a la *seguridad* lo es a la seguridad personal, a la seguridad nacional, o a una noción distinta en que la misma sea pertinente.

235. PONZETTI DE BALBÍN, c/Editorial Atlántida, *La Ley*, B, 1985, p. 114, citado por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice” en *Campus*, Año IV, n° XVI, Buenos Aires octubre de 1997, p. 7.

236. *Campillay c/ La Razón*, Sentencia del 15 de agosto de 1986, *La Ley*, C, 1986, p. 406, citado por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, en “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice”, en *Campus*, Año IV, n° XVI, Buenos Aires octubre de 1997, p. 7.

237. *Cf.*, por ejemplo, el art. 1.195 del Código Civil de Venezuela.

mayor eficacia que la proporcionada por los métodos ordinarios. En este sentido, en la sociedad contemporánea las comunicaciones por satélite, al igual que internet, han contribuido a evadir la censura. Por ejemplo, cuando, en abril de 1999, la Corte Suprema de Chile prohibió la difusión de *El libro negro de la justicia chilena*, que criticaba duramente a los jueces de ese país por su comportamiento servil durante la dictadura de Pinochet, inmediatamente dicho libro fue difundido a través de internet, en forma mucho más amplia de lo que podía esperarse con el medio impreso.

2. El derecho de rectificación o de respuesta

Este derecho adquiere toda su relevancia como un derecho del individuo frente a los medios de comunicación, obviamente con la garantía del Estado. Si bien los medios de comunicación tradicionalmente se han resistido a reconocer este derecho, por considerar que constituye una imposición arbitraria de información, ello no significa que no acepten la responsabilidad que les incumbe en la transmisión de información veraz. En este sentido, el manual de estilo de *El País* asume, como cuestión de principio, que el periódico ha de ser el primero en subsanar los errores cometidos en sus páginas, y hacerlo lo más rápidamente posible, y sin tapujos²³⁸.

Además de las circunstancias y de los propósitos que, según las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos que hemos venido comentando, permiten restringir la libertad de expresión, el art. 14 de la Convención Americana señala uno de los medios a que, con tal fin, puede recurrir el Estado, y consagra el derecho de rectificación o de respuesta. Dicha disposición expresa que:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial²³⁹.

En nuestra opinión, la disposición que comentamos debe interpretarse en conexión con el art. 13, N° 2, letra a), de la Convención Americana, que somete el ejercicio de la libertad de expresión al *respeto a los derechos o a la reputación de los demás*; en consecuencia, su pertinencia debe interpretarse en relación con este propósito. Este derecho permite a cualquier persona aludida por un comentario perjudicial difundido a través de cualquier medio de comunicación, o a la que se haya hecho referencia en la información inexacta de una noticia, proteger su reputación y su integridad moral requiriendo a ese medio que inserte la rectificación pertinente, en sus ediciones o programas, y dentro de un lapso razonable después de recibida la rectificación, de modo que se asegure la efi-

238. Cf., *Libro de Estilo El País*, Ediciones El País, 15° edición, Madrid 1999, p. 23, punto 1.10.

239. Debe observarse que, mientras el texto en inglés del art. 14 n° 1 se refiere a "inaccurate or offensive statements or ideas", las versiones en castellano (*informaciones inexactas o agraviantes*), en francés (*domées inexactes ou des imputations diffamatoires*), y en portugués (*informações inexatas ou ofensivas*), omiten la referencia a las ideas.

encia de este derecho. Desde luego, la persona aludida no es solamente aquella que ha sido debidamente identificada, con su nombre y apellido, sino también aquella persona respecto de la cual se proporcionan suficientes datos y circunstancias que permiten identificarla.

En la medida que se trata de un derecho individual, su titular es quien alegue un perjuicio personal, para sus derechos o para su reputación, que deriva de esa información inexacta o agravante. En todo caso, debe observarse que, según el art. 14 N° 1 de la Convención Americana, el ejercicio de este derecho no excluye a ninguna persona, ni está limitado a una categoría especial de personas; en el mismo sentido, el art. 58 de la Constitución de Venezuela señala que “toda persona tiene derecho... a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agravantes”. Por consiguiente, resulta absolutamente incongruente con las disposiciones antes citadas que una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela señale que tal derecho no lo tienen ni los medios ni quienes en ellos se expresan, pues el medio de difusión siempre puede contestar o rectificar la noticia inexacta o agravante que sobre él, sus periodistas o colaboradores, haya sido difundida en otro medio²⁴⁰. Según el citado tribunal, “el derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante *remitidos* suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia”²⁴¹. Desde luego, esa sentencia ignora, entre otras cosas, que el derecho previsto en el art. 14 N° 1 de la Convención Americana contempla el derecho del afectado efectuar la rectificación o la respuesta *por el mismo órgano de difusión*, a fin de permitirle acceder a la misma audiencia que inicialmente recibió la información inexacta o agravante, y como una forma de reparación *no excluyente de otras responsabilidades* que le corresponde precisamente al medio que difundió la información inexacta o agravante que hace necesaria la rectificación o respuesta. En tal sentido, es interesante observar que el art. 20 de la Constitución colombiana garantiza el derecho de rectificación *en condiciones de equidad*.

En primer lugar, hay que observar que este derecho individual se configura frente a la información proporcionada por cualquier medio de comunicación, ya sea éste un medio escrito o radioeléctrico. En tal sentido, es importante subrayar que lo que puede ser susceptible de rectificación son las informaciones inexactas; es decir, aquellas noticias o datos que por su origen, por la forma de su presentación, o por su ubicación en los espacios dispuestos por un medio de comunicación, presumen de objetividad; por el contrario, el derecho de rectificación no resulta aplicable respecto de las ideas u opiniones. Sin embargo, en la medida en que este derecho responde a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad del medio de comunicación, en el caso de informaciones inexactas o agravantes difundidas en un anuncio pagado, que no compromete la responsabilidad del medio, la persona afectada tendría a su disposición los recursos ordinarios, civiles o penales, pero no el derecho de rectificación o de respuesta; en todo caso, nada impide que, como parte de su responsabilidad civil o penal, los tribunales obliguen al autor de

240. Cf., Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia del 12 de junio de 2001.

241. *Ibidem*.

ese anuncio pagado a cancelar el valor de la publicación de esa rectificación o respuesta, o de la sentencia dictada en su contra.

En lo que se refiere al derecho de respuesta, las circunstancias que lo hacen operativo requieren algunas precisiones adicionales. En efecto, si bien el art. 14 N° 1 de la Convención Americana indica que éste procede en caso de *informaciones inexactas o agraviantes*, nos parece que esta disposición debe interpretarse en el sentido de requerir que la información a la que se responde sea *inexacta y agraviante*; se trata de dos de las condiciones operativas de este derecho: 1) que la información que se objeta falte a la verdad *que sea inexacta*, y 2) que ella cause un daño o lesión a la persona aludida; es decir, que sea perjudicial o agraviante. No tiene sentido responder a una información que, debido precisamente a su exactitud y corrección, pueda resultar agravante para quien legítimamente ha sido mencionado en ella. Sin embargo, cuando no se dan los supuestos antes mencionados, la circunstancia de que no proceda el derecho de rectificación o de respuesta no impide que esas expresiones puedan generar una responsabilidad ulterior, que pueda ser exigible ya sea por la vía civil o por la vía penal. Sin duda, de esta disposición no deriva necesariamente la obligación de los medios de comunicación de informar verazmente; pero sí se puede deducir la obligación de realizar un esfuerzo serio por descubrir la verdad y, de rectificar las informaciones inexactas.

Por otra parte, según lo dispuesto por el art. 14 N° 2 de la Convención Americana, tanto en el caso de informaciones inexactas como de informaciones agraviantes, el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta no sustituye las responsabilidades civiles o penales que puedan derivar de dicha información. Además, teniendo en cuenta las dificultades que derivan del principio de la confidencialidad de las fuentes para hacer efectiva esa responsabilidad, el art. 14 N° 3 dispone que toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. Esta disposición, si bien no supone que los responsables del medio se hagan necesariamente solidarios de la información que se objeta, responde a la circunstancia de que ellos han estado en capacidad de impedir su divulgación, y que tenían la obligación de actuar con mayor diligencia en la verificación de la misma, a fin de asegurarse que los hechos y circunstancias difundidos correspondan con los elementos esenciales de la realidad y evitar daños a terceros. Pero, precisamente porque éste es un derecho que surge en el marco de la actividad de los medios de comunicación de masas, que requiere que la noticia *que es una mercancía perecible* se proporcione con suficiente prontitud, la necesidad de que haya correspondencia entre la información que se difunde y los hechos esenciales de la realidad no puede interpretarse como una exigencia de absoluta meticulosidad y exactitud en la narración de los hechos y circunstancias que rodean a la noticia; en este sentido, el Tribunal Constitucional español ha observado que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el ejercicio del derecho a la información, la única garantía sería el silencio²⁴².

Es claro que el derecho de rectificación o de respuesta no es procedente en el caso de opiniones; respecto de éstas, el remedio adecuado es el establecimiento de las responsabilidades civiles o penales a que haya lugar. Sin embargo, en el mundo de la información, la descripción de hechos y las opiniones suelen ir de la mano, lo que eventualmente puede plantear controversias en cuanto a la procedencia del derecho de rectificación

242. Cf., TC 6/1988, también, TC 171 1990, 143/ 1991, y 15/1993.

o de respuesta, o en cuanto a los elementos que lo justifican. Tampoco es un derecho que pueda exigirse en el marco de un debate político concentrado en la discusión de ideas y puntos de vista, y no en la comunicación de hechos o situaciones, que es lo propio de la información. Ello es así porque el propósito de este derecho no es estimular el debate público sino proporcionar un recurso que haga posible la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; de lo contrario, su uso generalizado, incluso respecto de opiniones, podría actuar como un mecanismo perverso que inhiba el debate político, y que, para evitar el costo económico que impone el publicar la rectificación o la respuesta, obligue a los medios de comunicación a ser muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden.

En la medida en que el propósito de la Convención Americana es reconocer derechos y libertades a las personas, y no facultar a los Estados para hacerlo, interpretando la frase *en las condiciones que establezca la ley* utilizada por el art. 14 N° 1 de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, pero no a su creación, existencia o exigibilidad en el ámbito internacional, y que la tesis según la cual dicha frase solamente facultaría a los Estados partes a *crear por ley* el derecho de rectificación o de respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento interno no lo regule, no se compadece ni con el sentido corriente de los términos empleados ni con el contexto de la Convención²⁴³.

Por otra parte, debe observarse que el margen de discrecionalidad que tiene el Estado para establecer, mediante la ley, las condiciones en que puede exigirse el derecho de rectificación o de respuesta no es ilimitado. En primer lugar, el art. 14 N° 1 de la Convención señala expresamente que la rectificación o la respuesta debe efectuarse por el mismo órgano de difusión que comunicó la información inexacta o agraviante que genera el derecho de rectificación o de respuesta. En segundo lugar, en cuanto a su oportunidad, ella tiene que realizarse dentro de un plazo razonable después de haberse recibido la referida rectificación o respuesta; en principio, nos parece que el medio debe dar cabida a esa rectificación o respuesta en la edición o en el programa inmediatamente siguiente a la fecha en que haya sido recibida por el medio. Ni la extensión de esa rectificación o respuesta, ni su ubicación en la programación del medio, han sido reguladas por la Convención y se han dejado al criterio del legislador nacional; sin embargo, nos parece que ambos aspectos deben responder apropiadamente al propósito de esta institución, brindando a la persona afectada condiciones de igualdad en cuanto a su cobertura y ubicación, y permitiéndole acceder a la misma audiencia que estuvo expuesta a la información inexacta o agraviante. Lo que se requiere es que el impacto de la información inexacta o agraviante pueda ser contrarrestado por la difusión, en condiciones de igualdad, de la rectificación o respuesta del afectado. En el caso de los medios escritos, ello supone considerar el despliegue y ubicación de la información inicial; en el caso de los medios radioeléctricos, el ejercicio efectivo de este derecho debe considerar el programa, el día de la semana, la hora en que se difundió dicha información, y la duración de la misma. Es decir, para que se asegure eficazmente este derecho, la ley debe asegurar la difusión adecuada de la rectificación o respuesta de que se trate.

243. Cf., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, párrafos 33 y 23.

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contempla expresamente el derecho de rectificación o de respuesta, es interesante observar que este derecho ha encontrado cabida en la legislación española, que lo regula mediante una ley orgánica especialmente dictada para ese efecto²⁴⁴. Según el art. 1 de la ley que comentamos, toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. De acuerdo con el art. 2 de esta misma ley, el derecho se ejercerá mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar; la rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar, y su extensión no excederá sustancialmente la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario. El director del medio de comunicación deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas. Si la información que se rectifica se difundió en una publicación cuya periodicidad no permite la divulgación de la rectificación en el plazo antes indicado, se publicará ésta en el número siguiente; si la noticia o información que se rectifica se difundió en un espacio radiofónico o de televisión que no permite, por la reciprocidad de la emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, el rectificante podrá exigir que se difunda en un espacio de audiencia y relevancia semejante, dentro de dicho plazo. El art. 4 de esta ley indica que, si la rectificación no se hubiere publicado o divulgado dentro de los plazos antes señalados, o si se ha publicado o divulgado sin respetar las normas antes referidas, o si el director del medio de comunicación ha informado que aquella rectificación no será difundida, dentro de los siete días siguientes, el perjudicado podrá ejercer la acción de rectificación ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio, o ante el del lugar donde tenga su domicilio la dirección del medio de comunicación. El fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en la ley, contados desde la notificación de la sentencia. además, es importante hacer notar que el objeto de este proceso no es incompatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza a que, como consecuencia de los hechos difundidos, pudiera tener derecho el perjudicado.

Un aspecto que no ha sido suficientemente analizado, y que plantea problemas difíciles de resolver, es el que se refiere a la forma de hacer efectivo este derecho en el caso de información inexacta o agravante difundida a través de páginas de internet. Sin tener que invertir una cantidad considerable de dinero, cualquier persona puede crear una página *web* y difundir información en la red. Pero, por su propia naturaleza, no hay medios coactivos que permitan asegurar el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta en caso que el responsable de una página *web* esté renuente a hacerlo; además, a diferencia de lo que sucede con la prensa y los medios de comunicación radioeléctricos, allí no hay un director responsable de la información que se difunde. Sin duda, éste es uno de los desafíos que tenemos por delante.

244. Cf., la *Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Rectificación*, n° 2/1984, promulgada el 26 de marzo de 1984, y publicada en el *BOE* n° 74, del 27 de marzo de 1984, con una corrección de errores publicada en el *BOE* n° 90, del 14 de abril de 1984.

3. Las restricciones por vías o medios indirectos

La importancia de esta libertad hace necesario que ella se proteja no solamente de los ataques frontales del Estado, sino que también de cualquier intento para restringirla en forma más sutil y subrepticia, utilizando premios o castigos. Por lo tanto, fuera de los propósitos taxativamente previstos en el art. 13 N° 2 de la Convención Americana, que permiten restringir la libertad de expresión en las circunstancias allí señaladas, el art. 13 N° 3 de la misma Convención prohíbe restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Si bien esta disposición parece estar referida fundamentalmente a las restricciones de que pueden ser objeto los medios de comunicación, tampoco se puede excluir su aplicación en aquellos casos en que, por medios indirectos, se impide a una persona transmitir un determinado mensaje; en este sentido, la Declaración de Windhoek menciona las frecuentes restricciones de visa que impiden el libre movimiento de periodistas²⁴⁵.

Sobre este particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información, difundida a través de cualquier medio de comunicación -ya sea oral, escrito, artístico, visual, o electrónico- debe estar prohibida por la ley, y que la restricción en la circulación libre de ideas y opiniones, así como también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión²⁴⁶. La Comisión sostiene que, en la medida en que toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y en cualquier forma, la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión²⁴⁷. Asimismo, ella considera que el someter la libertad de información a condicionamientos previos, tales como los de veracidad, oportunidad, o imparcialidad de la información, son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales²⁴⁸. Según la Comisión, la utilización del poder del Estado y de los recursos de la hacienda pública, la concesión de prebendas arancelarias, la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial o de créditos oficiales, o el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión con el objetivo de presionar y castigar, o de pre-

245. Cf., el párrafo 6 de la Declaración adoptada el 3 de mayo de 1991, en el Seminario sobre la Promoción de una Prensa Pluralista e Independiente en África, celebrado con el patrocinio de la UNESCO en Windhoek, Namibia, del 29 de abril al 3 de mayo de 1991. Le referida Declaración recibió el respaldo de la Conferencia General de la UNESCO, en su vigésimo sexta sesión, celebrada en 1991.

246. Cf., la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108 período de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 5 de la parte declarativa.

247. Cf., *ibid*, párrafo 6.

248. Cf., *ibid*, párrafo 7. Cf., también, el informe del relator para la libertad de expresión designado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que considera que las restricciones legales existentes en el continente son el principal obstáculo institucional para el pleno y efectivo reconocimiento de la libertad de expresión; entre estos obstáculos legales, el relator menciona la aceptación por parte de algunos Estados del concepto de información veraz, pues cualquier calificativo previo que se le imponga limita la cantidad de información protegida por este derecho. Cf., el *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1999*, vol. III, Washington, D.C. 2000, pp. 16 y 29.

miar y privilegiar, a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley²⁴⁹. Según la Comisión Interamericana, los mecanismos que se utilizan para coartar la libertad de expresión son muchos y variados, y ese abanico de opciones va desde el asesinato de periodistas hasta el uso de mecanismos más sofisticados, como el hostigamiento constante de los periodistas por medio de demandas judiciales, legislación restrictiva, o medidas de gobierno que ponen obstáculos innecesarios al ejercicio de la libertad de expresión²⁵⁰.

La pretensión, formulada nada menos que en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, de que en los medios de comunicación debe haber un equilibrio ideológico que asegure la participación de columnistas de distintas tendencias²⁵¹, puede considerarse un medio indirecto de restringir el ejercicio de la libertad de expresión. El mismo tribunal antes citado ha señalado que las tasas impositivas que se impongan a las empresas editoriales en igualdad de condiciones, o las normas sobre concesiones en el espacio radioeléctrico, no constituyen formas indirectas de restringir la libertad de expresión²⁵²; sin embargo, en opinión de quien escribe estas líneas, la existencia de tasas impositivas iguales para todas las empresas periodísticas, pero más elevadas que las aplicables a otras actividades económicas, o la existencia de normas que confieren un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades encargadas de otorgar concesiones del espacio radioeléctrico, sí constituyen medios indirectos de restringir la libertad de expresión.

El efecto que tiene en el ejercicio de la libertad de expresión la existencia de monopolios que controlen los medios de comunicación tampoco a escapado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Según la citada Comisión, la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas, por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos²⁵³. Además, en lo que concierne a frecuencias radioeléctricas, la Comisión considera que las asignaciones de frecuencias para radio y televisión deben considerar criterios democráticos, que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a las mismas²⁵⁴. En realidad, la Corte Europea de Derechos Humanos ha ido más allá de lo manifestado por la Comisión Interamericana, indicando que, en todo caso, no puede interpretarse que las licencias que pueda conferir el Estado respecto de las empresas de radio difusión, de cine, o de televisión, no estén sometidas a los requisitos señalados en el art. 10 N° 2 de la Convención (en cuanto a las formalidades y los propósitos de cualquier restricción a la libertad de expresión), pues una interpretación distinta conduciría a un

249. Cf., la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108 período de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 13 de la parte declarativa

250. Cf., *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1998*, Washington, D.C. 1999, vol. III (*Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*), p. 59.

251. Cf., Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia del 12 de junio de 2001.

252. Cf., *Ibidem*.

253. Cf., la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 2 al 20 de octubre de 2000, Washington D.C. párrafo 12 de la parte declarativa.

254. Cf., *Ibidem*.

resultado contrario al objeto y propósito del art. 10 de la Convención Europea²⁵⁵. Además está subrayar que ese razonamiento es igualmente pertinente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, en su voto concurrente con la sentencia de la Corte Europea en el caso *Autronic AG*, el juez de Meyer observó que la facultad de los Estados se extiende a otorgar licencia para las transmisiones de radio y televisión, pero no para recibir dichas transmisiones, y que estas últimas sólo pueden ser objeto de interferencias en cuanto a la forma o a las circunstancias de dichas transmisiones, pero sólo en la medida en que cualquiera de ellas pueda dar origen a efectos perniciosos que hagan surgir la necesidad imperiosa de prevenirlos o eliminarlos²⁵⁶.

En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo una primera oportunidad de aplicar esta disposición de la Convención Americana, que prohíbe las restricciones de la libertad de expresión por vías o medios indirectos. La Corte dio por probado que, en diciembre de 1984, el señor Baruch Ivcher Bronstein, un ciudadano de origen israelí, adquirió la nacionalidad peruana; se dio igualmente por probado que la legislación peruana vigente en el año 1997 disponía que, para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos, se requería gozar de la nacionalidad peruana; asimismo, se dio por probado que, a partir de 1986, el señor Ivcher era propietario de más del 53% de las acciones de la empresa operadora del canal 2 de la televisión peruana, del cual era director y presidente, y que como tal se encontraba facultado para tomar decisiones de tipo editorial respecto de la programación del canal 2. El 6 de abril de 1997, el mencionado canal transmitió un reportaje de interés nacional, denunciando las supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército en contra de la agente Leonor La Rosa y acerca del supuesto asesinato de la agente Mariela Barreto Riofano; posteriormente, el 13 de abril de 1997, se transmitió un reportaje sobre los supuestos ingresos millonarios percibidos por Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú y hombre de confianza del entonces Presidente de la República Alberto Fujimori. Como consecuencia de los reportajes antes referidos, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias que incluyeron la visita de miembros de la Dirección Nacional de Policía Fiscal para sugerirle que cambiara la línea informativa del canal 2, y la apertura de un proceso en su contra por parte de la Dirección Nacional de Policía Fiscal; además, las Fuerzas Armadas emitieron un comunicado oficial en el cual denunciaban al señor Ivcher por llevar a cabo una campaña difamatoria tendiente a desprestigiarlas. El mismo día en que se emitió el comunicado antes referido, el gobierno expidió un decreto que reglamentó la Ley de Nacionalidad y estableció la posibilidad de encarcelarla a los peruanos naturalizados. Posteriormente, una resolución del Director General de Migraciones y Naturalización dejó sin efecto el título de nacionalidad peruana expedido a favor del señor Ivcher. Un juez ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario del canal 2, revocando su nombramiento como director del mismo, y prohibiendo la transferencia de sus acciones. Los accionistas minoritarios del canal 2 asumieron el control del mismo, y a partir de ese momento se prohibió el ingreso al canal de los periodistas que laboraban en el programa *Contrapunto*, que había transmitido los reportajes antes mencionados, y se cambió la línea informativa del ca-

255. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 52.

256. Cf., su voto concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, Sentencia del 24 de abril de 1990.

nal²⁵⁷. En el contexto de los hechos antes referidos, la Corte Interamericana observó que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del canal 2 de la televisión peruana²⁵⁸; según la Corte, al separar al señor Ivcher del control del canal 2, y al excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática, en violación de los artículos 13 N° 1 y 13 N° 3 de la Convención Americana²⁵⁹.

El hostigamiento policial a que se puede someter a un medio de comunicación también fue examinado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso del periódico *Özgür Gündem*, el cual había sido allanado por la policía, sus archivos y documentos habían sido requisados, y su personal había sido detenido, como resultado de lo cual las operaciones de producción del periódico se interrumpieron durante dos días. Según el tribunal, estos hechos constituían una grave interferencia con la libertad de expresión de los peticionarios, porque era desproporcionada para el legítimo propósito de prevenir el delito, y porque no se había proporcionado ninguna justificación para requisar los archivos, libros, y documentos del periódico, ni tampoco respecto de una orden de detención en blanco, de todas las personas que se encontraran en el lugar, incluyendo el cocinero, el personal de aseo, y el ingeniero de calefacción. A juicio de la Corte, no se demostró que ese allanamiento, en la forma que se condujo por las autoridades, haya sido necesario en una sociedad democrática, para la protección de un interés legítimo²⁶⁰. En este mismo caso, en que el citado periódico había sido objeto de más de un centenar de procedimientos judiciales, particularmente por incitación a la violencia o por comentarios que podían exacerbar una situación de tensión ya existente, los peticionarios alegaron que el propósito del gobierno con esas acciones judiciales era impedir la producción y distribución del periódico. Según la Corte, como estas medidas están dirigidas en contra de un periódico, ellas deben ser examinadas a la luz del papel esencial que le corresponde a la prensa en cuanto a garantizar el adecuado funcionamiento de una democracia; en tal sentido, estima el tribunal que la posición dominante de las autoridades del Estado las obliga a desplegar mayor moderación al recurrir a procedimientos penales, pues las autoridades de un Estado democrático deben tolerar la crítica, incluso si ella es considerada como provocadora e insultante. Además, en el caso particular, se consideraba que esa crítica tenía un contenido fáctico y emocional, pero no ofensivo. Por consiguiente, la Corte concluyó que, a través de numerosos procedimientos penales y condenas por el contenido de algunas ediciones, que finalmente llevaron al cierre del periódico, el Estado le había impuesto medidas que eran desproporcionadas e injustificadas para proteger un propósito legítimo²⁶¹.

257. Cf., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ivcher Bronstein* (*Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú*), Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafos 76 y 156 al 160.

258. Cf., *ibid.*, párrafo 162.

259. Cf., *ibid.*, párrafos 163 y 164.

260. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Case of Özgür Gündem v. Turkey*, Sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafos 47, 48, 49, 50, y 71.

261. Cf., *ibid.*, párrafos 51, 52, 53, 54, 58, 60, 61, 63, 68, y 71.

Por otra parte, la misma referencia que, en el art. 13 de la Convención Americana, se hace al *abuso* de controles oficiales de frecuencias radioeléctricas asume que el Estado puede ejercer tales controles. De hecho, una supuesta escasez de frecuencias radioeléctricas lleva implícita una regulación de la radiodifusión por parte del Estado. En este sentido, el art. 10 N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que la libertad de expresión no impedirá que los Estados puedan someter a licencias las transmisiones radiales o televisivas, o incluso la actividad de las empresas cinematográficas. Aunque en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no hay una disposición semejante, durante los trabajos preparatorios del mismo se propuso incorporar una referencia a la facultad del Estado para otorgar licencias para el uso de los medios técnicos de transmisión, con el propósito de evitar el caos en el uso de las frecuencias radioeléctricas; sin embargo, su inclusión fue rechazada, por considerar que podía ser utilizada para obstaculizar el ejercicio de la libertad de expresión, y porque, a juicio de los redactores del Pacto, su indicación expresa tampoco era necesaria pues ya estaba cubierta por la referencia al orden público que se hace entre los motivos que permiten restringir la libertad de expresión²⁶². Pero es importante subrayar que este tipo de licencias no está prevista para controlar la información que se imparte, ni para determinar qué programas resultan aceptables, sino para organizar la forma en que pueden operar aquellos medios que, por sus características técnicas, deben ser regulados. De manera que el Estado no puede someter a los medios radioeléctricos a un sistema de licencias dirigido a censurarlos, y a suprimir determinado tipo de informaciones o ideas. En la medida en que el uso de licencias implica una restricción de la libertad de expresión, para que sea legítima debe perseguir un fin legítimo, y debe someterse a las demás condiciones y requisitos que hacen que tales restricciones sean legítimas. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la referencia que se hace en el art. 10 N° 1 de la Convención Europea tiene el propósito de dejar en claro que el Estado puede controlar, mediante un sistema de licencias, las transmisiones radioeléctricas en su territorio, pero que eso no lo exime de cumplir con los requisitos del párrafo 2 del art. 10²⁶³. Hay que hacer notar que, en este caso, el gobierno de Suiza sostuvo que su utilización del sistema de licencias tenía el propósito de evitar el desorden en las comunicaciones y, en segundo lugar, proteger los derechos de otro, puesto que estaba dirigida a asegurar el pluralismo informativo, permitiendo una distribución equitativa de las frecuencias tanto a nivel nacional como internacional, lo cual fue aceptado por la Corte²⁶⁴. Pero, como muy bien ha observado el juez de Meyer, la facultad que tienen los Estados de conferir licencias para el uso de medios radioeléctricos no implica la facultad de denegar a ciertos individuos el derecho de ejercer su libertad de expresión por algún medio radioeléctrico, o prohibir que determinados asuntos sean transmitidos, o recibidos por ese medio²⁶⁵.

Aunque en el caso *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH* los peticionarios alegaron que la negativa de las autoridades austriacas a otorgarles una licencia para operar una estación transmisora de televisión en el área de Viena violaba su libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos recordó la disposición antes citada, según la

262. Cf., United Nations General Assembly, Doc. A/5000, del 5 de diciembre de 1961, párrafo 23.

263. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 61.

264. Cf., *ibid*, párrafos 69 y 70.

265. Cf., su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, Sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo I de su opinión disidente.

cual era claro que los Estados estaban autorizados para regular, mediante un sistema de licencias, la forma en que las transmisiones radioeléctricas eran organizadas en sus territorios, particularmente en sus aspectos técnicos, pero también en relación a otras consideraciones, incluyendo la naturaleza y objetivos de la estación transmisora que se proponía, su potencial audiencia a nivel nacional, regional o local, los derechos y las necesidades de audiencias específicas, y las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales²⁶⁶. Según la Corte Europea, esto podría conducir a interferencias cuyo objetivo sería legítimo de acuerdo con el párrafo 1 del art. 10 de la Convención, aunque no correspondiera a alguno de los propósitos señalados en el párrafo 2 del mismo artículo; pero la compatibilidad de tales interferencias con lo dispuesto por la Convención debe ser apreciada a la luz de los otros requerimientos que se indican precisamente en el párrafo 2 del art. 10 de la Convención²⁶⁷.

Aunque no se le menciona expresamente, en el art. 13 N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está latente que lo que se quiere evitar es el monopolio de la información, particularmente por el Estado. Sin embargo, en el caso de Austria, en que, debido a la ausencia de legislación relativa a la operación de estaciones transmisoras de televisión terrestre distintas de la Corporación de Radiodifusión Austriaca (ORF), los empresarios privados no estaban autorizados para operar estaciones terrestres de teledifusión (como alternativa a las transmisiones por satélite o a la televisión por cable), la Corte Europea de Derechos Humanos observó que, gracias a las facultades de supervisión que se le confería a las autoridades sobre los medios de comunicación, el sistema monopólico que operaba en ese país estaba en capacidad de contribuir a la calidad y equilibrio de la programación, y era compatible con lo dispuesto por el art. 10 N° 1 de la Convención, sin perjuicio de que -en este caso- pudiera no satisfacer las condiciones del art. 10 N° 2 de la misma Convención²⁶⁸. En respuesta al argumento del Estado, que alegaba la escasez de frecuencias debido a la situación topográfica de Austria, el tribunal europeo sostuvo que, como resultado del progreso técnico alcanzado en las últimas décadas, la justificación para el monopolio de televisoras nacionales, que restringe de manera tan trascendente la libertad de expresión, ya no puede encontrarse en consideraciones relativas al número de frecuencias y a canales disponibles²⁶⁹. La Corte consideró, también, la necesidad de analizar si el hecho de permitir a los empresarios privados el acceso a las transmisiones por cable, mientras se reservaba para una corporación de Derecho público la transmisión de televisión terrestre, proporcionaba una solución menos restrictiva que el monopolio absoluto de las transmisiones de televisión, de manera compatible con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; en este sentido, teniendo en cuenta que, según la información que se le había proporcionado, casi todas las viviendas que recibían la señal de televisión en Viena tenían la posibilidad de conectarse a la red de cables, el tribunal europeo aceptó que la televisión por cable ofrecía a las estaciones privadas una alternativa viable a las transmisiones de televisión terrestre, por lo que consideró que la interferencia con el derecho a impartir información, derivada de la imposibilidad de obtener una licencia para instalar estaciones de transmisión terrestre no podía considerarse desproporcionada para los objetivos

266. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria*, Sentencia del 21 de septiembre de 2000, párrafo 25.

267. Cf., *Ibidem*.

268. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria*, Sentencia del 21 de septiembre de 2000, párrafo 25.

269. Cf., *ibid.*, párrafo 38.

que perseguía la Ley Constitucional de Radiodifusión, tales como garantizar la imparcialidad y objetividad de los reportajes, y la diversidad de opiniones a través de una estación nacional²⁷⁰. No obstante, el juez Bonello hizo notar el efecto que puede tener en el acceso a la información el que la misma sólo esté disponible para quienes disponen de recursos económicos; en este sentido, el juez antes citado expresó que si se hubiera demostrado que el costo de las transmisiones por cable era sustancialmente más oneroso que la televisión terrestre, ya sea para el transmisor o para el receptor, habría concluido que se estaba en presencia de una violación de la libertad de expresión²⁷¹. Según Bonello, entre los elementos constitutivos de la libre circulación de las ideas e informaciones, había que mencionar, en forma destacada, el que nadie esté en desventaja (financiera o de otro tipo) para impartir o recibir informaciones o ideas y, en segundo lugar, que el efecto pernicioso del monopolio de un medio de comunicación sólo puede neutralizarse adecuadamente mediante la existencia de alternativas fácilmente accesibles, que no impongan una carga más pesada que la soportada por el monopolio²⁷².

Entre otros medios que pueden utilizarse para coartar la libertad de expresión, surtiendo el mismo efecto de la censura, puede citarse la expulsión de que fue objeto el 29 de noviembre de 1984 el corresponsal británico en Chile de la agencia UPI, Anthony Boadle, a quien se le atribuyeron inexactitudes en un artículo que, en realidad, él no había escrito; si bien días más tarde se le autorizó a regresar al país, no cabe duda que esa medida, sumada a las frecuentes llamadas que los corresponsales extranjeros recibían del Ministerio del Interior y de la Dirección de Comunicación Social sobre el contenido de las noticias que despachaban al exterior, tuvo un efecto intimidatorio no sólo sobre el señor Boadle sino sobre todos los corresponsales extranjeros²⁷³. Otras modalidades que pueden asumir estas restricciones -muchas de las cuales apuntan al contenido del mensaje- incluyen la prohibición de fundar nuevas publicaciones periodísticas, acciones judiciales en contra de los medios de comunicación, cancelación de la concesión de ondas para la operación de radioemisoras alegando anomalías administrativas, suspensión de los espacios informativos que se transmiten por radio o televisión, prohibición de publicar o difundir determinadas noticias o imágenes, prohibición de presentar cierto tipo de noticias en forma destacada, obligación de difundir sólo informaciones oficiales, estrictos controles sobre la importación y distribución de libros, prohibición de la circulación de determinados libros y publicaciones, y prohibición de la exhibición de determinadas películas²⁷⁴.

Por otra parte, la libertad de expresión -en su sentido más amplio- puede verse afectada por normas que regulen la importación o exportación de material impreso o grabado, o por normas que regulen o impidan la distribución por correo de determinados objetos. Con frecuencia los gobiernos han hecho uso de esta posibilidad, y han recurrido al cierre de las fronteras estatales para impedir el ingreso de las publicaciones, películas, fotografías, música, u otros productos procedentes del exterior. En un caso en que se objetaba una ley que prohibía la importación de libros y otros artículos obscenos o in-

270. Cf., *ibid*, párrafo 40.

271. Cf., su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria*, Sentencia del 21 de septiembre de 2000.

272. Cf., *Ibidem*.

273. Cf., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1985, p. 229.

274. Cf., *ibid*, pp. 220 a 230.

morales, dejando a la discreción del Secretario del Tesoro admitir los llamados libros clásicos o libros de reconocido mérito literario o científico únicamente cuando fueran importados con fines no comerciales, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, observó que atar la censura al movimiento de la literatura o de las películas al comercio interestatal o al comercio exterior sería una forma muy fácil de obstaculizar la libertad de expresión²⁷⁵. El efecto directo de una medida de esta naturaleza es tratar en forma discriminatoria un mismo mensaje, en función de su origen nacional o extranjero. En este mismo sentido, en el caso de una ley que permitía clasificar libros, revistas, películas, etc., como *propaganda política*, los jueces Blackmun, Brennan y Marshall, también de la Corte Suprema de los Estados Unidos, consideraron que ese esquema de clasificación restringía el discurso político por medios indirectos e inhibía la diseminación de esos materiales, pues quienes desearan exhibir una película debían calcular el riesgo de ser asociados con la difusión de materiales clasificados como propaganda, y que ese es un riesgo demasiado grande para aquellos que deben responder ante la opinión pública; además, esa etiqueta oficial tiñe el mensaje de la película así clasificada, disminuyendo la credibilidad de sus espectadores²⁷⁶. El escepticismo así generado produce, en la persona que desee exhibir esa película, una carga demasiado real y demasiado grande como para que pueda ser ignorada en términos prácticos, puesto que la libertad de expresión se ve coartada como resultado de la reacción del público y no de una restricción directa sobre el contenido del mensaje²⁷⁷.

Aunque sin referirse a ella como un *medio indirecto* de restringir la libertad de expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el efecto que el asesinato de periodistas tiene en el ejercicio de esa libertad, y la responsabilidad que le cabe al Estado en cuanto a la investigación de esos hechos y la sanción de sus autores. Según la Comisión Interamericana, aunque no se haya determinado de manera definitiva y concluyente quién o quiénes fueron los autores intelectuales del crimen, si los hechos demuestran que la víctima fue asesinada por el contenido de sus artículos de prensa, la renuncia del Estado a una investigación completa y exhaustiva del asesinato de un periodista resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad; ese tipo de hechos tiene un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. Por consiguiente, la Comisión considera que la falta de investigación y sanción penal de los autores intelectuales del asesinato de un periodista conlleva la violación del derecho a informar y expresarse pública y libremente, y acarrea la responsabilidad internacional del Estado, por violación de la libertad de expresión no solamente del periodista asesinado sino del derecho de todos los ciudadanos a recibir información²⁷⁸. A juicio de la Comisión, la libertad de expresión comprende la garantía del Estado para que el titular de ese derecho pueda expresarse y difundir sus ideas con libertad, así como el derecho de todo ciudadano de recibir dicha información sin interferencias ilegales o injustificadas²⁷⁹. En tal sentido, junto con expresar su pre-

275. Cf., su opinión disidente en *United States v. 12 200-ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 (1973).

276. Cf., su opinión disidente en *Meese v. Keene*, 481 U.S. 465 (1987).

277. Cf., *Ibidem*.

278. Cf., el Informe n° 50/99, Caso 11.739, *Héctor Félix Miranda*, México del 13 de abril de 1999, párrafos 51, 52, y 56. Cf., también el Informe 130/99, Caso 11.740, *Víctor Manuel Oropeza*, México del 19 de noviembre de 1999, párrafos 47, 53, 56, 57, 58, y 61.

279. Cf., el Informe 130/99, Caso 11.740, *Víctor Manuel Oropeza*, México del 19 de noviembre de 1999, párrafo 53.

ocupación por el creciente número de periodistas asesinados como consecuencia del ejercicio de su profesión, la UNESCO ha recomendado a los Estados que adopten el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra las personas cuando éstos son perpetrados para impedir el ejercicio de la libertad de expresión, y que perfeccionen sus legislaciones para posibilitar el procesamiento y condena de los autores intelectuales de los asesinatos de quienes están ejerciendo el derecho a expresarse²⁸⁰.

Una práctica igualmente preocupante, que inhibe la actividad de los periodistas y de los medios de comunicación, es la que se ha reflejado recientemente en las acciones concertadas de ciudadanos que aparentemente actúan en forma espontánea, sin obedecer instrucciones gubernamentales, y que han emprendido campañas de amedrentamiento dirigidas en contra de periodistas y de medios de comunicación particularmente críticos del gobierno, sin que éste haya adoptado las medidas indispensables para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. En el caso del periódico turco *Özgür Gündem*, se alegó, entre otras cosas, que éste había sido objeto de serios ataques y acosos de los cuales las autoridades turcas eran directa o indirectamente responsables, y que finalmente condujeron al cierre del citado periódico. En la denuncia que se introdujo ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, se hizo una detallada relación de los ataques de que fueron objeto los periodistas, los distribuidores del periódico, y otras personas asociadas con él; entre esos incidentes se mencionaba a siete personas asesinadas por *desconocidos*, ataques incendiarios en contra de los kioscos que distribuían ese periódico, agresiones en contra de niños que vendían ese periódico, la desaparición de un periodista de dicho medio de comunicación, la explosión de una bomba en la sede del periódico que sucedió a *Özgür Gündem*, y las amenazas a los distribuidores y a los vendedores del periódico. A pesar de los afectados denunciaron estos hechos ante las autoridades turcas, y a pesar de las numerosas solicitudes de protección que se habrían dirigido a las mismas, la mayor parte de ellas quedaron sin respuesta²⁸¹. El informe elaborado por la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos dio por establecido que había un alarmante patrón de agresiones a personas vinculadas con el periódico, y que las autoridades turcas no habían adoptado las medidas necesarias para proteger a los afectados y para investigar esos ataques, ni habían cumplido con su obligación positiva de garantizar a los afectados su derecho a la libertad de expresión²⁸². En este mismo sentido, según los denunciantes, al estimular o al dar su aquiescencia en tales actos, que acosaban a intimidaban a los periodistas y a los distribuidores del periódico, y al no proporcionarles protección adecuada cuando sus vidas claramente estaban en peligro, directa o indirectamente, Turquía había buscado obstaculizar, impedir, o hacer imposible la producción del periódico *Özgür Gündem*²⁸³. La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que, si bien el objeto esencial de muchas disposiciones de la Convención Europea es proteger al individuo en contra de la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, también puede haber obligaciones positivas, inherentes al respeto efectivo de los derechos involucrados; según el tribunal, el ejercicio genuino y efectivo de esta libertad no depende simplemente del deber del Estado de no interferir, sino que puede requerir medidas positivas de protección, incluso en las relaciones entre

280. UNESCO, Resolución 120, del 12 de noviembre de 1997.

281. Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Case of Özgür Gündem v. Turkey*, Sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafos 9, 11, 12, 13, 14, 15, y 16.

282. Cf., *ibid*, párrafo 38.

283. Cf., *Ibidem*.

particulares. Al determinar si esa obligación positiva existe, debe tenerse en consideración un adecuado equilibrio entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo; a juicio de la Corte europea, el alcance de esta obligación variará, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones que se presentan en cada país, las dificultades involucradas en el control policial de las sociedades modernas, y las elecciones que es necesario realizar en términos de los recursos disponibles y de las prioridades. En todo caso, esa obligación positiva no debe interpretarse de una manera que imponga a las autoridades del Estado una carga desproporcionada o imposible de realizar²⁸⁴. En su sentencia, el tribunal europeo observó que, en el presente caso, las autoridades turcas estaban al tanto de la serie de actos violentos de que habían sido víctimas las personas asociadas con el periódico *Özgür Gündem*, quienes tenían haber sido señalados como blanco deliberado, en un esfuerzo dirigido a impedir la publicación y distribución del periódico; sin embargo, no hubo una respuesta apropiada por parte del Estado. Teniendo en cuenta la seriedad de los ataques, de naturaleza reiterada y extendida, el gobierno turco no podía escudarse en las investigaciones emprendidas por algunos fiscales respecto de estos incidentes, las cuales no lograban desvirtuar el alegato de que esos ataques eran parte de una campaña concertada, apoyada, o tolerada por las autoridades²⁸⁵. En consecuencia, la Corte Europea concluyó que, en el presente caso, incluso si se hubiera probado que el *Özgür Gündem* era un instrumento de propaganda del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), el Estado estaba en el deber de investigar y protegerlo de la violencia ilegal e innecesaria; por lo tanto, se determinó que el Estado no cumplió con su obligación positiva de proteger al periódico *Özgür Gündem*, como medio para el ejercicio de la libertad de expresión²⁸⁶.

VII. COLOFÓN

De las consideraciones anteriores se desprende que, si bien la libertad de expresión no es absoluta, el Estado no tiene un derecho irrestricto para restringirla o coartarla. Cualquier medida que interfiera con el ejercicio de la libertad de expresión debe responder a objetivos legítimos, debe ser necesaria para ese propósito, tiene que ser proporcionada al daño que con ella se pretende evitar, y tiene que cumplir importantes requisitos formales, que son los que permiten preservar la libertad en una sociedad democrática. Además, no cualquier medida que interfiera con la libertad de expresión está permitida. Estas circunstancias permiten afirmar que la libertad de expresión tiene un carácter preferente, y ocupa un lugar central en nuestro sistema de libertades.

284. Cf., *ibid.*, párrafos 42 y 43.

285. Cf., *ibid.*, párrafo 44.

286. Cf., *ibid.*, párrafos 45 y 46.

3. *Acceso a la justicia y debido proceso*

§ 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Lucia Valle Figueiredo
Professora Titular de Direito Administrativo
da PUC São Paulo, Brasil

I. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito? Ou à noção de Estado de Direito, deverá corresponder pressupostos mínimos?

Se não estiver o Estado curvado à *rule of law*, tal seja, à lei a que o poder estatal se deve submeter, sequer poderíamos cogitar na existência do Estado Democrático de Direito.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito materialmente; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos *freios e contrapesos*, do *juiz natural*, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou *post facto*, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

2. Enfim, não poderá a lei ser aparentemente respeitada e os conflitos entre administração e administrados não serem dirimidos imparcialmente, sem que a administração em juízo seja uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face de *Estado de Direito*, porém ainda estaremos, na verdade, em arremedo, em aparência de legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista, estaria amplamente justificado¹.

3. José Afonso da Silva enfatiza que não se pode apenas considerar o Estado de Direito pela legalidade. Afirma o eminente publicista:

Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente².

1. Vejam-se a respeito as obras de ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, p. 93 e ss., bem como DI RUFFIA Biscaretti, *Direito Constitucional*, traduzido por DINIZ, Maria Helena, Cáp. I, ainda Santi Romano, tradução de DINIZ, Maria Helena, *Princípios de Direito Constitucional*, principalmente, Cáp. VI, VII, VIII e IX., DE SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, Cap. I, II, III. Também consulte-se a importante obra de SAMPAIO, Dória: *Direito Constitucional Tributário e Due process of law*, Cap. II.

2. DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição revista e ampliada, p. 101.

II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4. Como se depreende ao Estado de Direito não é necessário, ou não lhe é essencial, a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito, ao qual, em seguida, nos referiremos. Mas, como se verifica também, ao Estado Direito não é suficiente apenas o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e à cidadania existissem.

5. O Estado democrático de direito, como inserido na Constituição em seu artigo 1º, necessita, além dos requisitos já enumerados, que o *poder emane do povo*. Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1º)³.

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias diretamente. Além disso, e, efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em conseqüência, o Estado de Direito é estado de legitimidade⁴.

6. Enumera o ilustre constitucionalista precitado, José Afonso da Silva, os princípios necessários para existência efetiva do Estado democrático de direito. São eles: princípio da constitucionalidade, princípio democrático; princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, como já assinalamos, princípio da igualdade, princípio da Divisão de Poderes, princípio da legalidade e da segurança jurídica⁵.

Consideramos essas noções necessárias como propedêuticas ao tema, embora também sejam seu núcleo fundamental. Haveremos de discorrer sobre alguns desses princípios na medida em que sejam de transcendental importância para caracterização do Estado Democrático de Direito e, nele, ser inserido o devido processo legal.

III. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

7. Devemos inicialmente recordar a extensão da cláusula do *devido processo legal*. Lembremo-nos que o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, em 1215, na Magna Carta, escrita em latim (exatamente para que poucos tivessem acesso a seu conteúdo), época em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei -ele mesmo- mas, a lei era a que o soberano ditava.

Destarte, aparece nessa época, o devido processo legal, exatamente para que o baronato tivesse a proteção da *law of the land*, a lei da terra, ou, como também conhecida mais tarde, a *rule of the law*. Os senhores feudais deveriam conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas, verifica-se que, ainda, o devido processo legal tinha conteú-

3. “Art. 1º -A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”.

4. Veja-se a excelente obra de DE FIGUEIREDO MOREIRA NETTO, Diogo, *Direito da participação política. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*, Renovar, São Paulo, s.d.

5. *Idem, ibid*, pp. 107/108. É evidente que o princípio da separação de poderes deverá ser efetivo e não apenas formal. Se o Congresso estiver completamente subjugado ao Executivo, teremos apenas formalmente um Estado democrático de direito.

do meramente formal. Formal e sem a expressão com que, depois, passaria do Direito Inglês para as colônias americanas e, mais tarde, para a Federação Americana.

8. É, todavia, depois das Emendas V e XIV, que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda V deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedecem o devido processo legal, o *due process of law*. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda V.

Na Emenda XIV, há grande transformação, isso porque já não mais se fala, apenas, do devido processo legal, mas na igual proteção da lei: *equal protection of law*. Então, depois da Emenda XIV, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a *igualdade na lei, e não só perante a lei*.

Há distância enorme entre respeitar-se a igualdade em face da lei e a igualdade dentro da lei, como a breve passo versaremos.

9. Somente será *due process of law* aquela lei -e assim poderá ser aplicada pelo Magistrado- que não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilhas com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis.

Quando o texto constitucional prescreve no Artigo 5º, inciso LV⁶, a obrigatoriedade do devido processo legal -e é o primeiro texto constitucional que a contém expressamente-não é por acaso-. É um texto constitucional absolutamente moderno, é o texto constitucional da cidadania.

Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz em seu bojo o *devido processo legal* e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à ampla defesa, mas *ampla defesa* no Processo Penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o Processo Civil, mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a acepção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.

10. *De conseguinte, impõe-se a conclusão que o conteúdo é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrangendo a igualdade substancial e formal.*

Não é possível pensar-se que, no final do século, com a evolução do Direito Americano desde as primeiras décadas deste mesmo século, quando se incorpora a cláusula em nossa Constituição, equiparável às melhores constituições do Primeiro Mundo, à Constituição Espanhola, à Constituição Portuguesa, à Constituição Alemã, não é possível, repetimos, supor-se que o texto constitucional empregasse a cláusula do *devido processo legal* apenas com seu aspecto formal, com o aspecto do século passado.

Em outras palavras, somente no caso concreto -em face de lei concreta ou da aplicação concreta que um juiz ou administrador faça, em procedimentos, ou processos administrativos ou judiciais- é que veremos se foi cumprido o *due process of law*, que dependerá das circunstâncias, como dizia o grande Holmes⁷.

Passemos a enfrentar o *due process* em seu aspecto material, de grande importância.

6. “Art. 5º -Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”.

7. Como o *due process* deve ter sentido substantivo, somente no caso concreto poderemos verificar se foi efetivamente respeitado.

IV. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IGUALDADE MATERIAL

11. O princípio da igualdade, já averbamos, coloca-se como vetor fundamental no texto Constitucional. Em consequência, como vetor fundamental do devido processo.

A generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a *equal protection of law*, tal seja, à igualdade na lei.

O princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido. Não se concebe possa estar a função administrativa debaixo da lei e sem respeitar o princípio fundamental, matriz de todos os outros.

Em decorrência, o princípio da igualdade deve nortear, de ponta a ponta, toda atividade da Administração e os provimentos, por esta emanados, só serão válidos à medida que estejam atendendo ao princípio.

A exata dimensão do princípio da igualdade é de cabal importância também ao entendimento da *discricionariedade*, pois, se atento se estiver ao cumprimento do princípio, ver-se-á quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrimines e quando não pode como, por exemplo, em atos administrativos gerais.

Em San Tiago Dantas vamos encontrar o exato conceito do que seja a igualdade na lei. O que significa a igualdade?

Primeiro, San Tiago Dantas -in *Problemas de Direito Positivo. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*- diz que a lei, quando discrimina, não pode escolher aleatoriamente as situações. Tem de haver *razoabilidade nas classificações*. Caso não haja, não se poderá dizer cumprido o *due process of law*, mas, antes, haverá *undue process of law*, se não houver a predita razoabilidade das classificações.

12. Destarte, somente se concebe a igualdade na lei⁸, se as classificações forem lógicas, razoáveis, obedientes a discrimines próprios. Por outro lado, também se refere San Tiago Dantas ao respeito aos princípios explícitos e implícitos da Constituição.

13. Aqui, lembraria que a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, logo no seu pórtico, no artigo 1º, tem por fundamentos a *soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político*.

O princípio da legalidade está atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial -igualdade substancial- não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.

Já se referia Canotilho, na *Constituição Dirigente*⁹, que a chamada discricionariedade do Legislativo tem de ser aferida diante dos princípios constitucionais. Não é o legislador livre. Deve respeitar os princípios constitucionais, ainda que implícitos. Tudo, que estiver na Constituição como vetor, terá de ser respeitado pelo legislador.

8. Ao tema é imprescindível a consulta do *Conteúdo jurídico de princípio da igualdade*, de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Malheiros Editores, São Paulo.

9. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra 1982, p. 74.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 5º, LV, vez primeira, vai trazer expressamente a garantia do *devido processo legal*, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Com efeito, na literalidade do mencionado inciso LV:

Art. 5º (...)

LV- Aos litigantes, em processo judicial *ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...). (grifamos)

14. O respeito ao devido processo legal deverá informar todos os procedimentos judiciais e também os administrativos.

Antes da atual Constituição, como já afirmamos, era, no processo penal, por estar em jogo bem de vida supremo, a liberdade do indivíduo, que se verificava com maior facilidade o respeito ao devido processo legal.

O processo judicial, claro está, compreende o cível e o penal. A grande novidade, como dissemos, ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial.

Quaisquer dos *poderes* (poderes encontra-se entre aspas, porque, na verdade o Poder é uno, exercido por meio de funções) do Estado vinculam-se inteiramente à lei em seu sentido amplo.

V. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO DECORRÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

15. Já pontuamos os postulados do Estado de Direito e cumpre, agora, lembrar, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, que todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilastras: de um lado as competências do Estado, as funções estatais, e de outro, as garantias dos administrados. Desse postulado, constrói-se o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios. Aos princípios do Estado de Direito¹¹ deve corresponder necessariamente a obrigação de *se responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas* (artigo 37, § 6º da Constituição Federal)¹².

Impende verificar, desde logo, que a responsabilidade, acolhida pelo Texto Constitucional atual, é objetiva quanto ao Estado. E, também, objetiva no que tange àqueles que exercem funções estatais. É dizer: ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Todavia, relativamente ao funcionário é subjetiva.

10. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª edição revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995, pp. 15/42.

11. CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 51.

12. “Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (...)”.

Entretanto, se é intuitiva a captação de ter optado o texto pela responsabilidade objetiva, estamos a pensar, sem dúvida, nos atos ilícitos ou lícitos, praticados por ação. Quanto à omissão, o problema, aparece um pouco diferente.

16. No tocante aos atos ilícitos, decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado, se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹³.

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, *não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.*

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado, sem antes conferir se houve *faute de service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

16.1. Em conclusão: verificamos que o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos aparece como conseqüência lógica do princípio da legalidade. Sobremais disso, as prerrogativas especiais dadas à Administração impõem a responsabilidade objetiva do Estado.

De seu turno, a responsabilidade por atos lícitos decorre do princípio da igualdade, da divisão equânime das cargas públicas. E, além disso, a responsabilidade por atos ilícitos não se confina aos atos comissivos, porém também se estende aos omissivos.

16.2. Se no direito brasileiro a responsabilidade é objetiva, tal seja, basta o dano e o nexos causal, devemos assinalar situações não possibilitadoras de indenização. É dizer: excludentes da responsabilidade estatal.

Claro está que se a culpa for *exclusivamente* do lesado não responderá o Estado. Cautelas, entretanto, devem ser tomadas para que se não afaste a responsabilidade estatal quando seria devida.

Em outro falar: se o dano não ocorreria, caso a conduta da vítima não tivesse provocado o agravo, não se há de cogitar em responsabilização estatal.

Doutra parte, exclui-se também a responsabilidade estatal nas hipóteses de força maior. Se, houver, por acaso, tomando-se como exemplo, terremoto de graves proporções, absolutamente incontrolável e inevitável, não se poderá pretender obrigar o Estado a indenizar.

A força maior há de ser entendida dentro de seus limites próprios, tais sejam, ocorrências *naturais, imprevistas e imprevisíveis que, ao ocorrerem, provocam danos*. Não se pode, entretanto, cogitar na existência de força maior quando, por exemplo, ocorram inundações na cidade, inundações essas previsíveis e que demandariam obras de infra-estrutura não realizadas.

13. BANDEIRA DE MELLO; ARANHA, Oswaldo, *Princípios de Direito Administrativo*, vol. 2, pp. 486/487; também BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª edição, Malheiros Editores, 1995, p. 515.

Doutra parte, também não se poderia dizer ter ocorrido força maior se tombasse árvore sobre carro estacionado por ocasião de tempestade, se a árvore, por hipótese, estivesse sem exame de suas raízes por muito tempo. Ou, ainda, se já fora condenada por agrônomos. Somente a análise da hipótese concreta poderá resolver o problema.

Conseqüentemente inculpada no nosso Texto Constitucional a responsabilidade objetiva, *postulado do verdadeiro Estado de Direito*, no qual a Administração age manietada, coarctada, ao *influxo de uma finalidade cogente*, como nos diz Cirne Lima, cumpre, efetivamente, haja contrapartida dos agravos que devam ser suportados pelos administrados para implementação do interesse público. E, ademais e principalmente, não sejam suportadas ilicitudes em franca agressão ao ordenamento jurídico.

VI. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

17. De outra parte, a fundamentação das decisões administrativas e a razoabilidade de tais decisões são de cabal importância para sua validade.

Como venho dizendo desde a promulgação da Constituição, pouco importa o fato de não estar a motivação expressa no artigo 37, artigo este destinado aos princípios da Administração Pública. Assim é posto que, no artigo 93, inciso X¹⁴, obriga-se a motivação das decisões administrativas dos tribunais.

Ora, se as decisões administrativas do Judiciário devem ser motivadas, claro está que também a motivação é necessária para as decisões do Executivo. Deveras, o Judiciário exercita função administrativa de maneira atípica, pois, tipicamente, sua função é a judicial.

Procedendo-se à interpretação sistemática, não seria de se supor que os tribunais devessem motivar suas decisões administrativas e não fossem a isso obrigados os administradores, a quem cabe expressamente a função administrativa, portanto, de maneira típica.

Em conseqüência, pouco importa que não se encontre a motivação sediada no artigo 37, no Capítulo VII, referente à Administração Pública, que não esteja topograficamente inserida ao lado dos outros princípios. Pouco importa, porque se acha na mesma Constituição, e expressamente, ainda que esteja, como assinalado, referindo-se ao Poder Judiciário.

18. De outra parte, teríamos o princípio, de qualquer forma, consagrado no texto constitucional na medida em que o artigo 5º, inciso XXXV¹⁵, dá possibilidade de acesso amplo à jurisdição quando houver lesão ou, até mesmo, apenas ameaça a direito.

É dizer, não somente a lesão possibilita o acesso ao Judiciário, mas até mesmo a ameaça de lesão. Ora, sabida é a impossibilidade de acesso ao Judiciário se as decisões

14. “Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (...)”.

15. “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”.

não forem motivadas. Como discutirá a parte seu direito, se não souber sequer o fundamento das decisões?

Em conseqüência, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República também clama pela necessidade de motivação. Ademais, nesta Constituição, no artigo 5º, inciso LV¹⁶, às claras, às abertas, encontra-se o asseguramento do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral, com os meios e recursos a eles inerentes, tanto no processo judicial quanto no administrativo.

Portanto, outro fundamento da necessidade expressa de motivação sedia-se no próprio inciso LV do artigo 5º. Não seria viável, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa se motivação não houvesse.

A motivação é a explicitação das razões que levam o administrador a decidir de uma maneira ou de outra, diante de determinada situação, diante de determinados pressupostos, diante de determinados fatos. O administrador pode chegar à decisão A, B, ou C, respaldando-se em parecer técnico, por exemplo; todavia, é importante e indispensável declinar as razões ensejadoras de tal decisão. Não é possível que o administrador ou o juiz omitam a motivação.

Assim fazem os administradores quando dizem: “indefiro com base no artigo tal, inciso tal”. Pouco importa se o artigo tal ou qual dá suporte à aplicação da pena em tese. Mas, às vezes, as penas a serem aplicadas são alternativas, ou em escala crescente. Tanto o administrador como o juiz deverão dizer: “aplico o artigo tal, inciso qual, porque a questão examinada, tais e tais fatos inserem-se na hipótese legal, por força de tais ou quais razões”.

É dizer: de forma alguma a alegação de dispositivo legal pode ser considerada motivação, fundamentação do ato. É, apenas, a fundamentação legal. No Estado Democrático de Direito, a *motivação* integra, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o *devido processo legal em seu sentido material*. É sua pedra fundamental.

VII. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

19. No processo administrativo sempre se contém procedimento. Processo é o caminhar para a frente, a fim de se chegar a determinado termo, a determinado ponto. Então podemos falar, como também faz a Constituição, de processo legislativo, judicial e executivo.

Todavia, é assente que, na doutrina administrativista, prepondera o termo procedimento. Porém, na verdade, entendemos deva procedimento ser reservado às formalidades, que devam preceder aos atos administrativos, à necessidade administrativa de praticar determinados atos anteriormente ao ato final.

Procedimento, consoante se nos afigura, é o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final. Exemplifiquemos com o procedimento de licitação, procedimento de concurso, procedimento de lançamento, de inscrição da dívida ativa, etc. Enfim, para a emanção de ato administrativo, sempre haverá procedimento. Embora, é bem verdade, que há atos em que essas formalidades são extremamente singelas.

16. O conteúdo do artigo 5º, inciso LV já foi citado na p. 8.

Como vimos o termo *procedimento* emprega-se em duas acepções. Ora, refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanação de atos administrativos, ora como a seqüência de atos administrativos, cada qual de *per se* desencadeando efeitos típicos (como, no exemplo citado, procedimentos concorrenciais, concurso, licitação), porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade.

No primeiro caso, conjunto de formalidades, há uma série de atos (inclusive de terceiros) e fatos administrativos necessários à formação válida do procedimento.

E o processo, de seu turno, estará caracterizado pela *litigância* ou contraposição de interesses, ou, ainda, pelas *acusações*, portanto, revisão necessária dos atos administrativos, quer seja por iniciativa própria (de ofício) ou por provocação do administrado ou de terceiro.

Não nos parece, pois, que o artigo 5º, inciso LV, do texto constitucional quisesse se referir simplesmente ao procedimento, quer seja ao nominado ou inominado.

Em face da preocupação do texto constitucional, queremos fazer a distinção para demonstrar o seguinte: na espécie de procedimentos de primeiro grau (nomenclatura de Giannini)¹⁷ parece-nos necessária, apenas e tão-somente -quando não houver, pois, litigância, interesses contrapostos ou sanções- a aplicação dos princípios inseridos no bojo do artigo 37, da Constituição, acrescentando-se o da *motivação*, o da *lealdade*, da *razoabilidade* e da *boa-fé*, encartados ao longo de toda a Constituição.

20. Entretanto, quando estivermos diante de processos, que têm contrariedade, ou, por outro lado, diante de processos em que existem *acusados*, ainda que entre aspas, em face de processos sancionatórios, os princípios do contraditório e da ampla defesa se não de colocar; assim também quando estivermos em face de processos ablativos de direitos, ainda que a Administração se coloque diante da revisão de atos administrativos emanados ilegalmente.

Deveras, não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado *preliminarmente*.

Nos processos sancionatórios, de primeiro ou de segundo grau, pois, podemos ter processos sem recursos (o administrado pode, p. ex., não recorrer da autuação fiscal) e, também nos processos disciplinares, que visam a verificar os ilícitos administrativos praticados por funcionários, acreditamos ser de toda aplicabilidade a contextura completa do inciso LV do artigo 5º. Portanto, basicamente, o *devido processo legal*, com seus corolários, com suas conseqüências.

21. Em outro falar: no procedimento administrativo para prática de determinado ato, por ex., outorga de uma licença, ou de uma isenção, se não houver de permeio *recurso*, transformando o procedimento em *revisivo ou recursal*, teremos, apenas, formalidades a serem cumpridas pela Administração Pública para chegar ao ato final pretendido.

Porém, quando houver *litigância* -é isto o que está no texto constitucional, "aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral"- *contraposição de interesses, contraditoriedade de interesses*, será de cabal importância a aplicação do devido processo legal.

17. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, volume secondo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1993, pp. 99-118.

22. É claro que os princípios vigentes no processo administrativo vão se aplicar. Lembremos, em primeiro lugar, do *princípio da oficialidade*. É exatamente o contrário do *princípio dispositivo*; na oficialidade, na medida em que o processo esteja com quem detém competência decisória, deve caminhar independentemente da instigação da parte inicial, a não ser nas hipóteses de recursos da parte, cuja desistência lhes seja disponível. Se, todavia, tratar-se de procedimento convencional, o recurso de alguém obrigará a Administração a prosseguir para verificação da legalidade.

23. Por outro lado, é de cabal importância o princípio da *verdade material*, até porque estamos diante da função administrativa e devemos lembrar que função é *relação de dever* daquele que não está acima, mas sim daquele que deve prestar, que deve fazer.

A relação de fundo faz com que o princípio da *verdade material* seja de vital importância no processo administrativo. Não está o administrador impedido, muito pelo contrário, é-lhe não só permitido, como, na verdade, é seu dever, procurar a verdade material no processo, independentemente das provas que a parte tenha produzido.

24. Por outro lado, também no contraditório a na ampla defesa insere-se o problema da defesa técnica. Se é verdade que, no processo administrativo, pode a parte dirigir-se à Administração sem advogado, todavia, cremos que, nos processos sancionatórios e nos disciplinares, deve haver defesa técnica¹⁸.

Sempre que houver prejuízo à parte, a defesa técnica faz-se imprescindível; apenas no caso de, efetivamente, não haver prejuízo poder-se-á dela prescindir.

Vejam que não nos referimos à necessidade de defesa técnica em função de a norma constitucional afirmar ser o advogado essencial à administração da justiça. Não por isso, mas porque consideramos que, sem defesa técnica, na verdade, no mais das vezes, sobretudo nos processos disciplinares, não teremos ampla defesa, defesa realmente eficiente, defesa em que haja efetiva possibilidade de amplo contraditório e exaustão das provas.

25. Há também necessidade de acompanhamento da prova produzida; verificamos que determinadas provas podem e devem ser acompanhadas pelas partes.

Então, notem, quanto ao deferimento de provas, é claro que, tanto o juiz como o administrador, poderão indeferir as meramente protelatórias, provas desnecessárias ao conhecimento de quem deva decidir, mas assegurar-se de que visem apenas a prostrar a demanda faz-se absolutamente necessário.

Realmente, é preciso a parte produzir sua prova, acompanhar a prova a ser realizada. Não existem provas secretas, a parte tem de ter vista dos autos por si ou por seu advogado, não só para a defesa de seu interesse, como dispõe a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIII¹⁹, mas também para defesa de interesses outros, tem direito a acesso aos autos; se algo correr em segredo, deve estar devidamente justificado (são raros os feitos que devem correr em segredo).

Vista dos autos, vista de pareceres contrários à Administração Pública e as certidões destes pareceres é direito do administrado. É claro que a Administração, em sua competência decisória, poderá decidir diferentemente do parecer, mas não ocultá-lo.

18. A Profª MEDAUAR, Odete admite a necessidade de defesa técnica somente para questões mais importantes.

19. "Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (...)".

26. De outra parte, ainda se deve assinalar que o direito à revisibilidade é fundamental no processo administrativo, integra a teoria do processo. Não se pode admitir processo, em que haja *litigiosidade* ou *acusados*, sem possibilidade de recurso. A nosso sentir, a supressão da possibilidade de recorrer atenta ao *due process*. O direito ao silêncio, ou o de não se auto-incriminar, é garantia constitucional, e, ainda que não fosse expressa (artigo 5º, inciso LXIII²⁰ da Constituição Federal), deveria ser diretamente deduzida da cláusula do devido processo.

27. E, por evidente, e finalmente, há proibição da *reformatio in pejus*, não obstante o princípio da legalidade que preside toda atividade administrativa. E não poderia ser diferente. Se houvesse possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato obstacularia a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

Já dissemos em nosso *Curso de Direito Administrativo*²¹, a propósito da reforma para pior (*reformatio in pejus*):

Anteriormente, na 1ª edição, escrevemos ser possível a *reformatio in pejus*, excluindo-a dos processos sancionatórios e disciplinares.

Todavia, remeditando o tema, em edições posteriores, entendemos que esta apenas é possível como conatural à explicitação da função administrativa. Portanto, quando *o processo revisivo for feito de ofício pela Administração ou, se provocadamente, encontrem-se outros envolvidos*, como, por exemplo, nos procedimentos concorrenciais. Mas, na verdade, não será *reformatio in pejus*.

Podemos dar como exemplo o ato de habilitação no procedimento licitatório. É possível que a Administração, instigada pelo recurso de um dos licitantes (que se encontrava habilitado) contra a habilitação de outro, revendo o ato, verifique a necessidade de reformá-lo por inteiro. Inclusive inabilitando, até, o recorrente já habilitado. É claro que, nessa hipótese, o prazo recursal deverá ser reaberto, para que o ora inabilitado possa ter direito à revisão.

E, nesta hipótese, fala-se impropriamente em *reformatio in pejus*. Houve, na verdade, ato de controle da legalidade, por importar nulidade do procedimento; caso assim não se procedesse, estaria a Administração agindo *contra legem*.

Figuremos, também, recurso interposto em determinado concurso, portanto, *em que se encontram envolvidos vários competidores*. Se, por via de recurso, houver controle de toda legalidade - e não apenas do ato passível de recurso-, pode ocorrer que, na prática, o recorrente tenha sua situação piorada.

Não é, todavia, a hipótese mais comum. Se beneficiado com determinada situação, e pretender outra ainda melhor, vai ocorrer, para aquela situação anterior, a preclusão administrativa. A não ser, como frisado, que se coloquem situações de terceiros ou invalidades impossíveis de serem convalidadas e inexistam coarctamentos de outras regras à invalidação.

Os princípios arrolados do contraditório e da ampla defesa são absolutamente essenciais aos processos administrativos, como denominados constitucionalmente.

(...).

A aplicação do devido processo legal, em seu sentido substantivo, será o meio inescusável para a garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como para o correto exercício da função administrativa.

20. “Art. 5º (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (...)”.

21. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª edição, Cap. XV, Malheiros, São Paulo, pp. 428-429.

§ 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Salvador Leal Wilhelm
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV en lo adelante) en su artículo 26, garantiza el derecho de toda persona a acceder a la justicia en defensa de sus derechos e intereses. Asimismo, en busca de permitir el acceso de todos, la justicia es *gratuita* lo cual obviamente sólo significa que no hay costas procesales derivadas del arancel judicial. En uso de este derecho una empresa de televisión demanda a una empresa productora en defensa de un contrato de exclusividad. A pesar de que un tercero, otra empresa de televisión, ha anunciado previamente durante un mes la transmisión del programa causante del litigio, la actora, la primera empresa, utiliza el procedimiento de amparo constitucional (Correia, 2001: B11).

Este procedimiento está establecido para ser utilizado sólo:

...Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará la satisfacción a la pretensión deducida (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 a:50).

En este caso no hay urgencia y además se trata de una cuestión contractual que debió resolverse en un Tribunal Mercantil por no tratarse de ninguna manera de la violación de un derecho constitucional, lo cual hace improcedente el amparo. Tomar la decisión de inadmisibilidad por la falta de urgencia y existencia de otra vía judicial (Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, LOAGDC Art. 6, Núm. 4) exige el uso de recursos del Tribunal. Se ocupa al Tribunal, sin necesidad, por una demanda frívola, en vía de amparo, pero trascendente y necesaria en vía mercantil, lo cual se traduce en un desperdicio de recursos. La actora quien no paga costas procesales con su comportamiento produce lo que se conoce como externalidades, costos no asumidos por quien se beneficia de ellos sino por terceros.

El determinar cuáles son estas externalidades, que pueden ser positivas o negativas y cómo evitarlas es una labor que puede realizarse a través del análisis económico del derecho. Este método será utilizado para determinar las consecuencias de garantizar el acceso ilimitado y gratuito a la justicia. También quién debe asumir esos costos, que no son sólo monetarios. Y, cómo se debe limitar, si es posible, ese derecho para evitar que otros derechos resulten debilitados por la asignación ineficiente de recursos al derecho de acceso (Friedman, 2000).

La investigación se centrará en las materias de amparo y contencioso administrativo. En estas leyes a través del auto de admisión se limita expresamente el acceso a la justicia a diferencia de la materia civil, en la cual, a pesar de la ley (Tribunal Supremo de Justicia, 2000. a:412) el auto de admisión se reduce en la realidad a un formalismo vacío.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA

La vida en sociedad trae necesariamente conflictos entre los seres humanos. Sus intereses y derechos se contraponen o son vistos como contrapuestos. Sin Estado, en anarquía, cada quien hace justicia por su propia mano, si puede. Siempre habrá alguien más fuerte. Eventualmente surgen formas de organización para resolver los litigios. Estas deben ser imparciales y sus decisiones deben ser ejecutables forzosamente. En ese momento surgen los Tribunales. A todos se les debe permitir ocurrir ante ellos para formular sus demandas y obtener una solución justa (Cappelletti y Garth, 1996: 9-10 y Useche, 2001:5). Este derecho consustancial a la existencia misma del Estado, sin ese derecho el Estado se convierte en una entelequia (González Pérez, 1989: 22-28) Pero si no puede afirmarse que sea derivado del Estado de Derecho sino de la esencia misma del Estado, sí va a ser pieza clave de aquél. A partir del siglo XVIII, con el desarrollo de la Administración y la multiplicación de los roles estatales, el litigio ya no se plantearía sólo entre particulares, sino entre particulares y el Estado. El Estado de Derecho exige el sometimiento del Poder Público a:

Normas fijas y conocidas de antemano, normas que permiten que cada una prever con suficiente certidumbre como usará la autoridad sus poderes coercitivos y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de ese conocimiento. (Hayek, 1990:103)

Los Tribunales ya no deben sólo resolver conflictos individuales sino también deben mantener la legalidad (Buscaglia y Ratliff, 2000:55) y constitucionalidad, lo que hace surgir las competencias contencioso administrativa y constitucional.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

A todos, sin excepción se les garantiza la posibilidad de que ante un Tribunal, independiente e imparcial se instaure un proceso que concluya en una sentencia, favorable o negativa (González Pérez, 1989:28 y Useche, 2001:7) Pero si bien formalmente tal aserto es cierto, una serie de costos, impiden que tal derecho se haga efectivo.

La justicia no es gratuita, nada lo es. No se pagan aranceles, pero hay otros costos, además del abogado. Y el particular deberá balancear costos y beneficios antes de decidirse a demandar.

El primer costo, es el pago de abogados. En materia de amparo, la jurisprudencia afirma que las costas no están sujetas al límite del treinta por ciento (30%) que establece el Código de Procedimiento Civil, artículo 286 (en adelante CPC) (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 b:207). Lo cual significa que su monto quedará a criterio del Tribunal en otro proceso, con sus respectivas costas. La Jurisprudencia citada también afirma que ese caso del amparo el proceso puede llevarse sin abogados (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 b: 206)

Un segundo elemento a tomar en cuenta es el que el monto de dinero a recibir, si se trata del contencioso administrativo puede ser demasiado pequeño. Y si se trata de amparo la sentencia otorgaría un derecho que no tendría necesariamente valor monetario. Esto hace irrazonable asumir los costos del proceso que además del abogado incluyen pérdida de días de trabajo, pago de transporte a los tribunales, pago de los auxiliares de justicia, como peritos (Ritcher y Roche, 2001: 59), y costos asociados con el transcurrir del tiempo.

En materia de amparo la justicia se actúa a través de un proceso breve y oral y no sujeto a formalidad, proceso en el que todo tiempo es hábil y que se tramita con preferencia a cualquier otro asunto (Art. 27 CRBV). Pero la realidad es otra, y las dilaciones son la regla. La lentitud o retardo procesal no es característica exclusiva del sistema judicial venezolano, pero eso no la hace menor (Buscaglia y Ratliff, 2000: 57 y Ritcher y Roche, 2001: 34 y 56). Si se trata de necesidades urgentes el tiempo necesario para obtener una solución sería ciertamente una razón para decidir si se utiliza o no el sistema judicial (Capelletti y Garth, 1996: 16) Por lo tanto al reducir el tiempo de respuesta de los tribunales hará posible la efectividad del derecho de acceso a los tribunales y por lo tanto también recibe consagración constitucional expresa, así se tiene derecho a:

...obtener con prontitud la decisión correspondiente... El Estado garantizará una justicia... expedita sin dilaciones *indebidas* sin formalismos o reposiciones *inútiles* Art. 26 CRBV. (Subrayados del autor)

Un último costo asociado con el proceso y que debe tenerse en cuenta en la materia de amparo y contencioso administrativo es que la actividad del Poder Público puede afectar a miles de personas simultáneamente. La victoria de un recurrente beneficiaría a toda la colectividad, si a raíz de una derrota en los tribunales la Administración cambiase su proceder. En definitiva, los costos recaerían sólo sobre una persona pero muchos se beneficiarían. Esto es lo que se conoce como una externalidad positiva. Quienes reciben el beneficio no lo costean. Esto se traduce o puede traducirse en un problema de acción colectiva. La decisión que sostiene la legalidad o la constitucionalidad es un bien público, pues será gozada o debe ser gozada por todos. Si bien los efectos de la sentencia son personales y no se extienden a terceros en principio; los Tribunales en algunos casos han reconocido al recurrente como el defensor de un interés colectivo (Tribunal Supremo de Justicia, 2001b: 117) extendiendo los efectos de la sentencia a personas que no recurrieron. Por demás, dado el carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional (Art. 335 CRBV) y la posición que ocupa la Sala Político Administrativa, como vértice del Contencioso administrativo los demás tribunales estarán obligados en un caso y en el otro, posiblemente, seguirán los criterios de la sentencia. De lo cual se concluye que la colectividad se beneficiará como un todo, pero los costos recaerán sólo sobre quien decida recurrir. Por lo tanto es posible que nadie recurra. (Olson, 1992)

IV. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Este derecho garantizado por la constitución en su artículo 26 se puede definir como:

El derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable... pero no ... es el derecho a que los plazos se cumplan, y a que las secuencias del proceso se ajusten a las dimensiones temporales definidas en las normas procesales. (Fernández Viagas. 1994: 44)

El artículo 26 CRBV reconoce que el tiempo es consustancial al proceso. El Juez y las partes necesitan tiempo para preparar sus alegatos y argumentos. La evacuación de las pruebas requiere tiempo. En ocasiones las partes residen en distintas ciudades. Los testigos deben ser ubicados y citados. Finalmente el Juez debe valorar los medios de prueba para poder determinar su grado de convicción. La decisión debe ser producto del análisis de hechos y argumentos. El análisis requiere calma y tiempo. Es mas, el acelerar el proceso puede ser un medio de “obligar al adversario a la improvisación, especulando con la desorientación psicológica producida por la sorpresa” (Calamandrei, 1986:279). Sin embargo, la Sala Constitucional parece no compartir estas apreciaciones

pues exige que la sentencia en los juicios de amparos se produzca de inmediato o en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas. (Tribunal Supremo de Justicia, 2000a: 393).

Solo la dilación irrazonable es violatoria del derecho constitucional, la irracionalidad es un *concepto jurídico indeterminado* es decir:

...la medida concreta de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata. (García de Enterría, 1962: 71).

Así en cada juicio concreto deberá determinarse si la dilación es razonable o no. Deberá tomarse en cuenta: la complejidad del asunto, a mayor complejidad mas tiempo. La conducta del demandante, si se obstaculiza o no el proceso sin razón. La conducta del juez. Lo que el interesado arriesga. Si la materia exige solución inmediata, como es el caso del amparo (Fernández-Viagas, 1994: 73-106)

Una causa común de excusa para el retardo procesal, la dilación indebida es el alto número de casos pendientes. (Fernández-Viagas, 1994: 99)

Y aquí es donde se plantea el problema central de esta investigación.

A medida que se amplía el acceso a la justicia, si se mantiene constante el número de tribunales el retardo procesal necesariamente tenderá a incrementarse. Si hay un mayor número de causas pendientes, por necesidad el Juez dedicará menor tiempo a cada causa por lo que se requerirá más tiempo para cada una. Por otra parte si se logra reducir el tiempo para decidir cada causa, dado que el retardo es uno de los costos que impiden el acceso, aumentará la demanda del servicio judicial y a la larga se volverá al retardo procesal (Buscaglia y Ratliff, 2000: 69)

Los efectos de ampliar el exceso pueden ser devastadores, en Argentina se afirma que un Magistrado de la Corte Suprema de ese país tiene que firmar una sentencia cada catorce minutos para cumplir con su trabajo, obviamente el Juez se limita a firmar lo que la llamada *junior court*, el cuerpo de asistentes y escribientes del Tribunal le preparan, sin leerlas siquiera. De allí que Sagues (2001: 4-5) concluya que el mejor modo de destruir un tribunal es aumentar el número de casos que debe conocer.

V. LAS PROPUESTAS USUALES DE SOLUCIÓN

1. La que pareciera ser la panacea es la oralidad, la CRBV en su artículo 257, en orden a la eficacia de los trámites exige que los procesos sean orales. Pero los juicios escritos pueden llevarse, y de hecho, así es, simultáneamente. Dado el extremado y vacío formalismo de los juicios, centenares de ellos transcurren simultáneamente, siendo llevados no por el Juez, sino por los auxiliares del Tribunal.

El Juez, en el común de las decisiones se limita a firmar lo hecho por los escribientes. Por supuesto, a mayor número de casos, menor será el tiempo dedicado a cada expediente. Los juicios orales, en cambio exigen la intermediación del Juez, así que este no puede *delegar* su trabajo en los escribientes, lo cual en todo caso es ilegal, sino que tampoco puede atender los juicios simultáneamente. Mientras se desarrolla una audiencia es imposible estar presente en la audiencia de un segundo caso. Esto exigiría, si los juicios fuesen orales, establecer un calendario de causas. Y por supuesto, en un día habrá un número limitado de audiencias, por lo cual la espera por una sala de audiencias disponible puede ser extremadamente larga.

2. La segunda solución obvia es la de aumentar el número de Tribunales. Esto significa o aumentar el presupuesto o disminuir los recursos disponibles para cada Tribunal.

Se está ante otro problema clásico y es que los derechos cuestan (Holmes y Sunstein en Pintore, 2001: 190). Todos los derechos son positivos, en el sentido de que todos exigen un gasto presupuestario. La CRBV, establece en su artículo 254 que no menos del dos por ciento (2%) del presupuesto ordinario nacional se dedicará al Poder Judicial. Pero ya para el 2001, esto no pudo ser cumplido y se le asignó sólo el uno coma treinta y dos por ciento (1,32%) (Quijada en Pérez Rodríguez, 2000).

Pero ese presupuesto puede utilizarse para crear nuevos juzgados, como reclama el Colegio de Abogados, que quiere triplicar las fuentes de trabajo, los tribunales (Veloz en Poleo, 2000). O se pueden utilizar para aumentar los ingresos monetarios o no monetarios de los Jueces creando:

...un ambiente lo mas regio posible con nuevos mobiliarios, aparatos electrónicos que puedan interconectar a todos los jueces. (Quijada, 2000)

En este último caso, a presupuesto constante no se puede aumentar el número de Tribunales.

Sin embargo, algunos estudios demuestran que el aumento del presupuesto o asignar un porcentaje no resuelve el problema. (Buscaglia y Ratliff, 2000: 69) pues como ya se dijo, al reducirse el retraso aumenta la demanda y ésta aumenta el retardo.

La causa que impide la mejora puede ser otra, mayores recursos puede significar mayor número de jueces mal pagados. Pero si el aumento de recursos es considerable y se aumenta el número de jueces bien pagados, no necesariamente se traducirá en menos retraso o mayor acceso. Al aumentar el número de Tribunales, personas sin la preparación suficiente deben ser nombrados para llenar las vacantes. El talento con probidad es escaso. Por demás el pagar bien a los jueces no asegura un buen funcionamiento. Una vez nombrados los jueces, como humanos buscarán reducir la carga de trabajo, rechazando tantos casos como sea posible. Igualmente es de esperarse que recurran a formalismos para descargarse de casos en materias que no dominen o no disfruten (Macey, 1995: 63 y 64) y no se trata de desacreditar a los jueces, sino de prever un comportamiento maximizador racional de su parte.

Por otra parte, aumentar el presupuesto exige aumentar los ingresos totales del Estado o redistribuirlos al interior del presupuesto. Aumentar los ingresos exige recurrir a medios fiscales o monetarios. Los medios monetarios consisten en depreciar el bolívar de tal manera que cada dólar producto del petróleo permita crear mas bolívares, significa aumentar la masa monetaria. Si este aumento no es compensado por la producción, produce inflación. La inflación exige aumentar los pagos en sueldos. Y desaparecen los nuevos ingresos. Luego sólo queda la vía fiscal, los tributos. Estos pueden revestir la forma de tasas o impuestos. La CRBV en sus artículos 26 y 254 prohíbe expresamente la posibilidad de cobrar tasas por el Poder Judicial. Esto ¿en qué se traduce? En el caso que sirvió de ejemplo al comenzar el artículo, dos empresas llevan a la competencia constitucional un asunto mercantil, lo cual significa que aún bajo la vigencia de la constitución del 61 no había pago de aranceles o tasas (Art. 16 L.O.A.D.G.C.) La empresa ganadora se beneficia económicamente en exclusiva. Los gastos distintos de abogados del Tribunal, sueldos del Juez, empleados, sede del Tribunal, tales recursos son consumidos en el juicio, se cargan al presupuesto general del Poder Judicial. El presupuesto se paga con los impuestos que recaen sobre toda la población sin importar si es o no de escasos recursos. Es decir, se produce una redistribución de dinero de los pagadores de

impuesto hacia una empresa que recibe *gratuitamente*, el servicio. No es gratis, lo pagan los contribuyentes. Por otra parte, el que se obligue al cumplimiento de los contratos, es un factor que mejora el desempeño de la economía y favorece el desarrollo (Buscaglia y Ratliff, 2000) Por tanto, no sería aventurado afirmar que los contribuyentes pagarían por el desarrollo económico.

Pero esta segunda vía que ahora se ha ilustrado, el impuesto, tampoco esta exenta de trabas. Primero la presión tributaria tiene dos límites, uno: no se puede hacer recaer sobre quienes no tienen recursos suficientes. Dos: no puede absorber todo el dinero sobre cierto nivel, ni destruir la capacidad de poder con la renta, porque sería confiscatorio y la Constitución lo prohíbe (Art. 317 CRBV) Pero mas allá de esos límites legales en una sociedad democrática los tributos deben ser aceptados por el cuerpo electoral a través de sus representantes (Art. 317 y 74 CRBV) El aceptar un impuesto significa renunciar a bienes presentes en favor de un futuro, en este caso: la Justicia. Esta es provista por Tribunales en los cuales *el derecho es ancho y ajeno* (Garnica, 2000: C1). Entonces es difícil justificar un aumento de impuestos para pagar por la *Justicia* ¿Podrían redistribuirse los recursos al interior del presupuesto? Los impuestos van a un fondo común y no tienen una destinación previa. De nuevo la justicia difícilmente será la prioridad, lo que se destina a los Tribunales se le resta a educación, salud y sobre todo al enorme aparato de subsidios de que gozan muchos sectores. Incluso los empresarios quines serían beneficiados directos de una mejora en la justicia no la consideran una prioridad. Para aquellos la tasa de cambios, cuya depreciación disminuye la presión de la competencia es más importante para el desarrollo económico y que un sistema judicial eficiente. (Carquez, 2001:61)

Tercera solución: dado que ni la oralidad, ni el aumento del número de tribunales es la solución, es necesario impedir la sobrecarga de los tribunales existentes, por ejemplo, reduciendo las tareas administrativas (Buscaglia y Ratliff, 2000: 61). Pero mas importante sería hacer efectiva la regulación del derecho de acceso a los tribunales, permitiendo al Juez, estableciéndolo legalmente, la restricción de la entrada de *casos frívolos* (Buscaglia y Ratliff, 2000: 60) o casos manifiestamente infundados. El artículo 26 de la CRBV a diferencia del 68 de la constitución del 61 no remite al legislador, la regulación y concreción del derecho pero todo derecho es limitable (Bobbio, 1997: 5 y ss.) Si bien la esencia del derecho siempre estará vedada al legislador (Corte Suprema de Justicia. 1990: 119)

Entonces será necesario limitar el acceso a los tribunales para salvaguardar la justicia sin dilaciones indebidas. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977, en efecto limita el acceso a los tribunales de lo Contencioso Administrativo y la Ley Orgánica de Amparo lo hace respecto de la competencia de amparo. Pero, ¿son razonables esas limitaciones?

VI. LAS LIMITACIONES LEGALES

1. El artículo 84 L.O.C.S.J. establece que no se admitirán demandas cuando así lo disponga la ley. Esta norma viola el artículo 259 CRBV que establece lo que se conoce como la Cláusula General o revisabilidad de todo acto administrativo. Por la cual estableció en su oportunidad la antigua Corte Suprema de Justicia que:

cuando la ley emplea la fórmula *no habrá recurso alguno* se refiere a los recursos administrativos y no a los recursos contenciosos administrativos. (Brewer, 1984: 392)

La Cláusula General es una garantía contra la actuación no sujeta al derecho por parte de los órganos del Estado y los infames *actos políticos* y la falta de control del acto discrecional (García de Enterría, 1962: 60).

Y no solo eso, sino que según sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, el recurso contencioso administrativo tendrá dos instancias, salvo que sea el Tribunal Supremo el que conozca en cuyo caso será la única instancia, de acuerdo con el artículo 8, numerales 1 y 2, literal h del Pacto de San José y el artículo 23 CRBV (Tribunal Supremo de Justicia, 2000b: 289) Fundamentación errada pues el literal h del numeral 2 se refiere sólo a la competencia penal, pues habla del inculpado.

Pero si bien, nada justificaría reducir el alcance del control de los actos del Poder Público, cabría preguntarse si los mismos es válido para los así llamados actos cuasijurisdiccionales, actos en ejercicio de la potestad arbitral. La Administración en numerosas ocasiones en materias sensibles social o económicamente, tales como laboral, agrario, inquilinato, actúa como *juez* entre dos particulares. Y en tal caso el acto, siendo administrativo, es recurrible ante los Tribunales. Y la decisión del Tribunal es apelable.

¿Cuál es la consecuencia de esto?

En las Inspectorías del Trabajo, por ejemplo se resuelven los casos de despido de trabajadores que tienen estabilidad, la decisión que dicta la inspectoría es difícil de ejecutar y no representa una gran cantidad de dinero para el trabajador que está supuesto a ser resguardado. La parte perdedora tiene derecho a recurrir a los tribunales de lo Contencioso Administrativo según sentencia de la Sala Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia. 2001 b: 239). Y corresponde según el artículo 185 L.O.C.S.J. a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo con sede en Caracas y con apelación ante el Tribunal Supremo de Justicia. En la misma sentencia se ratifica la revisabilidad de todo acto administrativo (Tribunal Supremo de Justicia. 2001 b: 244). Pero ¿es razonable que un trabajador que gane salario mínimo y reside en el interior del país que sea favorecido por la decisión del Inspector del Trabajo sea obligado a disputar, tal vez durante años, en los Tribunales de Caracas contra el patrono que recurrió al Contencioso Administrativo? Antes de esa sentencia, al menos se podía litigar en el Tribunal laboral de la localidad (Tribunal Supremo de Justicia, 2001 b: 381). A las Inspectorías del Trabajo acuden quienes no pueden acceder a los tribunales (Ritcher y Roche, 2001: 50) y al no limitarse legalmente el derecho de acceso a los Tribunales se les priva de la justicia pues la decisión deberá ser defendida con un enorme gasto de recursos. Por supuesto, para el patrono es igualmente irracional impugnar la decisión por los excesivos costos.

¿Podría proponerse en materia constitucional la figura del *certiorari* que se utiliza en Estados Unidos para limitar el acceso a la justicia constitucional? El *certiorari* exige que cuatro de los nueve jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos acepten conocer el caso. La institución sin embargo no puede trasladarse a Venezuela pues la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos es la tercera instancia, por lo cual la falta de pronunciamiento es indiferente. Mientras en Venezuela la Sala Constitucional es la única instancia. Por otra parte el *certiorari* obedece a criterios políticos, estratégicos y personales (Clayton y Gillman, 1999)

2. Los Requisitos Procesales: La CRBV (artículo 26) prohíbe las formalidades inútiles mas no aquellas que son esenciales, es decir aquellas:

...formas y requisitos procesales que por afectar al orden público, son de necesaria observancia, por su racionalidad y eficacia. (González, 1989: 61)

Como tales clasifican algunas de las llamadas causales de inadmisibilidad de los artículos 84 y 124 L.O.C.S.J.

Las referidas a la competencia de los Tribunales son siempre admisibles, todos los Tribunales tienen jurisdicción mas no todos tienen la misma competencia. Aún así es indiferente, en principio, si es un Tribunal laboral o uno contencioso administrativo es el que conoce el acto del Inspector de Trabajo, pues la competencia se ejerce por los tribunales que la ley determine (Artículo 259 CRBV) (González Pérez, 1989: 69, en contra Brewer, 1993: 49 y sgtes.)

La más polémica causal es la referida a la legitimación, la L.O.C.S.J. en su artículo 124 exige un interés legítimo, directo y actual, la CRBV en su artículo 26 extiende la legitimación a los intereses difusos y colectivos. No puede sin embargo como se ha llegado a plantear, eliminarse el requisito (Alonso, 1996: 179) pues como se dijo por la antigua Corte Suprema de Justicia:

No dejan los ordenamientos jurídicos, en general -y el nuestro tampoco es la excepción- al libre arbitrio de los particulares la interposición de los recursos, sino que, por el contrario, generalmente imponen a estos limitaciones para demandar. Lo contrario llevaría... a embarazar inmotivadamente el funcionamiento de los tribunales [y] preserva en cambio al juez de los llamados recurrentes de oficio... Por mandato del legislador, pues, el juzgador se ve constreñido por el derecho positivo a examinar con prioridad la capacidad del demandante para actuar en juicio. (Corte Suprema de Justicia, 1985: 135)

Y aún extendiéndose la legitimación a los intereses difusos, es decir, aquellos que pertenecen a pluralidad indiferenciada de individuos (Cresti, 1992: 5) no se puede convertir en una acción popular en defensa de la legalidad en abstracto. Pues esto se traduciría en una sobrecarga de trabajo y desperdicio de recursos de los Tribunales. Pudiendo convertir al procedimiento en una posibilidad de ganar notoriedad, obtener dividendos económicos o lograr una meta ideológica. (Brewer, en Villegas, 1999: 80)

Es mas cuando un grupo pretende actuar aún legitimado por la ley, debe exigirse de él permanencia, para evitar el oportunismo (Tribunal Supremo de Justicia, 2000b) y que haya alguna relación entre el grupo y el daño. (Gelhorn et al, 1995: 113)

Una causa de admisibilidad supuesta a desaparecer es la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa. La Ley Orgánica de Administración Pública artículo 9, numeral 7, la convierte a futuro, en opcional, lo que no debe significar su eliminación pues en los asuntos de pequeño monto y en especial en los actos en masa es la única vía razonable, pues en tales casos el acceso a los Tribunales tiene costos prohibitivos. Incluso el recurso de reconsideración debe mantenerse pues si el acto emana del Ministro, el particular sólo tiene la costosa opción del contencioso administrativo, sino existe el recurso de reconsideración. (Sarmiento, 1996: 46)

Finalmente una causal que hasta la constitución del 99 separaba al recurso de inconstitucionalidad del contencioso administrativo y hoy solo hace inadmisibile el recurso de amparo es la necesidad de una violación directa de la Constitución (Tribunal Supremo de Justicia, 2000 b: 169). El permitir que toda violación de la Constitución sea recurrible en amparo llevaría cada caso pendiente en algún tribunal hacia la competencia constitucional. (Wahl y Wielawd, 1997: 14 y sgtes. En contra Brewer, 1991: 35 y ss.).

VII. CONCLUSIONES

La existencia del Estado depende de que su sistema judicial funcione. Al evolucionar hacia un Estado de Derecho, el sistema judicial debe estar en capacidad de conocer todo conflicto entre los particulares y el Estado, en función de garantizar la libertad individual.

Un Estado de Derecho debe garantizar a todos, sin excepción, el acceso a los Tribunales. Costos como abogados, tiempo, que no siempre serán compensados por lo obtenido en el juicio, sea esta ganancia monetaria o no, lo pueden impedir.

Cada caso que es llevado ante los Tribunales aumenta la carga de trabajo de aquellos, impidiendo el acceso a otros. Al aumentar el número de casos aumenta el tiempo necesario para resolver cada caso, lo cual se traduce en dilaciones indebidas. Estas son un costo que impide el acceso.

La primera solución es aumentar el número de Tribunales. Pero la sociedad no siempre esta dispuesta a sacrificar otros bienes para pagar por garantizar el acceso a la justicia.

Cada litigante beneficia a los demás al ayudar a crear certeza jurídica, pero también sobrecarga los Tribunales, por lo cual no necesariamente es justo que no se puedan establecer aranceles para pagar la provisión del servicio.

Entonces sólo queda limitar legalmente el acceso a los tribunales impidiendo que demandas irrazonables aumenten la carga de trabajo de los tribunales. A tal efecto las leyes establecen las causas de inadmisibilidad. Con excepción de la prohibición de acceder a la justicia que desvirtúa la esencia del derecho y la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, las causas de inadmisibilidad limitan razonablemente el acceso a los tribunales, lo que se traduce en que de eliminarse, el retardo procesal actual se haría mayor aún.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, María, *Las Causas de Inadmisibilidad en el Proceso Contencioso Administrativo*, Civitas, Alsa, Madrid 1996.

BREWER-CARIAS, Allan, *Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Introducción General, Estudio Preliminar, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991.

BREWER-CARIAS, Allan, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993.

BUSCAGLIA, Edgardo y RATLIFF, William, *Law and Economics in Developing Countries*. Hoover Press, Stanford 2000.

CALAMANDREI, Piero, *Estudios Sobre el Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1986.

CAPPELLETTI, Marco y GARTH, Bryant, *El Acceso a la Justicia. La Tendencia en el Movimiento Mundial para Hacer Efectivos los Derechos*, FCE, México 1996.

CARQUEZ, Alfredo, "Inflación, Tipo de Cambio e Impuestos: Tres frenos de la Competitividad", *El Nacional* 22 de septiembre de 2001, p. E-1.

CORREIA, Alexis, "Protagonista de Novela se suspendió indefinidamente", *El Nacional*, 21 de septiembre de 2001. P.B-11.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Forense*, 3era. Etapa, vol. I, 4to.Trimestre, N° 130, Fundación Gaceta Forense, Caracas 1985.

CRESTI, Marco, *Contributto allo Studio della Tutela degli Interessi Duffussi*, Giuffrè Milano 1992.

FERNÁNDEZ-VIAGAS, Placido, *El Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas*, Civitas, Madrid 1994.

FRIEDMAN, David, *Law's Order*, Princeton University Press, Princeton 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Lucha contra Las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo" en *Revista de Administración Pública* N° 38, Secretaría Técnica de Gobierno, Madrid 1962, p. 45-215.

GELLHORN ET AL, *Administrative Law Cases and Material*, Foundation Press, St. Paul 1995.

HAYEK, Friedrich, *Camino de Servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid 1990.

MACEY, Jonathan, "Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure" en *Conference on Assessing the Workload of the Courts*, Papers and Proceedings Magun (ed), Federal Judicial Center Washington 1995.

OLSON, Mancur, *La lógica de la Acción Colectiva. Bienes Públicos y la Teoría de Grupos*, Limusa, México 1992.

PÉREZ RODRÍGUEZ, Solbella, "Asignación al Poder Judicial no Llega a 2% del Presupuesto Nacional" en *El Nacional* en http://wwwz.el-nacional.com/archive/result.asp?file=/archive/data/2000/10/06/p_d_253.htm. Acceso 19 de octubre 2001.

PINTORE, Anna, "Diritti Insazibili" en *Ferrajoll et al Diritti Fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, 179-200.

POLEO, Willmer, "Abogados piden Mayor Presupuesto para Administración de Justicia, *El Nacional* en http://wwwz.elnacional.com/archive/result.asp?file=/archive/data/2000/10/11/p_d_452.htm. Acceso 19 de octubre de 2001.

QUIJADA, Manuel, "Reestructuración del Poder Judicial", *El Nacional* en http://www2.el-nacional.com/archive/result.asp?file=/archivedata/2000/11/17/p_d/s.htm. Acceso 19 de octubre de 2000.

RITCHER, Jacqueline y ROCHE, Carmen, "Acceso a la Justicia y Solución Alternativa de Conflictos" en varios *Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 2001, pp. 19-68.

SAGUES, Néstor, "Reflexiones sobre las Variables de Exito y de Fracaso de un Tribunal Constitucional", *Ponencia del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Mimeografiado, San Cristóbal 2001.

SARMIENTO, Manuel, *Los Recursos Administrativos en el Marco de la Justicia Administrativa*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Civitas, Madrid 1996.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2001 b) en PIERRE, Oscar (ed) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Vol. 8, Caracas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2000 a) en Ramírez y Garay, comp. *Jurisprudencia* N° CLXII. Ramírez y Garay, Caracas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2001 a) en PIERRE, Oscar (ed) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Vol. 7. Caracas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2000 b) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1050-230800-00-237820.htm>. septiembre 2000.

USECHE, Judith, "El Acceso a la Justicia en el Nuevo Orden Constitucional Venezolano", *Ponencia del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Mimeografiado, San Cristóbal 2001.

VILLEGAS, José, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Colectivos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

WAAL, Rainer y WIELAND, Joachim, "La Jurisdicción Constitucional como Bien Escaso. El Acceso al Bundesverfassungsgericht" en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 51, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.19-37.

§ 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA

León Henrique Cottin
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

En la Constitución de la República de Venezuela del año 1961, que estuvo vigente hasta que fue sustituida por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se establecía, dentro de los derechos individuales, la garantía al debido proceso en una forma dispersa y difusa. La Constitución de 1999 mejoró lo establecido en la de 1961 concretizando y unificando la garantía al debido proceso.

I. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961

El artículo 60 de la Constitución de 1961 establecía:

Artículo 60. La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

1. Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido *in fraganti* sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstas por la ley. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado.

El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención. (*omissis*)

4. Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge o la persona con quien haga vida marital ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

5. Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley. (*omissis*)

8. Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente.

En esta regulación en cuanto al debido proceso se encuentra un marcado acento referido al proceso penal. En efecto, se consagra que nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido *in fraganti*; que el indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley; que no puede ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal y que nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente.

En Venezuela imperó desde 1926, bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal promulgado el 13 de julio de ese año, hasta 1998 la marcada división, en el proceso penal, entre sumario y plenario. El sumario estaba regido por el principio inquisitivo y protegido por el secreto. El plenario era público y regido por el principio dispositivo. Con la publicación del Código Orgánico Procesal Penal en *Gaceta Oficial*, el 23 de enero de 1998, se estableció la eliminación del llamado secreto sumarial. Incluso en disposición transitoria, se previó que la eliminación del secreto sumarial entraría en vigencia anticipada, un año y seis meses antes de la *vacatio legis* prevista para el Código. El secreto sumarial se prestó en Venezuela, durante muchos años, a abusos y a lo que genéricamente se denominó terrorismo judicial, pues atentaba directamente contra el derecho a la defensa y, claramente, contra el debido proceso.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal de 1998 perdió sentido el énfasis de la Constitución de 1961 al proceso penal como garantía al debido proceso.

La dispersión de la Constitución de 1961, en cuanto al debido proceso, se hacía patente al consagrar principios atinentes específicamente, al debido proceso en otras normas. Así,

Artículo 67. Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna respuesta.

Artículo 68. Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Artículo 69. Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente.

Estos tres artículos consagraban, inorgánicamente, principios inescindibles de la garantía al debido proceso.

II. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Esta Constitución establece, a nuestro juicio, una forma mucho más clara, concreta y orgánica lo que es la garantía constitucional al debido proceso, con todos los principios que le son inherentes e inescindibles. Veamos lo que establece la nueva constitución.

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente indepen-

diente, e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones naturales o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificado. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del Magistrado o de la Magistrada, del Juez o de la Jueza; y el derecho del Estado a actuar contra estos o estas.

Es obvio que en estos ocho numerales se contemplan los principios del debido proceso en forma concreta y organizada corrigiéndose la forma difusa y dispersa de la constitución de 1961.

Sin embargo, hay que destacar que en el Capítulo III, (De el Poder Judicial y del Sistema de Justicia), del Título V, (De la Organización del Poder Público Nacional) hay una norma conectada con el debido proceso y su finalidad. Así, el artículo 257 establece:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los tramites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

El contenido de este artículo tiene concordancia con la consagración orgánica del debido proceso que hace el artículo 49 de la Constitución y con otro contenido en el Capítulo I del Título III (De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes). El artículo 26 establece:

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

El contenido de los artículos 257 y 26 no puede calificarse como un defecto de la Constitución de 1999. No es un defecto de técnica porque era necesaria su ubicación en los Títulos y Capítulos que lo hizo el constituyente, aunque es indudable su conexión con el debido proceso¹.

1. Es interesante destacar, dado lo reciente e importante del proceso constituyente, lo que pasó en la Asamblea Nacional Constituyente en relación al artículo que consagra la garantía del debido proceso. En la Gaceta Constituyente correspondiente a octubre-noviembre de 1999, consta en la sesión n° 27 del 23 de octubre de 1999 el debate originado con ocasión de la primera discusión que tuvo lugar en relación al artículo del debido proceso contemplado en el anteproyecto de Constitución. El constituyente JIMÉNEZ, Leonel propuso "agregar un numeral

III. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE JUSTICIA

Uno de los fines fundamentales del Estado es el mantenimiento del orden en la sociedad. Para mantener ese orden, en el mundo occidental, existe la prohibición de hacerse justicia por sí mismo. El Estado mantiene, salvo los medios alternativos, el monopolio en la administración de justicia. No hay una definición absoluta y válida para todos los tiempos del concepto de jurisdicción. La administración de justicia postula el establecimiento de un procedimiento para hacerlo. Ese procedimiento constituye el instrumento al cual deben acudir las partes en conflicto. El conflicto puede ser entre ciudadanos o entre ciudadanos y el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, y debe ser resuelto a través de un proceso. Si no existiera un proceso preestablecido simplemente no habría civilización.

El Estado, en los sistemas de derecho positivo, a través del órgano en el cual hace residir la soberanía, formula leyes que contienen un supuesto de hecho general y abstracto al cual atribuyen una consecuencia jurídica. Esa es la formulación del derecho. Frente a ese método de formulación también ha surgido el de formulación de derecho para el caso singular, que ha predominado en las épocas primitivas y en los períodos revolucionarios.

La civilización occidental desde hace varios cientos de años, ha preferido el sistema de la formulación legal. Esa formulación legal prevé un supuesto general y abstracto al cual atribuye la consecuencia jurídica. Ante un conflicto de intereses, alguien debe instar a que sea decidido siguiéndose el debido proceso. Se insta a la solución del con-

que diría de la siguiente manera: Serán nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso". El constituyente BREWER-CARIAS estuvo de acuerdo con la proposición anterior de la siguiente manera: "Las propuestas de JIMÉNEZ, Leonel en principio me parecen adecuadas, pero es necesario aclarar, que la propuesta de redacción para el numeral 2 no sustituye la garantía de la presunción de inocencia. Presumo que eso no se está eliminando, de manera que quede claro que no es sustitución de la presunción de inocencia... Presumo que eso no se está eliminando, de manera que quede claro que no es sustitución de la presunción de inocencia... En relación con el numeral 5 sugiero cambiar la redacción: Ninguna persona podrá ser *sancionada* en lugar de *condenada*. Esa palabra tiene una carga penal y la garantía del debido proceso se establece como lo dice el encabezamiento del artículo 51, no sólo respecto a actuaciones judiciales sino de actuaciones administrativas. Por tanto pienso que más amplio sería decir que ninguna persona podrá ser "sancionada por actos u omisiones que no fuesen previstos como delitos, faltas o infracciones". Se trata de agregar aquí los conceptos de todo lo que se ha denominado en algún momento el derecho penal administrativo, relativo a las infracciones administrativas, que son parte también del debido proceso".

Resulta paradójico que la constituyente VARELA, Iris, electa en las planchas del partido del presidente CHÁVEZ, Hugo quien convocó a la Asamblea Constituyente- haya propuesto lo siguiente: "Buenos días, considero que todos estamos de acuerdo en que se debe garantizar el debido proceso; eso se refiere al artículo que estamos analizando. El artículo está excesivamente largo y propongo, con carácter previo que, se nombre una comisión especial, con los abogados penalistas, que esa Comisión no quede conformada con un número mayor de cinco constituyentes, pero que puedan participar todos los que quieran, y que se redacte el artículo conservando la esencia del mismo. Pero para reducirlo debido a que es excesivamente largo y pienso que así podríamos seguir avanzando el debate".

Se aprobó nombrar la comisión que quedó compuesta por los constituyentes BREWER-CARIAS, Allan, GÓMEZ GRILLO, LÓPEZ PORTILLO, VARELA, Iris, JIMÉNEZ, Leonel y GARCÍA, Antonio. El constituyente OTAIZA, Eliézer manifestó su deseo de estar en la Comisión. No hay constancia en la Gaceta Constituyente, que se lo haya nombrado pero se dejó a salvo que cualquier constituyente podía participar en la Comisión.

En la sesión nº 28 del 24 de octubre de 1999 la Comisión especial presentó el artículo 51 que fue sometido a votación de la Asamblea Nacional Constituyente y resultó, finalmente aprobado con las observaciones hechas por los constituyentes BREWER-CARIAS, Allan y JIMÉNEZ, Leonel, desechándose la propuesta de la constituyente Iris Valera de reducir el artículo.

flicto haciendo un alegato que contiene, a su vez, la acción y la pretensión. El profesor Jesús González Pérez explica, claramente, cómo se insta el proceso:

La instrucción del proceso tiende a proporcionar los elementos necesarios para que pueda llevarse a cabo la comparación entre los fundamentos de la pretensión y el ordenamiento jurídico. Comprende dos tipos de actividad. Por un lado aquella por la que se aportan al proceso determinados hechos o normas como fundamento de la pretensión o de la oposición a la pretensión; por otro, la que tiende a verificar la veracidad de aquellos datos.

Alegación procesal es, por tanto, el acto por el cual se incorporan al proceso determinados hechos o normas como fundamento de la pretensión o de la oposición a la pretensión. (González Pérez, J. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, p. 57, Civitas, 1990).

Cuando se plantea un conflicto entre particulares o entre particulares y el Estado el método o instrumento para resolverlo es el proceso. Ese proceso debe tener unas garantías y principios para que la administración de justicia, en manos de un órgano o poder del Estado, no se convierta en instrumento de abuso, arbitrariedad y conculcación de los derechos a los ciudadanos. El proceso como instrumento para solucionar conflictos convierte a quienes se sirven de él en esclavos de ese proceso. Usamos el término esclavo no en una acepción despectiva. Lo usamos en el sentido de que quien quiera servirse del proceso debe respetarlo y cumplir sus reglas. Vale la pena repetir el símil del proceso con un instrumento musical. El instrumento musical tiene su técnica. Por ejemplo, el piano debe tocarse con los dedos de la mano y el ejecutante que se sirve de él se convierte en su siervo y debe hacerlo de acuerdo con su técnica. Igual ocurre con el proceso. Quien acude al proceso como instrumento de solución de conflictos tiene que hacerlo de acuerdo con su técnica y sus principios. No sólo quien inste el proceso debe someterse a sus principios. También quien va a decidir el proceso está, ineludiblemente, sometido al cumplimiento de sus principios. Cuando el proceso cumple su finalidad y sean respetados sus principios y garantías se habla de que ha habido un *debido proceso*.

En el mundo occidental el proceso es el vehículo para la resolución de conflictos. Entiéndase, que nos referimos a procesos de cualquier naturaleza, constitucional, civil, mercantil, laboral, administrativo, electoral y en definitiva a cualquier vehículo, método o instrumento para solucionar conflictos.

Las partes, desde sus posiciones, deben tener iguales posibilidades de conocimiento de lo que se controvierte, de alegatos, de pruebas y de control de pruebas.

El proceso como instrumento fundamental de garantía ciudadana se aplica en todos los ámbitos de la organización social en los cuales se presentan conflictos. Se debe aplicar no sólo en el campo jurisdiccional. En el ámbito de la administración pública, en Venezuela, existe un proceso debido que garantiza al ciudadano contra abusos o excesos de funcionarios. Son aleccionadoras, en este aspecto, las palabras del profesor Allan Brewer-Carías:

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en vigor desde el 1º de enero de 1982, sin la menor duda, producirá uno de los más grandes cambios que haya sufrido jamás la Administración Pública Venezolana. Se trata de una Ley revolucionaria, cuyo impacto en el comportamiento administrativo puede ser mucho mayor del vislumbrado

...omissis...

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por primera vez regula en Venezuela, con carácter general, el procedimiento constitutivo de los actos administrativos, es decir, el procedimiento conforme al cual la Administración debe formar su voluntad y concluir manifestándola a través de una decisión concreta, de un acto administrativo.

Antes de esta Ley puede decirse que no había en nuestro país, procedimiento administrativo establecido legalmente con carácter General. (A. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1982, p.7 y 239).

El proceso para ser debido debe cumplir principios. Esos principios, inherentes a la estructura de cualquier proceso son fundamentalmente, la contradicción o la existencia de dos posiciones enfrentadas; el principio de igualdad en los medios de defensa y ataque y el principio dispositivo y sus derivados.

El principio de la contradicción surge clarísimo en los procesos que se rigen en el ámbito del derecho privado: actor y demandado. Pero igualmente surge en el campo de la jurisdicción contencioso administrativo. No hay proceso sin conflicto o litigio. Cuando se busca una decisión o sentencia, un presupuesto ineludible de ella es que haya oposición o tesis contrapuestas entre una pretensión y una defensa.

Otro principio es la igualdad, que se le debe conceder a las partes en conflicto para que tengan los mismos medios de ataque y defensa.

Otro principio es el dispositivo. El principio dispositivo tiene cuatro postulados que, resumidamente, son: a) No hay proceso sin actor. b) El tema a decidir lo disponen las partes. c) Las partes tienen la carga de la prueba de sus respectivos alegatos y defensas y d) El juez no puede decidir una cosa distinta a la pedida ni más allá de lo pedido. No hay discusión sobre la vigencia y alcance del principio dispositivo, y de sus postulados en la justicia que se ventila y decide de acuerdo al derecho privado. Pero, es una exageración decir que este principio no se aplica en el proceso contencioso administrativo. Ese principio está presente en la totalidad de los procesos jurisdiccionales administrativos y sólo tiene límite en cuanto a los medios de autocomposición procesal, en la justicia administrativa, cuando esté en juego el orden público. Ciertamente se ha exagerado y abusado, por lo menos en Venezuela, haciendo énfasis en el concepto de orden público para atenuar la aplicación del principio dispositivo. Es un dislate sostener que en la justicia administrativa no se aplica el principio dispositivo. Imaginémoslo por un segundo que un juez de lo contencioso administrativo pretenda él ejercer la acción para decidir él, como juez, un caso en el cual le parece obvio que se ha violado el orden público; o que el juez exonere de prueba a una de las partes en conflicto o invierta la carga de la prueba. Es repugnante en la jurisdicción, la coincidencia, en la misma persona, de los roles de juez y parte.

El profesor, colombiano, Santofímio Gamboa, Jaime Orlando, al referirse al derecho a la defensa y a las pruebas sostiene lo siguiente:

La base substancial de la contradicción luego del Derecho de Defensa se ubica indiscutiblemente en la posibilidad de tener amplio acceso a los medios probatorios y a sus debates con el fin de producir decisiones sustentadas fáctica y jurídicamente...*omissis*...

Ahora bien, lo importante y trascendental para el Derecho de Defensa, además de la necesaria presencia de la apersona interesada antes de cualquier decisión, es que el principio de la contradicción se traslade al ámbito de la prueba dentro de la actuación administrativa. Esto es, que la parte contra la cual se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla, discutirla, debatirla y, si es el caso, solicitar todas aquellas, que al momento de hacer la evaluación en conjunto permitan contrarrestar las que le fueron opuestas. (J.O. Santofímio "El Derecho de Defensa en las actuaciones Administrativas". *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Fudena. Caracas, 1998. p. 280).

En algunos países que han desarrollado legislaciones o códigos para regular, especialmente, el contencioso administrativo, se ha destacado el debido proceso y el control

a la prueba. El referido autor Jaime Orlando Santofimio cita, en la obra citada, una decisión del Consejo de Estado de la República de Colombia de 24 de febrero de 1994 al referir la interpretación que el Consejo de Estado dio al artículo 35 del Código Contencioso Administrativo Colombiano:

...Debido proceso no es simplemente el que establezca la ley, sino aquel que garantice la imparcialidad del juez, su independencia y autonomía, así como el derecho de defensa, que comprende la posibilidad de controvertir las pruebas presentadas en contra del demandado, la de aportar las propias y de ser oído y asistido por un abogado, escogido por él, o en su defecto nombrado de oficio, respetando el derecho de recurrir a las decisiones interlocutorias. La actuación debe adelantar sin dilaciones injustificadas, observando los términos procesales y la plenitud de sus formalidades, con prevalencia del derecho sustancial. (*Ob. cit.* p. 281).

La consagración del proceso y del proceso debido como garantía de paz ciudadana y de seguridad jurídica ha sido consagrado en la Constitución Venezolana de 1999, como ya se dijo, en su artículo 257, al establecer que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

IV. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER Y CONTROLAR LAS PRUEBAS

Postulado fundamental de la garantía al debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas es el derecho a la defensa. Inseparable al derecho a la defensa es tener acceso a las pruebas y disponer del tiempo y los medios adecuados para controlarlas.

No es posible para ningún juez ni para autoridad administrativa resolver un caso según sus creencias religiosas, por sus sueños, o por mensajes esotéricos o astrológicos o según su intuición o porque sencillamente le parece así. Toda resolución debe fundamentarse en las pruebas.

La garantía constitucional de acceder a las pruebas y disponer de tiempo suficiente para su control y defensa implica, necesariamente, que los medios de prueba utilizados sean legales y pertinentes con el conflicto de intereses que se está dirimiendo. Si no es así, el proceso sería kafkiano.

El derecho a controlar y acceder a las pruebas y disponer de tiempo y de medios adecuados para ejercer la defensa implica que quien, a su vez, ejerce su derecho a probar, a promover pruebas, lo haga dentro de los límites de la constitucionalidad y de la legalidad. El derecho a promover pruebas no puede ser ejercido de manera tal que impida o dificulte el acceso a las pruebas y su control por la contraparte.

Para hacer efectiva la garantía constitucional de acceso y control de las pruebas y disponer del tiempo para ejercer la defensa, en los procesos jurisdiccionales, se establece un pronunciamiento del juez, previo al fondo, sobre la manifiesta ilegalidad o impertinencia de las pruebas promovidas por las partes en conflicto. Esa depuración del proceso *in limine litis* no busca otra cosa que sacar del proceso las pruebas superfluas, tanto manifiestamente ilegales o impertinentes y que configurarían un abuso de derecho por parte de quien las ha promovido. El permitir y admitir una promoción de medios de prueba desmesurada, manifiestamente ilegales o impertinentes, sin control por parte del Juez, haría nugatorio el derecho a la defensa y al acceso y control de las pruebas por la otra parte.

Recuérdese que la constitución del 99 establece que el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257) y que todos los ciudadanos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente en una forma gratuita, accesible, idónea, equitativa y expedita sin dilaciones y sin formalismos inútiles. (Artículo 26 Constitución de la República)

Ante una promoción desmesurada de medios de prueba manifiestamente ilegales o impertinentes y ante la falta de control del juez, al pronunciarse *in limine litis*, y no desecharlas, habiendo mediado oposición a su admisión, parecería que no le queda otra alternativa a la contraparte opositora, que recurrir a la vía del amparo constitucional.

Es cierto que en Venezuela existe, como principio general en el proceso civil, el recurso de apelación contra la sentencia del juez cuando se pronuncia *in limine litis*, sobre la admisión o negativa de pruebas. Sin embargo, esta apelación debe ser oída a un solo efecto, efecto devolutivo. La no suspensión de la ejecución de la sentencia que ordenó admitir las pruebas puede ocasionar gravámenes y gastos irreparables por la sentencia que conozca sobre el recurso de apelación de la admisión de pruebas y que resultaron ser, después, manifiestamente ilegales o impertinentes.

Por otra parte, debemos destacar, que el objeto de la apelación sería recurrir de la sentencia que admitió la prueba por razones de manifiesta ilegalidad o de manifiesta impertinencia. En cambio, en el ámbito del recurso de amparo se discutirían razones de inconstitucionalidad, como sería la violación del debido proceso, por enervar el derecho a la defensa y al acceso y control de las pruebas.

Lo que estamos diciendo puede ser fácilmente entendible con un ejemplo. Imaginemos que una de las partes promueve en un juicio que se ventila en una determinada Circunscripción Judicial, más de doscientos (200) testigos, señalando al promoverlos que el domicilio de la mayoría de ellos está situado en los mas recónditos, diversos y distantes lugares del país. Supongamos que esos testigos han sido promovidos solicitándose que declaren previa citación. Si el Juez admite tan desmesurado número de testigos, alegando que no hay limitación al número de testigos promovidos en la legislación venezolana, violaría el derecho de defensa de la contraparte. En efecto, al admitir ese desmesurado número de testigos el juez tendría que comisionar a distintos tribunales, con competencia de los distintos domicilios de los testigos. Eso significa que el termino de evacuación de las pruebas estaría corriendo, simultáneamente, en, por decir algo, veinte (20) distintos tribunales, cuyos días hábiles se contarán por distintos calendarios dependiendo de los días en que los distintos tribunales decidan despachar o no. Por otra parte, la situación se agrava porque, como postulamos, los testigos deben declarar previa citación, y ésta dependerá de la actividad del promovente, él sabe cuando lo va a citar y, una vez citado, él solo sabe si irán o vendrán a declarar. De manera tal que es perfectamente posible que habiendo sido citados no comparezcan al tribunal porque se encuentra presente la contraparte para ejercer su debido derecho de control y acceso a la prueba, lo cual en el caso de la prueba testimonial sería el derecho a repreguntar. Esto estaría ocurriendo simultáneamente en los distintos tribunales ante los cuales el juez de la causa haya librado comisión. Es infantil sostener que no se está violando el derecho a la defensa por cuanto la parte contra quien se han promovido los testigos puede designar abogados en los distintos lugares del país para repreguntarlos. Este argumento es absolutamente pueril, pues el juicio se esta ventilando en otra parte, en la capital, y allí se supone que están los abogados que conocen los hechos controvertidos y los pormenores

del caso que se discute y a quienes le sería imposible estar presente, simultáneamente, en las distintas partes donde se evacuará la prueba.

El maestro Rengel Romberg, Arístides, corredactor del vigente *Código de Procedimiento Civil*, en su “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, sostiene:

La regla de que el testigo rinda declaración en su domicilio o residencia, ha dado lugar a abusos en la práctica, que revelan falta de lealtad y probidad en el proceso, consiste en promover un número exagerado de testigos (en algunos casos treinta, cuarenta y hasta noventa testigos), indicándose como domicilio de ellos los más diversos y remotos lugares de la República con el propósito de dificultar a la contraparte comparecencia simultánea al acto de las declaraciones y privarlas así del derecho de repreguntar a todos o a algunos de los testigos. (Tomo IV, pág. 345)

En el mismo sentido el maestro Uruguayo Eduardo J. Couture:

...omissis...

Pero si adopta la solución contraria, se consagra la posibilidad de que los litigantes aporten al juicio un cúmulo de pruebas inapropiadas, inútilmente costosas, hasta ofensivas del derecho del adversario o de la propia autoridad de la justicia; se adjudicaría así, al magistrado, dentro de esta etapa del juicio, un papel pasivo e inerte, impropio de su función.

....omissis...

La jurisprudencia ha reservado, sin embargo, a los jueces como una especie de válvula de seguridad, para aquellas pruebas notoriamente impropias, o escandalosas, o cuyo costo desproporcionado excede las exigencias del litigio, o escritos improcedentes, etc... pero estas soluciones no pueden considerarse inherentes a la prueba, sino de verdadera disciplina judicial, tendentes a evitar los excesos de litigantes notoriamente maliciosos (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Couture, Eduardo J., Tercera Edición, Ediciones De Palma).

El acceso y el control a la prueba como garantía constitucional es un tema de enorme interés práctico que excede a discusiones simplemente teóricas. Nos vamos a permitir citar la opinión de un especialista en el tema probatorio, que escribió una obra bajo la vigencia de la Constitución de 1961, es decir, sus argumentos ostentan más validez y fuerza bajo la égida de la vigente, de 1999, que de un modo más claro, organizado y detallado consagra con rango constitucional, el derecho de acceder y controlar la prueba. El doctor Cabrera, Jesús Eduardo en una de sus obras señala:

El abuso de pruebas, en nuestro criterio, nace cuando una parte utiliza la letra o el silencio de la ley, para ofrecer o constituir una prueba aparentemente apegada a la ley, pero que de una manera sutil reduce o menoscaba el derecho a la defensa de su contraparte, hasta el punto que ciñéndose a lo legal, prácticamente, lo inhibe (...) también nace el abuso de derecho cuando con la proposición del medio se busca dañar al contrario en el campo de la prueba, excediéndose con dicha promoción de los límites que exige la buena fe (entendida esta en su acepción de honestidad o lealtad), o del objeto en vista al cual se le confirió el derecho: probar conforme a la verdad (art. 170 CPC).

(*Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Caracas, Editorial Jurídica Alba 1997, Tomo II, p. 144 y s.)

En cuanto a la violación de los derechos constitucionales el mismo autor señala:

Es nuestro criterio que la prueba propuesta en forma tal que viole derechos o garantías constitucionales de protección directa o inmediata, como son los derechos individuales y las garantías, es inadmisibles por ilegal, con lo que el Derecho Venezolano se separa de aquellos ordenamientos jurídicos con lo que da curso a la prueba así obtenida aunque sancionen, aparte a los transgresores...omissis...

El derecho de defensa está colocado entre los derechos y garantías constitucionales individuales y el art. 68 C.N. reza: La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

El CPC hace evolucionar ese derecho con la creación de oportunidades procesales para que se ejerza, y al hacerlo, de acuerdo a los diversos estados de la causa, se cumple con la letra del artículo 68 C.N.

Sin embargo, a pesar de la existencia regulada de oportunidades para su uso ¿puede verse este derecho conculcado en el proceso debido a la actividad de las partes o del juez? Creemos que sí. Cuando ello es producto de la actividad judicial estamos ante la indefensión, la cual es una forma de ilegalidad; pero podría darse el caso -raro, pero posible- que la actividad de una parte conculcara el derecho de defensa de su contraparte causando su indefensión. De suceder esto, la actividad en ese sentido, también sería ilegal por contrariar el artículo 68 CN...*omissis*...

Si un medio se promueve de manera tal que el no promovente se vea impedido y disminuido en su defensa, a pesar de que la ley, teóricamente le daba oportunidad para ello, estaremos ante un tipo de indefensión, que como tal es ilegal y es deber del juez garante del derecho (artículo 15 CPC), conocer tal situación, mediar o no oposición y declararla ilegal.

En la materia que nos ocupa, el ofrecimiento de algunos medios y la promoción de la prueba bajo ciertos casos y circunstancias podría colocar a la contraparte del promovente en un estado donde fuera imposible la defensa donde a pesar de tener las oportunidades para ello, no pueda defenderse cabalmente al minimizarle el control de la prueba. Se trata de una cuestión casuística a examinarse con cada medio ofrecido. (Obra citada Tomo 1, p.153 y s).

Los comentarios citados del doctor Cabrera destacan que el juez puede conculcar el proceso debido, lo cual colocaría a la parte en estado de indefensión y que esto es una forma de ilegalidad por contrariar el artículo 68 de la Constitución de 1961. El artículo 68 de la Constitución del 61 es equivalente, a grandes rasgos, al 49 de la Constitución del 99. La actividad del juez no sólo sería ilegal, sino que además, y lo que es más grave, sería inconstitucional.

El propio doctor Cabrera, reflexionando sobre el asunto ha sostenido que siempre debe el juez contar con la capacidad para evitar las lesiones, para dar verdadero vigor al derecho constitucional a la defensa y del proceso debido. *Pretender que el derecho de defensa -dice el señalado autor- se ejerce actuando solo en las oportunidades preclusivas que señala el proceso, sin poder ejercer ninguna petición fuera de ellas, es dejar al debido proceso como un cascarón vacío, ya que la garantía del debido proceso no puede cumplirse con el solo hecho de que se siga un juicio contra una persona y a ella se le de una oportunidad para alegar.*

No basta, es necesario que el trámite procesal no perjudique a la parte impidiéndole esa defensa que se le otorga, ya que si no estaríamos ante una caricatura y no ante un verdadero proceso. “(El derecho del demandado de preparar su contestación y su prueba (Derecho a conocer)”. En Revista de Derecho Probatorio, N° 6, 1995, p.71, 72).

El remedio, contra ese abuso del promovente de medios de prueba y de la decisión del juez que viole el derecho de controlar la prueba de la contraparte, parece ser la interposición de un recurso de amparo por violación de la garantía constitucional del debido proceso por parte del juez que admitió la prueba, sin percatarse que esa admisión violentaría el derecho a la defensa de la otra parte.

Se pueden plantear muchos ejemplos de promoción de medios de prueba y admisión por parte del juez que violarían y harían nugatorio el derecho constitucional de acceder y controlar las pruebas y, por ende, el debido proceso. Imagínesse que una de las partes promueve veinte mil (20.000) papeles, como documentos emanados de ella o de terceros, solicitándole a los terceros su reconocimiento y pretendiendo que la contraparte ejerza el control sobre tan copioso volumen de prueba instrumental. Ello no es posible. Si el juez admite ese enorme número de documentos sin haber hecho un análisis sobre su mani-

fiesta ilegalidad o impertinencia, viola los derechos constitucionales de la contraparte por cuanto le hace imposible, nugatorio, al ejercicio de su derecho constitucional de tener la posibilidad y el tiempo de controlar la prueba.

V. EL AMPARO COMO VÍA RESTABLECEDORA DE LA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABER TENIDO DERECHO A ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER SU CONTROL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo puede ser solicitada por todos quienes hayan sido lesionados o amenazados de lesión en el goce o ejercicio de sus derechos o garantías constitucionales, a objeto de que se restablezca de inmediato la situación jurídica infringida.

En Venezuela, la jurisprudencia se ha encargado de precisar que la acción autónoma de amparo posee un carácter extraordinario, esto es, que ella solo procede frente a la inexistencia o frente al carácter inadecuado de las vías judiciales ordinarias o paralelas.

El punto central a dilucidar es si se da la vía del amparo cuando, *in limine litis*, se han admitido medios de prueba que violan al derecho a la defensa por impedir o dificultar o hacer nugatorio el acceso y control a las pruebas.

Recuérdese que la sentencia por la cual el juez se pronuncia sobre la admisión de las pruebas es apelable, apelación que al ser oída no suspende la ejecución de la providencia.

En Venezuela la materia de amparo corresponde, en última instancia y principalmente, a la competencia de la recién creada Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Las sentencias dictadas por la Sala no han establecido, todavía, un camino claro y diáfano sobre el carácter extraordinario de la acción de amparo.

Vamos a hacer referencia, sin mayor profundidad, a algunas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo que han tratado el asunto.

a) Sentencia Luis Alberto Baca de 28 de julio de 2000. Esta sentencia puso de manifiesto algo evidente: Que la dilación judicial de la vía ordinaria concurrente con la lesión de derechos fundamentales, será siempre la razón que justificará la utilización de la vía extraordinaria del amparo.

En efecto:

Sin mucha claridad, fallos y diversos tribunales incluyendo los de varias salas de la extinta Corte Suprema de Justicia han negado el amparo al accionante, aduciendo que el mismo ha debido acudir a las vías procesales ordinarias aunque sin explicar la verdadera causa para ello, cual es que por estas vías se podía restablecer la situación jurídica infringida antes que la lesión causare un daño irreparable, descartando así la amenaza de violación lesiva.

Sólo cuando la dilación ponga en peligro inminente la reparabilidad de la situación jurídica, las partes podrán acudir al amparo, para lograr la finalidad que se procuraba ante el juez de la alzada, quien además es un protector de la situación jurídica lesionada viene en estos casos a ser objeto del amparo, la dilación judicial como un hecho concurrente con la violación ya existente de los derechos y garantías violados por los actos, omisiones o sentencias judiciales, y que consolidan dichas infracciones .

...*omissis*...

Con respecto a los fallos cuya apelación se oye en un solo efecto, si contienen violaciones constitucionales en perjuicio de una de las partes, la lesionada puede optar entre acudir a la vía de la apelación, caso en que la parte considera que por este camino restablecerá su situación o acudir a la acción de amparo.

...*omissis*...

Si antes de que precluya el plazo para apelar, opta por la acción de amparo, en lo concerniente a la infracción constitucional el juez del amparo será el que conozca la acción autónoma; y si el perjudicado utilizare el recurso de apelación contra el fallo lesivo, dentro de tal recurso no podrá decidirse lo atinente a la transgresión constitucional, ya que ante dos jueces (el del amparo y el de la apelación) cuyo deber es mantener la supremacía de la Constitución, es el juez ante quien se incoo la acción natural de jurisdicción constitucional (el amparo) que debe decidirla, surgiendo con respecto al de la alzada una litis pendencia en ese sentido, donde impera la pendencia acusada por la acción de amparo.

Por ello, si el agraviado opta por la vía de amparo se le cierra la de la apelación sobre la materia que versa el amparo. Viceversa si el agraviado hace uso de la apelación, es porque considera que este recurso es el óptimo para lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida, y ante tal escogencia, el amparo que se incoare sería inadmisibile a tenor de lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 6 de la Ley de Orgánica de amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

b) Caso *Seauto La Castellana*, sentenciado por la Sala Constitucional el 6 de febrero de 2001.

Precisado lo anterior, esta sala pasa a determinar lo referente a la consulta planteada, y al respecto observa que lo infinito que las situaciones jurídicas puedan ser, la lesión de las mismas y su posibilidad de ser irreparables, es casuística. De manera que la determinación de la necesidad del otorgamiento del amparo aun cuando existan otras vías, recae en el ámbito de la más amplia apreciación del juez, puesto que pueden existir otras acciones o recursos, pero si se trata de impedir un daño irreparable, sólo la brevedad del amparo puede garantizar el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida.

c) Caso *Choucroun Armand* un sentenciado por la Sala Constitucional el 9 de febrero de 2001.

En efecto, la infracción del derecho a la defensa o al debido proceso, por actuación u omisión judicial, no se produce con toda infracción de reglas procesales. Sólo cuando la infracción impida a una parte ejercer su defensa, enervándole las oportunidades para alegar y probar, cercenándole la contradicción y el control de las pruebas de su contraparte, o impidiéndole conocer lo que se le imputa o pretende de él, o negándole el uso de los medios que la ley adjetiva establece en desarrollo de la garantía jurisdiccional y del derecho al debido proceso, será, cuando ocurra la infracción constitucional en materia de la acción de amparo; por lo que quien acciona en amparo, contra una decisión judicial deberá alegar cómo y de que manera la infracción procesal denunciada le impide o menoscaba el ejercicio de sus derechos constitucionales a la defensa al debido proceso o a la tutela judicial efectiva, indicando en principio expresamente, la actividad procesal concreta a la que tenía o tendría derecho en ejercicio de sus derechos constitucionales, que le ha sido impedida por la violación procesal o de que manera la infracción cometida por el juez le menoscaba el ejercicio de algún otro derecho constitucional.

d) Caso *Cipriano Rodríguez, Jairo*, sentencia de la Sala Constitucional de fecha 16 de noviembre de 2001.

Es la obligación del juez constitucional impedir que las violaciones reales o temidas, se consoliden y hagan irreparables la situación jurídica de la víctima lo que permite que en algunos casos proceda la acción de amparo incoada a pesar de estén pendientes oposiciones, recursos, etc., si es que ellos no resultan idóneos para evitar o restablecer la situación jurídica infringida, antes de

que el daño se haga irreparable. Esta realidad es la que permite al juez que conoce dentro del proceso de una violación constitucional, evitarla o repararla aplicando los artículos 23, 24 y 26 *ejusdem* con lo que por vía incidental impide o repare el agravio constitucional sin llegar al proceso de amparo, a pesar que la ley -equivocadamente ante ese supuesto- se refiere al amparo, el cual resulta innecesario ya que el juez dentro del proceso repara la situación inconstitucional.

e) Caso *Guía, José Angel*, sentenciado por la Sala Constitucional el 5 de junio de 2001:

De cara al segundo supuesto, relativo a la que acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, el mismo procede cuando se desprende de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión que el uso de los medios procesales ordinarios resultan insuficientes al restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado. alguna de tales circunstancias podría venir dada cuando, por ejemplo, la pretensión de amparo exceda del ámbito intersubjetivo para afectar gravemente al interés general o el orden público constitucional; en caso de que el recurrente pueda sufrir una desventaja inevitable o la lesión devenga irreparable por las circunstancias de utilizar y agotar la vía judicial (lo que no puede enlazarse del hecho de que tal vía sea costosa o menos expedita que el procedimiento de amparo); cuando no exista vía de impugnación contra el hecho lesivo, o esta sea de imposible acceso; cuando el peligro provenga de la propia oscuridad o complejidad del ordenamiento procesal; o ante dilaciones indebidas por parte de los órganos judiciales, tanto en vía de acción principal como en vía de recurso debe recordarse no obstante que el concepto de proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto deberá ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Podrían identificarse, como ejemplo, de tales criterios objetivos: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, la conducta procesal del interesado y de las autoridades implicadas y las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes. Así, criterios de razonabilidad pesarán sobre la decisión que se tome en cada caso concreto.

f) Caso *Sellhorn Erna Yolanda*, donde se insiste en el carácter cautelar de esta modalidad de amparo y que su fin es dar plena efectividad a las apelaciones cuando, por sí solas, no acarreen la suspensión del proceso principal. Textualmente señaló:

Los criterios expresados en la sentencia parcialmente transcrita en primer término, y en sentencias posteriores, indican que es perfectamente viable que *el que considere lesionados sus derechos constitucionales por una actuación judicial, además de ejercer el recurso ordinario previsto en la ley para restituir la correcta aplicación de la normativa que haya sido infringida, solicite al juez que conoce de dicho recurso, de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos Y Garantías Constitucionales, la suspensión de los efectos del acto que considera lesivo u otra medida cautelar, mientras se decide el recurso ordinario*. En ese caso, el juez, aplicando las disposiciones de los artículos 23, 24 y 26 de la citada ley especial, *podrá dictar la medida que considere apropiada para evitar la consumación o el daño mayor que pueda producirse en el caso concreto de no dictarse la misma*, ello aún cuando, como en el presente caso, el procedimiento ordinario no prevea la apelación a doble efecto. (Resaltados añadidos).

VI. CONCLUSIONES

No hay duda que la Constitución de 1999 mejoró la redacción y contenido de la garantía al debido proceso en relación a la formulación de la Constitución de 1961. La Constitución de 1999 concretizó y aclaró el derecho al acceso, al control de las pruebas y a tener tiempo suficiente para la defensa. El proceso constituye un instrumento fun-

damental para la realización de la justicia y por ende para la paz ciudadana. Acudir al proceso constituye la forma civilizada, de solución de los conflictos que se pueden presentar en la vida social.

Es posible que una parte, en conflicto con otra, abuse de su derecho a probar y lo haga de tal forma que dificulte o impida el derecho a la contraparte de acceder y controlar los medios de prueba promovidos. Es indudable que el juez al pronunciarse sobre los medios de prueba y no ejercer el control que por imperio de la ley debe hacer, desechando los medios de prueba que sean manifiestamente ilegales o impertinentes viola, disminuye o menoscaba el derecho a la defensa de la contraparte.

El amparo es, indiscutiblemente, un mecanismo o vía para obtener la protección inmediata, en una forma breve y eficaz, a las amenazas o violaciones a las garantías constitucionales y al restablecimiento de la situaciones jurídicas infringidas. Le tocará dilucidar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolver si es el amparo la vía adecuada, pronta y eficaz, contra una sentencia que admitiendo medios de prueba viola el derecho a la defensa de una de las partes, o si, por otra parte, el camino a seguir es un recurso de apelación con efectos no suspensivos y cuyo pronunciamiento va a referirse a la revisión de si los medios de prueba admitidos violentaban el deber de desechas las manifiestamente ilegales o impertinentes.

Nos parece que el camino correcto para subsanar la violación de la garantía constitucional al debido proceso controlando y accediendo, en forma razonable, a los medios de prueba promovidas por la parte contraria, es el amparo constitucional por ser el procedimiento más eficaz y apropiado contra las transgresiones a las garantías constitucionales.

§ 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

Ana Elvira Araujo García
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. EVOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS Y LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. PRETENSIONES DE ANULACIÓN Y DE LAS MAL LLAMADAS DE PLENA JURISDICCIÓN

El administrado, sin perjuicio de resultar destinatario de situaciones jurídicas pasivas, es, al mismo tiempo, titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración. Sin esta realidad, el Derecho Administrativo no tendría razón de ser.

El verdadero problema que plantea el tema de las situaciones subjetivas activas no son las formas típicas de derechos subjetivos que conoce el Derecho privado, sino lo limitado de su ámbito. Lo más importante del campo de la actividad administrativa queda fuera. Si sólo se dispusiera de los supuestos típicos de derechos subjetivos para exigir el cumplimiento de la ley a la Administración, la mayor parte del campo de la legalidad administrativa quedaría fuera del alcance de los particulares (García de Enterría).

El Derecho Privado es la expresión de la justicia distributiva de dar a cada cual lo suyo. Así, su cumplimiento queda en manos de los particulares, quienes solicitan a los tribunales la protección de sus derechos y que se cumpla la ley. El Derecho Administrativo, sin embargo, está articulado de forma distinta. Si tiene, claro, manifestaciones de justicia distributiva (los típicos derechos subjetivos) pero esta no es su principal materia.

El Derecho Administrativa, en su regulación, valora los intereses colectivos, sin adecuar expresamente a los mismos con los intereses privados. Podemos pensar en el Derecho de la organización, en el otorgamiento de potestades públicas, la legislación de obras públicas, de orden público, de selección de funcionarios, entre otras.

Nadie puede pretender, por caso, que un Concejo Municipal delibere o adopte determinadas ordenanzas, o que un Plan de Urbanismo se elabore con todos los documentos que la ley dispone. Esas normas no pueden hacerse valer por los particulares? Es un asunto importante. Si la respuesta es negativa, la legalidad, al no poder ser exigida por los administrados, se convierte en una regla moral para la Administración, a lo más, bajo el control parlamentario, pero no bajo el control del juez, porque éste no se podría poner en movimiento. Como vemos, para el Derecho Público esta es una cuestión de gran significación.

1. El recurso por exceso de poder como un supuesto recurso *objetivo* y el requisito del interés. Breve análisis de la historia del asunto en Francia, Italia, Alemania y España

Desde los orígenes mismos del contencioso, el Consejo de Estado francés observó el problema. Según la tradición de la justicia, el contencioso se erigió en defensa de verdaderos derechos subjetivos de los administrados. Pero al lado de este recurso en que el juez contencioso actúa como cualquier juez, tutelando derechos, (es lo que se llamó recurso de *plena jurisdicción*) empieza a configurarse una institución que, a partir del último tercio del siglo XIX, será el principal contenido de la justicia administrativa.

Se inicia este *recurso por incompetencia y exceso de poder* por parte del Consejo de Estado francés, que actúa como órgano administrativo puro (*sistema de justicia retenida*), para operar un control interno sobre la Administración, en el cual las reclamaciones individuales actúan como meras denuncias. A los motivos de fondo iniciales, incompetencia y exceso de poder (aunque esta última expresión se utilizó en forma general y abstracta, sirve para todo y todo recurso es por exceso de poder), se van añadiendo el vicio de forma, la violación de Ley y la desviación de poder que empiezan a incidir sobre los actos discrecionales, que la doctrina de la época entiende como no justiciables (García de Enterría).

La Ley francesa de mayo de 1872 admite como un recurso ordinario, al lado del de plena jurisdicción, el recurso por exceso de poder: con lo cual se pasa del sistema de justicia retenida al de *justicia delegada o propiamente jurisdiccional*. Ahora, el Consejo de Estado perfila técnicamente la figura que Hauriou llama *maravilla de arqueología jurídica*.

El recurso por exceso de poder deja de ser una petición o denuncia y se transforma en un verdadero proceso por medio del cual se asegura el cumplimiento de la Ley por la Administración. Sin embargo, no se admite que es una justicia subjetiva, en la que el recurrente defiende derechos propios. Se habla de un recurso *objetivo* en el cual no son derechos subjetivos, sino la legalidad objetiva lo que es objeto de valoración y fallo. Por eso se habla de un *proceso al acto* (se abre proceso al acto como en la edad media se abría proceso a un cadáver, dirá Hauriou con fino sarcasmo). En consecuencia, la sentencia sólo puede anular el acto administrativo atacado, si es declarado con lugar el recurso, nunca concluye en la declaración de un derecho ni de una indemnización de daños y perjuicios a favor del recurrente, ni tampoco en una condena a la Administración como sujeto, la cual, *propiamente*, tampoco es parte en esta clase de juicio. Por otra parte, se justifica en este carácter objetivo del recurso, los efectos *erga omnes* de la sentencia, si es anulatoria, y no limitados al solo recurrente. Sin embargo, el recurrente es más que un denunciante que defiende la legalidad: *se le exige un interés personal y directo en el asunto*. Lo curioso es que la doctrina no ve en este elemento nada que vaya contra la supuesta naturaleza objetiva del recurso, ni siquiera Hauriou, que opina que los particulares juegan el papel de un Ministerio Público.

Se trata de una especie de acción pública que el interesado está encargado de intentar en interés de todos (Hauriou). Con lo cual, la exigencia de un interés no es más que imponer un *requisito de seriedad*, dice la doctrina francesa, para justificar el examen de fondo. Una vez comprobado ese requisito, el Tribunal se olvida por completo del triste recurrente, para concentrarse en el examen del fondo de la legalidad del acto, *único objeto de la sentencia*. La intervención del interesado tiene como finalidad poner en funcionamiento, en movimiento, el aparato de la justicia.

Esta construcción ha sido la dominante en muchos sectores de la doctrina y de la legislación hasta bien entrada la década de los setenta en el siglo XX.

Es interesante ver otras perspectivas de un problema que ha estado mucho tiempo en el mismo centro del Derecho Público.

Italia adopta, con relación al problema del contencioso administrativo el sistema judicial. La reforma de 1889 atribuye al Consejo de Estado la tutela de los intereses en el ámbito administrativo, intereses que se calificarán como *legítimos*. Desde entonces, en Italia la justicia administrativa está dividida en protección de derechos subjetivos confiada a los Tribunales ordinarios y protección de intereses legítimos confiada al Consejo de Estado, partición que ha respetado la actual Constitución italiana (Artículos 24 y 113).

A partir de esta distinción del sistema de justicia administrativa, la doctrina italiana se va a esforzar, con mucha sutileza, en precisar qué cosa son los *intereses legítimos* para distinguirlos de los tradicionales derechos subjetivos.

La primera gran *ola* (representada por los maestros Ranelletti y Zanobini, entre otros) pone el énfasis en el destinatario del interés: el derecho subjetivo es un interés exclusivo del titular reconocido por el ordenamiento jurídico; el interés legítimo es el interés de un administrado que coincide de hecho con el interés general, en función del cual la norma se ha dictado. Es la doctrina clásica.

La segunda corriente considera que encuentra la clave en la naturaleza puramente procesal del interés legítimo, como una proyección procesal del interés *de facto*, identificándolo con la legitimación para recurrir. Por su parte, Giucciardi trae otra explicación, seguida entre nosotros por el eminente maestro Luis Farías Mata, y que es bastante sencilla. Los derechos subjetivos nacen de la ejecución de normas de relación intersubjetivas; en cambio, los intereses legítimos nacen de la aplicación de normas de acción que se agotan en la esfera propia de la Administración y no pretenden construir relaciones jurídicas. Los autores coinciden en que esta bipartición de la justicia administrativa no es satisfactoria. Sin embargo, el aporte de este concepto de interés legítimo a la doctrina jurisprudencial venezolana es extraordinario.

El Derecho alemán, por su parte, hizo un axioma de la correlación entre derechos subjetivos perfectos y tutela jurisdiccional (Jellinek, 1906). Este autor deja al margen de la tutela jurisdiccional lo que llama, junto con Ihering, *reflejos de derechos*, es decir, esa serie de status derivados de las libertades fundamentales. Lo glosa García de Enterría.

Con la Ley Fundamental de Bonn se formula la conocida *cláusula general* de protección jurisdiccional del ciudadano, que busca una protección jurídica sin lagunas, a pesar de que esta cláusula declara como objeto de protección sólo las lesiones que los ciudadanos sufran en sus derechos. Sin embargo, la doctrina germana profundiza este concepto de derecho público subjetivo e incluye en el mismo los contenidos tradicionales y los intereses legítimos de la doctrina italiana (situaciones protegidas mediante recurso *objetivo*, según la doctrina francesa).

La Ley Santamaría de Paredes de 1888, en España, limita la protección a los derechos subjetivos perfectos según el modelo del Derecho Civil, como objeto del recurso contencioso administrativo. La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas estuvieron de acuerdo con esta posición legal.

En esta misma época, la doctrina italiana había observado que limitar la protección jurisdiccional a lo que en ese tiempo se llamaban derechos subjetivos, era dejar sin garantías al grueso de la legalidad administrativa. Este sistema se corrige en España

incorporando la técnica francesa del recurso por exceso de poder o de anulación, a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956. Esta Ley reduce todo a un problema procesal de legitimación. El tema es cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico. Se admite el interés legítimo para acceder al juicio y que el Tribunal se ponga en marcha. El fondo es la legalidad objetiva del acto.

2. Cuál es el objeto de la tutela judicial, además de los derechos subjetivos *perfectos* ¿?

En los actuales momentos, la idea de un recurso *objetivo* o en puro interés de la legalidad, la verdad, no tiene mucho sentido, a menos que hablemos de la acción popular y del interés simple, donde el recurrente sí actúa como un agente del Ministerio Público.

Alguna experiencia judicial basta para entender que los recurrentes defienden lo que consideran son sus derechos, o al menos, sus intereses, y no la legalidad abstracta. Es casi una tontería pensar que su interés se acaba con la admisión del recurso, que es lo que resulta de entender el interés como un mero medio procesal de legitimación. El recurrente siente no sólo la admisibilidad, sino también que el recurso sea desestimado y lo siente como negación sustantiva de derechos (García de Enterría). La objetividad que tiene es que mueve el mecanismo entero de la justicia. Que ya es bastante, porque la justicia es siempre un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de luchar por el propio derecho.

No es posible, así mismo, reducir el problema a una técnica procesal de legitimación que es como se ha entendido durante mucho tiempo. Hay que precisar, primero, si la legitimación es un mero requisito procesal que afecta como tal a la acción o, por el contrario, si es un requisito de fondo que afecta la pretensión de que se trata, es decir, la titularidad del derecho que se pide ser tutelado, que es la tesis dominante hoy. Es lo que la jurisprudencia francesa llama el *grief* (daño, perjuicio) causado al interés, que es lo sustancial, y no el interés mismo. Esto permite que la actitud del recurrente se describa como *una defensa frente a un perjuicio que le cause el acto de la Administración*, perjuicio que es injusto si está causado al margen de la legalidad.

Lo que mueve al recurrente, entonces, no es un abstracto interés por la legalidad, sino el muy concreto de estimar que la Administración lo está perjudicando al obrar fuera de la legalidad, y que ese acto ilegal debe ser eliminado para evitar el perjuicio. Aquí se conectan, de este modo, *interés subjetivo y legalidad objetiva*. La Ley autoriza a un sujeto a ejercer una acción anulatoria contra los actos administrativos ilegales que le causen un perjuicio. Es, sencillamente, un específico derecho subjetivo, en palabras de García de Enterría. Donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, siendo ilegal, ha causado un perjuicio personal al ciudadano y, es en este sentido, que se ejerce la acción.

En resumen, estamos en presencia de un fenómeno de verdaderos derechos subjetivos y no de nada *objetivo* o de situaciones jurídicas atípicas.

La legalidad de la Administración, como una base del Estado de Derecho es, también, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que le impida a un ciudadano hacer lo que la Ley le permite, no sólo es una acción ilegal, es también una agresión a la libertad de ese ciudadano. Sin embargo, la construcción técnica básica del Derecho político, según la cual los individuos dejan de ser súbditos para convertirse en ciudadanos no pasa al terreno del Derecho Administrativo para justificar las acciones

judiciales defensivas, salvo los derechos públicos perfectos, sino paulatinamente y por obra de una jurisprudencia progresiva, cuyos logros son explicados de forma convencional (recurso *objetivo*).

Se pueden establecer algunos elementos que caracterizan la estructura de este tipo de derecho subjetivo que estudiamos, siguiendo a García de Enterría:

A) El concepto de *grief* se refiere a cualquier inmisión de la Administración en los *asuntos propios*. La jurisprudencia francesa dice que el acto atacado debe lesionar material o moralmente al actor. La jurisprudencia alemana habla de *círculo vital*.

B) La doctrina italiana, con Cannada-Bartoli, señala que detrás de las situaciones de ventaja o de interés subyace casi siempre un derecho subjetivo de los típicos. Es decir, que el derecho subjetivo es siempre presupuesto de las situaciones que se califican como interés legítimo, porque dónde está el verdadero derecho subjetivo es en la reacción (ejercicio de la acción) frente al acto ilegal que perturba el ámbito vital.

C) Si antes de que existiese la lesión no existe más que el derecho al libre desenvolvimiento, el hecho mismo de la lesión, cuando es ilegal, hace surgir un derecho subjetivo estricto, el de defenderse, de solicitar la protección judicial. García de Enterría toma de Roubier lo que este autor llama *situación reaccional*, que significa que antes de la lesión por la infracción no existía un derecho subjetivo propiamente, pero una vez ocurrida la lesión surge un verdadero derecho subjetivo a la reparación o restitución del perjuicio causado.

D) Nadie tiene un *derecho subjetivo* a que la Administración cumpla con el principio de legalidad. Observar la legalidad es un deber sólo objetivo para la Administración, derivado de su vinculación positiva con la ley. Cuando un particular se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones ilegales de la Administración, adquiere, por la unión de esos dos factores, perjuicio e ilegalidad, un derecho subjetivo a defenderse para que se restablezca su situación afectada por la actividad administrativa. La acción no está dirigida a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la *defensa de los propios intereses*. El recurrente es parte del juicio y la Administración también es parte procesal, porque es la destinataria de una acción procesal que la afecta. Lo que se hace valer en el proceso es, así las cosas, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado.

E) La constitución en derechos subjetivos no nace directamente como ventaja desde la ley. Sólo cuando esas ventajas sufren una agresión ilegal por parte de la Administración, surge el derecho subjetivo reaccional a solicitar la restitución y reparación, si es el caso. Por eso es que no tiene sentido que una sentencia que declare con lugar el recurso se limite a anular el acto y no contenga otro pronunciamiento, fundamentándose en el razonamiento del recurso *objetivo* que busca restituir sólo la legalidad violada.

En resumen, el administrado es titular de derechos subjetivos en dos supuestos: Uno, cuando ostenta derechos subjetivos perfectos o típicos frente a la Administración (patrimoniales, titularidades jurídicas, entre otros). El otro, cuando es perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación ilegal de la Administración, supuesto en el cual la Ley le otorga la posibilidad de ejercer un derecho subjetivo a eliminar esa actuación ilegal y a restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por aquella actuación ilegal. Estos últimos, que siguiendo a García de Enterría llamamos derechos subjetivos reaccionales (o impugnatorios) son los que nuestro ordenamiento jurídico llama intereses legítimos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (enero de 1982) y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (enero de 1977). La doctrina los identifica también como intereses legítimos ó reaccionales. Esta última figura es la que permite a los particulares fiscalizar la totalidad de la legalidad administrativa y no sólo la franja pequeña que constituyen los derechos subjetivos de corte tradicional. Y esta es su gran trascendencia.

II. EL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.
DERECHOS SUBJETIVOS, INTERESES LEGÍTIMOS O REACCIONALES.
INTERESES COLECTIVOS

**1. El interesado en el procedimiento administrativo.
Requisitos. Capacidad y representación**

El interesado es una figura propia del procedimiento administrativo y en Venezuela lo contiene inicialmente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en los artículos 2, 22, 23 y 48.

Tales disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 2. Toda persona *interesada* podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieron para no hacerlo.

Artículo 22. Se consideran *interesados*, a los efectos de esta Ley, las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 23. La condición de *interesados* la tendrán, también quienes ostenten las condiciones de titularidad señaladas en el artículo anterior, aunque no hubieran intervenido en la iniciación del procedimiento, pudiendo, en tal caso, apersonarse en el mismo en cualquier estado en que se encuentre la tramitación.

Artículo 48. El procedimiento se iniciará a instancia de parte *interesada*, mediante solicitud escrita o de oficio.

En el segundo caso, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior ordenará la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia reza:

Artículo 112. Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.

Artículo 121. La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general.

En los procedimientos administrativos participan sólo los interesados, que a los fines de la ley son aquellos a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, antes transcritos, es decir, los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos (art. 121) y los titulares de derechos e intereses (art. 112). De esta forma, la ley de procedimientos venezolana (1982) amplió la figura del interesado más allá de los derechos subjetivos perfectos y de los intereses legítimos, personales y directos hasta comprender los intereses colectivos y los difusos como legitimados para iniciar o ser parte de un procedimiento administrativo, los cuá-

les, según la interpretación jurisprudencial dominante hasta tiempos cercanos, validaba sólo para acceder a la justicia administrativa en los casos de impugnar actos normativos.

Decimos que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos amplió la figura del interesado más allá de los derechos subjetivos perfectos y del interés legítimo en su interpretación limitante de personal y directo, porque esta Ley se refiere, si, a la actividad administrativa en general, pero las disposiciones que habilitan la intervención de los particulares, en su mayoría, están referidas a los actos administrativos particulares, tales como la materia de recursos administrativos, de notificación a los interesados, entre otras. Sin embargo, estos actos pueden afectar la esfera jurídica correspondiente a un derecho subjetivo o bien a un interés legítimo, que puede ser individual o colectivo, precisión ésta que permite la Ley al incluir el supuesto, la legitimación, del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en la noción de interesados.

Para ser interesado, se requiere contar con la necesaria capacidad jurídica y de obrar. La capacidad es la del Derecho común, según el artículo 24 de la Ley, aunque ésta señala que por disposición expresa de una Ley especial se puede otorgar condiciones especiales para la capacidad de algunos sujetos, cual es el caso de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (octubre de 1998). No es indispensable, por otra parte, tener la condición de interesado desde el principio del procedimiento como peticionario, según el artículo 23 de la Ley. La calidad de parte se refiere justamente a la relación jurídico-procedimental, se traduce en derechos y encuentra su causa siempre en una situación jurídica protegida como derecho o como interés legítimo, y se desprende de la iniciativa en el procedimiento o de verse afectado, o tener la posibilidad de serlo, por el acto administrativo (Luciano Parejo).

La noción de *parte* referida a los administrados se refiere a la de *interesados* y, estos, en definitiva son los titulares de derechos públicos subjetivos porque iniciaron el procedimiento o porque la decisión del mismo hizo nacer en ellos ese derecho subjetivo y los titulares de intereses legítimos, en donde incluimos los individuales y los colectivos, que se encuentren en la situación descrita. Hoy día, con el reconocimiento de la tutela judicial efectiva, no debe ser un requisito exigir que el interés sea personal y directo a los fines de la protección jurídica individualizada y se debe ampliar, en consecuencia, el concepto del interés legítimo. De esta forma, el interés legítimo exigido para justificar la participación en los procedimientos administrativos puede ser invocado también por las asociaciones y grupos en defensa de los intereses que las justifican (Luciano Parejo). La jurisprudencia española precisa que el interés legítimo no debe interpretarse de forma tan amplia que se refiera sólo al simple interés de mantener la legalidad o de evitar agravios futuros o potenciales (sentencias del Tribunal Supremo de septiembre y octubre de 1992). Por otra parte, que el interés legítimo debe ser *directo*, debe interpretarse en el sentido definido por la jurisprudencia española como “aquella situación en la que, de prosperar la pretensión de su titular, se obtendría un beneficio o se dejaría de sufrir un perjuicio de carácter material o jurídico, derivado del acto de la Administración” (sentencias del Tribunal Constitucional de octubre de 1982, julio de 1983 y febrero de 1987).

Con relación a la actuación personal y la representación, las reglas son más flexibles que en el procedimiento civil y menos formales, respondiendo a la característica de antiformalismo propia del Derecho Administrativo. Las dos formas de participar en el procedimiento están contenidas en los artículos 25 y 26 de la Ley de Procedimientos venezolana, la actuación puede ser personal o a través de representante, salvo para la notificación, prevista en el artículo 75 de la Ley, que debe ser a un apoderado. Si la

petición a la Administración aspira a crear un derecho, la Ley exige una legitimación concreta para poder introducir peticiones: se debe ser interesado (artículo 48).

2. La concepción del contencioso administrativo como tutela de derechos e intereses legítimos. Legitimación para recurrir: derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales. Intereses colectivos y los medios de protección

A. El Contencioso Administrativo como y un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses. El principio constitucional

El artículo 68 de la Constitución venezolana de 1961 consagraba la tutela judicial efectiva así:

Todos pueden utilizar los órganos de la Administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

Sin duda que está contenido en términos modernos y explícitos el concepto de la tutela judicial efectiva, incluido como uno de los derechos individuales de la Constitución. La protección del derecho a la tutela jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales. Nuestros tribunales se acogieron casi hasta el presente a la tradicional interpretación del acceso a la justicia contencioso administrativa por medio de demostrar un derecho subjetivo típico o un interés legítimo que, insistían, debía ser personal y directo.

Este Artículo 68 contiene la consagración de dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial, es decir, utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de derechos e intereses, y el derecho a la defensa, en todo estado y grado del proceso. Según González Pérez el derecho a la tutela judicial efectiva tiene tres momentos decisivos: *acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia*. Así mismo, este artículo no califica a los intereses objeto de protección ni de personales ni de legítimos, mucho menos de directos; por tanto, estaba abierta desde 1961 la posibilidad de tutelar los intereses colectivos y difusos.

Es la Constitución española de 1978, con su artículo 24 (muy similar al de la Constitución italiana) de la protección judicial de los derechos, y la interpretación progresiva de la jurisprudencia española sobre este concepto, la que ha significado mayor influencia en los nuestros (tribunales y doctrina) para ampliar la perspectiva del acceso a la justicia, cuando, en propiedad, era una interpretación que pudimos hacer muchos años antes que en España estuviera consagrado constitucionalmente el principio de la tutela judicial efectiva.

El artículo 24 de la Constitución española de 1978 reza:

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

El artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999 reza:

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

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

La primera conclusión de la lectura de estas normas constitucionales es que la justicia administrativa es una *tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas*. No es, en modo alguno, un proceso al acto o de protección de la legalidad objetiva, es un proceso de tutela de derechos del recurrente y de la Administración (ésta mas potestades que derechos) confrontados entre si como partes. La segunda, es la universalidad de la declaración, que conlleva a la inconstitucionalidad sobrevenida de todas las disposiciones generales con carácter de ley que limitan el recurso contencioso administrativo sobre determinadas materias y sujetos.

Este derecho a la tutela jurisdiccional es la vertiente subjetiva del principio, por cuanto ha sido consagrado constitucionalmente como uno de los derechos de la persona (Juan Santamaría Pastor). El artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999, antes copiado, es aplicable a todo tipo de procesos judiciales y no sólo a la tutela jurisdiccional contra la Administración. Tiene esta norma un contenido complejo; primero, el derecho a la acción o al proceso. Es decir, que no cabe excluir por ley, menos por reglamento, el recurso judicial frente a determinados actos, cualesquiera que sean, sin violar la Constitución. Segundo, el derecho a un proceso igualitario: descarta la indefensión de cualquiera de las partes y otra, contiene la exigencia de una efectiva contradicción procesal. Y tercero, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

B. Legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales

La jurisprudencia española (tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) ha aplicado directamente la doctrina de los derechos reaccionales, en aplicación de la fórmula constitucional de la tutela judicial efectiva, que es bien sencilla. García de Enterría la describe así:

Cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital.

Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no en la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital se protege con dicha acción porque nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y por cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga de soportar o de sacrificar sus situaciones de ventaja. En sus efectos esta construcción coincide con la teoría de los intereses legítimos.

El Tribunal constitucional español ha dicho que el concepto constitucional de intereses legítimos dispensa del requisito de que los mismos sean directos, porque la Constitución no lo exige así ni los califica de tales. Así, este tribunal ha dicho que basta que los intereses sean indirectos y que la Constitución no exige tampoco que sean personales, por lo cual se ha abierto la tutela a los intereses que la doctrina llama difusos y colectivos. La Ley española acoge esta doctrina en 1985 y reconoce para la *defensa de los intereses colectivos* la legitimación de las *corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados*. Esto de grupos afectados es una técnica similar a las de las *class actions* norteamericanas.

En Venezuela, el artículo 26 constitucional de 1999, respetando la tradición de la Constitución de 1961, no califica a los intereses de legítimos, sino que dice *derechos e intereses* y añade, *incluso los colectivos y difusos*. La doctrina jurisprudencial tendría que ser mucho más contundente y abierta, interpretando en esta dirección lo que sostienen las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de la Corte Suprema de Justicia.

Lo más importante de todo lo expuesto es la nueva época de la justicia administrativa que imponen las Constituciones citadas: la justicia administrativa no es un proceso abstracto a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración (sistema de doble jurisdicción) o acaso jueces atados por mil lazos en el ejercicio de una función que puede parecer insólita por el hecho de someter al poder público a rendir cuentas ante el Derecho. Por el contrario, *es un proceso plenario a la Administración como sujeto, por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva a sus derechos e intereses legítimos* (García de Enterría).

La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que había que imponer sobre los intereses meramente particulares que invocaban los ciudadanos. Ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad *titulares de derechos fundamentales con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración*. Es un cambio radical en la situación de las partes en la relación ciudadanos Administración.

En Venezuela, el tema de la legitimación activa, como vimos, está regulado de forma general en los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con la primacía de la disposición constitucional, artículo 26, de la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia venezolana, reconociéndole los avances en esta materia cuando se trata de juicios de amparo constitucional, en el contencioso administrativo ha mantenido, con pequeños y tímidos avances, la tradicional concepción individualista del proceso administrativo, dejando fuera del concepto de interés legítimo los intereses colectivos. La concepción del proceso contencioso administrativo, por supuesto, es y debe ser subjetiva en el sentido de un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses, siempre que se incluyan los intereses colectivos en el concepto de interés legítimo. La jurisprudencia española ha explicado suficientemente cómo deben ser entendidos los términos *directo* y *personal* en el interés legítimo consagrado como expresión en las leyes, para tener que desarrollar nuevos argumentos. Estaba España sumida en la oscuridad de las libertades públicas y la jurisprudencia venezolana fue de avanzada y pionera en el tema de la legitimación para recurrir con el caso Moreau Meyer (fuente de soda Tolón) en el año 1964 y el caso Sanitarios Maracay, dos años después, ambas sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde se delinearon los conceptos de derechos subjetivos e intereses legítimos de forma brillante, acogiendo la doctrina expuesta en el juicio por la Procuraduría General de la República, prácticamente iguales a como se interpretan actualmente. El caso Pulido Mora, también en decisión de la SPA-CSJ de octubre de 1985 definió, con ponencia del maestro, magistrado Farías Mata, la posición sobre la legitimación ratificando la exigencia del interés personal, legítimo y directo. Posteriormente, la sentencia del caso Cememosa, de la Corte Primeramente Administrativo, de octubre de 1988, cierra aun más la interpretación del interés legítimo, llegando a expresar que “no se admite que el afectado por un *efecto secundario (indirecto) o ulterior* pueda recurrir contra el acto”. Impresionante lo limitado del argumento. Bastante similares en su concepción son sentencia de la SPA-CSJ de noviembre de 1990, la cual, sin embargo, admite la representación de una comunidad,

pero el acto debe estar destinado al actor (.....), y una de la CPCA de mayo de 1989 caso Asociación de Vecinos la Viña vs. Concejo Municipal del Distrito Valencia. Según estas decisiones, no tienen acceso a la justicia las asociaciones que representen un interés colectivo para impugnar actos de efectos particulares, sólo tienen legitimación los que ostenten un interés personal, legítimo y directo, interpretado éste en la forma limitada que ya describimos. En otras palabras, con esta interpretación no pueden ejercerse acciones para defender el interés colectivo y el difuso por carecer de legitimación en los juicios contra actos de efectos particulares.

Advertir que la admisión de estos intereses colectivos sería convertir la acción de nulidad contencioso administrativa en una acción popular no parece acorde con las doctrinas contemporáneas sobre el tema. Basta que el tribunal aplique la tesis de la lesión en la esfera de intereses o del beneficio en ella una vez que se produce el fallo, para contradecir esta posición tradicional sostenida por parte importante de la doctrina nacional, Brewer-Carías entre otros. En las páginas siguientes comentaremos la jurisprudencia reciente.

C. Intereses legítimos colectivos e intereses difusos. En qué consisten ¿? Medios de protección

El interés colectivo puede definirse como el interés de una colectividad cuando no existan individuos particularmente afectados, *o habiéndolos*, se mantiene el interés general (Moreno Catena). Creemos, sin embargo, que el hecho de que sean intereses comunes a una pluralidad de sujetos determinada, no puede excluir la posibilidad de que los mismos se defiendan individualmente.

En cuanto a la acción colectivamente ejercida para la defensa de un interés colectivo, la determinación del interés puede realizarse de dos maneras; por una ley especial, caso entre nosotros de la LOPNA, o por interpretación del texto legal general en concordancia con el principio constitucional por parte de los órganos judiciales, donde entra en juego el criterio de la especialidad de la asociación. El problema está en *saber a quién se habilita para actuar en el proceso como defensor de ese interés colectivo* (María Isabel González Cano).

La doctrina ha expresado la necesidad de articular mecanismos para potenciar la tutela judicial del interés colectivo. Son tres las ideas: reforzar la actuación de las asociaciones intermedias no estatales, representativas de intereses colectivos y *de los grupos de afectados*, (estas asociaciones intermedias están previstas en leyes especiales como la LOPNA, como veremos); en segundo lugar, la intervención del Ministerio Público o Fiscal y en tercer lugar, la extensión de la acción popular a las situaciones de importancia en el ámbito administrativo.

Es bien problemática, por otra parte, la distinción entre interés colectivo e interés difuso, si es que son instituciones diferentes. Una de las notas dice que el interés difuso pertenece por igual a todos los ciudadanos y otra, que goza normalmente de reconocimiento constitucional (cultura, vivienda, salud, información, etc.). Ninguna de estas dos notas lo diferencian porque cultura, salud, medio ambiente, son derechos reconocidos constitucionalmente a todo ciudadano venezolano. La diferencia no está en el *tipo de interés*, sino en el grado de convertirlo en subjetivo al mismo; en cualquier momento, cualquier interés, identificado con un derecho del ciudadano, puede ser colectivo o difuso, dependiendo de la existencia o no de una comunidad unificada y determinable (María Isabel González Cano).

El interés colectivo era considerado inicialmente como una suma de intereses individuales, propio de la doctrina liberal y hoy superada. Se le concibe hoy no como suma, sino como síntesis de intereses individuales, por tanto, como algo autónomo, diferente de la simple suma de intereses individuales (Vigoriti).

La solución más correcta es la que conduce los intereses colectivos al ámbito del interés legítimo y calificarlos entonces como *posiciones de ventaja* de dimensión colectiva. Según Vigoriti, la afirmación procesal de estos intereses debe ser mantenida porque representa la única posibilidad real de tutela.

Lo que se denomina *interés difuso* hay que reconducirlo a los instrumentos de defensa de los intereses colectivos, porque la posibilidad de que se ejerzan individualmente abriría el riesgo de la acción popular, y además, la jurisprudencia es reacia ante el ejercicio colectivo de los intereses difusos y se resisten a reconocer legitimadas a las asociaciones para ejercer su representación, a menos que estén reconocidas previamente por la ley (Ma. Isabel González Cano). En una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de agosto de 2000, ponencia del magistrado Jesús E. Cabrera, en una acción de amparo constitucional que los actores denominan de *habeas data*, se sostiene:

Esta Sala Constitucional ha aceptado, en sentencia de fecha 30 de mayo de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), que pueden intentarse amparos fundados en la protección de derechos difusos o colectivos, pero de la pretensión de los actores ni siquiera puede colegirse que de esos derechos o intereses se trata, pues del escrito presentado no se deduce que lo que solicitan se debe a que la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad se está viendo desmejorada, sin que pueda reconocerse en el escrito de amparo un vínculo, así no sea jurídico, entre los accionantes y la sociedad o un segmento de ella, afectado por la omisión que se atribuye al Consejo Nacional Electoral. No expresa el escrito cuál es el interés de la sociedad que pudiera tener en el petitório de los actores, luciendo más un interés personal de los accionantes, que un interés social. La lesión a los derechos políticos puede desmejorar la calidad de la vida, al dejar desprotegida a la sociedad; pero más bien se está ante un interés puntual de personas y que sin tener la representación social o colectiva se auto constituyen en veedores, sin traer al expediente prueba alguna de su acreditación como tales. En consecuencia, no se está tampoco ante una acción basada en intereses difusos o colectivos. Observa la Sala que en los actores no existe interés ni legitimación para incoar una acción de amparo en la forma que pretenden.

Es deber de esta Sala declarar que carecen de legitimación procesal todas aquellas personas o grupos que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretendan representar a la ciudadanía, a la sociedad y a otras instituciones, que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, ya que no existe estatuto o ley que las rija y que no se sabe a cuál comunidad representan. Tales grupos buscan presentarse como interlocutores a nombre del pueblo o la sociedad, sin que exista base legal o popular que los legitime.

Mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses.

Esta Sala ha sostenido que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata, por ello antes que la Ley establezca las formas de participación y los elementos que legitimen tal representación, ha permitido que organizaciones de reconocida trayectoria como las Asociaciones de Vecinos actúen en las áreas que la Constitución abre a la participación. Mientras la ley no regule tal situación, queda a juicio de esta Sala, teniendo en cuenta su trayectoria y continuidad en sus objetivos en la materia, calificar la legitimación activa, cuando dichos entes obren a nombre de la sociedad civil o de las organizaciones no gubernamentales.

A pesar de los elementos de confusión presentes en el fallo, queda claro que es necesario una ley donde se otorgue a instituciones o a grupos de afectados la legitimación para intentar acciones en nombre de los intereses colectivos. No obstante, la Sala, en ausencia de la ley, se reserva el derecho a decir quien tiene la legitimación y quien no la tiene, de manera de darle cumplimiento a las disposiciones constitucionales sobre participación. No es sólo la regulación sobre la participación, sino, y sobre todo, el principio de la tutela judicial efectiva. Es muy amplia la discrecionalidad que se reserva en esta materia la Sala Constitucional.

Por último, se precisa que la distinción entre interés colectivo e interés difuso no está en el tipo de bienes o intereses que ambos conceptos abarcan, sino en la concreción subjetiva de los afectados, en la posible ausencia de un ente que los agrupe, en el dato subjetivo del interés.

El concepto de *interés difuso* es muy amplio y diverso. El único elemento común es que la titularidad de la situación de interés pueden tenerla una pluralidad de sujetos no identificables. El tener a un grupo o asociación representando al interés colectivo es uno de los aspectos que lo distingue del interés difuso, que no tiene representatividad organizada y creemos que es una de sus mejores cualidades. En el interés difuso se trata de intereses *indiferenciados* por su propia naturaleza, mientras que el colectivo es un interés de grupo, generalmente organizado, para la persecución de fines propios. La organización se convierte en el elemento esencial del interés colectivo y, a la vez, en el dato que lo diferencia del interés difuso. Sánchez Morón cree que en el interés difuso hay dos datos significativos: el subjetivo, o sea, la pluralidad indeterminada de sujetos, que puede ser hasta la comunidad en general, y el dato de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional.

Por tanto, podemos decir que el interés difuso es un interés legítimo colectivo que, en principio, no cuenta con una representatividad organizada y estable, pero con igual contenido y con los mismos fines que el interés colectivo.

La Constitución de 1999, en sus artículos 280 y 281,2 consagra la figura del Defensor del Pueblo como el responsable de velar por la defensa de los intereses colectivos y difusos de los ciudadanos, para lo cual está habilitado para ejercer las acciones necesarias para cumplir ese cometido en materia de prestación de servicios públicos. En una sentencia de fecha 17 de mayo de 2001, la Sala Constitucional (TSJ), con ponencia del magistrado Antonio García García, en una acción de amparo constitucional, declaró que el Defensor del Pueblo no tiene legitimación para solicitar la defensa de derechos laborales individuales, ni estos son intereses colectivos o difusos, y que el amparo no es el medio judicial indicado para dilucidar este asunto. Sostiene la Sala:

...la pretendida representación procesal aducida por la Defensoría del Pueblo, no resulta admisible, pues no se colige en el presente caso que dicho organismo está actuando en razón de derechos e intereses colectivos de una profesión o gremio profesional que, al tener características y aspiraciones comunes, persiguen los intereses de grupo en forma unificada; por el contrario, la Sala observa que la Defensoría del Pueblo actúa en representación de un notorio interés plural, esto es, de una suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, cuyo ejercicio no presupone compartirlo con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exige del obligado una prestación general, dado que se denuncian la violación de los derechos de carácter laboral...que específicamente agravia a un grupo de trabajadores perfectamente cuantificable e identificable individualmente, cuyos derechos e intereses devienen de sus contratos de trabajo.

La Sala concluye en que es cada trabajador quien, individual o colectivamente, está legitimado para ejercer las acciones correspondientes en defensa de sus derechos e intereses a través de una acción dirigida a la protección de derechos e intereses contractuales y determinados. No puede pretenderse, amparados en la teoría de los intereses colectivos, sustituir los medios judiciales ordinarios por éste.

III. CONCLUSIONES

1. Es muy positiva la función de la acción popular en los casos en los que están en juego intereses generales, para preservar en relación con los mismos el respeto a la legalidad de la actuación administrativa (Ma. I. González C.) En Venezuela, la jurisprudencia siempre ha aclarado que el resultado de una declaratoria con lugar de una acción popular es la restitución de la legalidad infringida por la actuación ilegal de la Administración, pero nunca la restitución de una situación subjetiva lesionada por la actividad administrativa, salvo en los casos de una acción popular de inconstitucionalidad en conjunto con un amparo constitucional. En Italia, la Ley urbanística de 1967 no admite la acción popular en materia de urbanismo, sino que exige legitimación de carácter vecinal con lo cual tiene el mismo ámbito del interés legítimo. Spantigati declara que el interés del ciudadano en materia urbanística no puede definirse, en la Ley de 1967, como acción popular para la tutela de un interés público general, sino que se trata de un interés individual del ciudadano sometido a una resolución de planificación, interesado en que sean llevados a feliz término los procedimientos urbanísticos.

2. El Tribunal Constitucional español mantiene una posición diferente. Mantiene que, como en muchos casos, tras la acción popular existe la pretensión del reconocimiento del interés de cada ciudadano en defensa de un interés colectivo o difuso, a la acción popular le son aplicables las garantías del artículo 24.1 de la Constitución española. En sentencia de julio de 1983 (proceso penal en el caso del síndrome tóxico) afirma que dentro de los supuestos de acción pública se encuentran aquellos en los que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, que se configura como interés legítimo y personal, directo o no, individual o colectivo.

3. Los intereses colectivos y difusos son una manifestación de la crisis que arrastra la separación entre derecho subjetivo e interés legítimo, y también la división entre derecho público y derecho privado. Los intereses colectivos y difusos son una categoría aplicable, prácticamente, en todos los dominios del ordenamiento jurídico y en especial en el derecho administrativo (José L. Villegas). Así mismo, la tutela de los intereses colectivos y difusos ha sido encarada en una óptica procesalista principalmente, en detrimento de las técnicas preventivas de naturaleza procedimental, con la consecuente disminución de la protección de estos intereses por el tinte individualista del proceso administrativo. De aquí lo necesario de la transformación de los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Edit. Civitas, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, España, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo*, Dos volúmenes, Edit. Ariel, Barcelona, 5ª. Ed. 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, *REDC*, N° 3, 1981.
- SÁNCHEZ MORON, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, CEC, Madrid, 1980.
- GIANNINI, M.S., *Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1991.
- CHINCHILLA, Lozano, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 1989.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *La acción de amparo contra los poderes públicos*, Caracas, Venezuela, 1994.
- MOLES CAUBET, Antonio, *El sistema contencioso administrativo venezolano en el derecho comparado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1989.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1993.
- VILLEGAS, José Luis, *La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 6, Caracas, Venezuela, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1990.
- Avances Jurisprudencias del Contencioso Administrativo en Venezuela, XVIII Jornadas *J.M. Domínguez Escovar*, Tres Tomos, Barquisimeto, Venezuela, 1993.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional y Sala Político Administrativa de Venezuela, 1999 a 2001, consultadas en originales.

§ 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

Flor María Avila Hernández
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La tutela de los intereses colectivos y difusos prevista en la Constitución forma parte del proceso de expansión de los derechos humanos en el país, especialmente de los derechos de participación, unido a la progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad, en la corresponsabilidad de la *función pública*. Esta investigación se ubica en el análisis normativo, jurisprudencial y comparado, que permita identificar las dimensiones normativas y de la praxis judicial en torno a la tutela de estos intereses. Con respecto a la praxis judicial, el análisis se circunscribe a las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (años 2000-2001). Con relación al estudio comparado, se esbozan los rasgos principales de la teoría de estos intereses en Italia. Se concluye el reconocimiento por parte de nuestro máximo tribunal de la autonomía institucional de estos intereses, su enlace con los derechos de participación, teniendo como objetivo la defensa de la calidad de vida y del bien común.

Este estudio aspira a contribuir con la reflexión necesaria y que suscita el interés actual de juristas, jueces y demás operadores jurídicos, sobre la naturaleza y fundamento jurídico de los intereses colectivos y difusos así como su ubicación en la tutela de los derechos fundamentales según el modelo establecido en la Constitución de 1999.

Para el logro de estos propósitos, es menester interrogarnos: en cuanto a la naturaleza jurídica de los intereses colectivos y difusos, si constituyen categorías jurídicas autónomas que impliquen el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de nuevas situaciones subjetivas susceptibles de tutela jurídica; y en el caso de ser afirmativa la respuesta, esto es, que nos encontramos frente a nuevos institutos jurídicos diferenciados y con autonomía en el derecho, determinar cuál es su fundamento.

Del mismo modo y habida cuenta que el ordenamiento constitucional de 1999 prevé la tutela de los intereses colectivos y difusos, corresponde dilucidar cuál es su posición en el marco de la tutela de los derechos fundamentales y si su incorporación se justifica como garantía de la calidad de la vida en las condiciones actuales de nuestra sociedad.

La tesis que sostenemos en este trabajo es que la inclusión de la tutela de los intereses colectivos y difusos en la Constitución de 1999, forma parte del proceso paulatino de expansión y especificación de los derechos humanos en el país, especialmente de los derechos de participación, unido a la progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre los poderes públicos, el individuo y la sociedad, que propenden a la conformación de relaciones paritarias en la corresponsabilidad de la *función pública*.

Por otra parte, impulsada en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la década de los 90', la tutela de los intereses colectivos y difusos, su consagración a nivel constitucional (1999) implica el reconocimiento de nuevas situaciones subjetivas, de carácter

meta o supraindividual, merecedoras de protección jurídica en virtud del principio de la tutela de la dignidad humana. Por otra parte, a la base de la protección de los intereses colectivos y difusos está el reconocimiento del protagonismo de la sociedad y su coresponsabilidad en el logro de los fines del Estado, en el modelo o paradigma de los derechos fundamentales formulado por el Constituyente de 1999, que ubica a la *igualdad*, a la *democracia*, a la *solidaridad* y a la *responsabilidad social* como unos de los valores principales que permea nuestro sistema normativo. Asimismo, la protección constitucional de dichos intereses tiene como fundamento la integridad de la calidad de la vida como bien jurídico tutelable y en consecuencia supone la apertura de la esfera jurídica del individuo y de las comunidades, en una sociedad abierta, compleja, cambiante y globalizada. En efecto, en dicho modelo, esta categoría especial de tutela se afirma con la participación solidaria del individuo y de las formaciones sociales en la vida política, civil y comunitaria y en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Esta investigación se ubica en el análisis normativo, jurisprudencial y comparado, que permita identificar las dimensiones normativas en torno al modelo de los derechos fundamentales de la Constitución de 1999, específicamente los derechos de participación y de la protección de los intereses colectivos y difusos así como de la praxis judicial en torno a dicha tutela. En consecuencia, el análisis excluye las diversas formas de tutela de los derechos previstas en la Constitución de 1999. Con respecto a la praxis judicial, el análisis se circunscribe a las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el período 2000-2001. En relación al estudio comparado, se esbozan los rasgos principales de la teoría de los intereses colectivos y difusos en Italia, que permita contribuir a la identificación, a la luz de otras realidades jurídicas, de los caracteres diferenciadores de esta categoría de intereses.

Los modernos ordenamientos jurídicos convergen en tener como centro principal de su gravitación a la *persona*, en consecuencia, el desarrollo pleno de su vida en un ambiente de libertades, como respuesta a la evolución propia de los derechos humanos en nuestra cultura jurídica occidental. Para el logro del desarrollo humano, la tutela de la vida y de su calidad, forman parte integrante e imprescindible de los referidos ordenamientos.

De igual forma, se constata un creciente aumento de la complejidad de las relaciones sociales, con el desarrollo de la técnica y del fenómeno de la globalización, así como con la evolución de la llamada sociedad de la *información o tecnológica*. Este desarrollo no sólo ha afectado la esfera de las relaciones privadas, sino también de aquellas públicas, especialmente debido a la expansión de los servicios públicos y de aquellos de interés general, a consecuencia de una mayor demanda y crecimiento de los sectores sociales.

El Derecho, por su parte y como respuesta a las pretensiones morales de la conciencia colectiva (exigencia ética), se afirma en proyectar los valores de igualdad, libertad y solidaridad en el desarrollo del sistema normativo así como garantizar el *status*¹ de igualdad del individuo en las distintas relaciones de las que forma parte y en todas sus facetas de la vida social: como miembro natural integrante de una comunidad, como usuario de servicios públicos, como consumidor, como trabajador, como vecino, entre otras.

1. Por *status* se entiende la condición personal del sujeto en cuanto miembro de una sociedad más o menos amplia (familia, comunidad, Estado) y que constituye el índice de las situaciones y de los intereses que se vinculan a tal condición, fungiendo de presupuesto para su adquisición.

Las nuevas realidades sociales han exigido la protección de la persona concreta, no del hombre abstracto sino del individuo situado en condiciones específicas y particulares de una realidad sociohistórica y cultural, que no siempre ha garantizado su igualdad de posición frente a los sujetos con los cuales interactúa y por lo cual se ha necesitado de una construcción jurídica que tutele y asegure una igualdad material y no sólo formal de las personas.

De la misma forma, el Derecho aspira a mantener en equilibrio las diferentes posiciones subjetivas de los sujetos entre sí y con relación al poder público, de manera de proteger al llamado *débil jurídico* y garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Con el devenir histórico de la edificación del Estado contemporáneo, a través de las diferentes construcciones jurídico-políticas de los modelos de Estado, se ha tendido siempre a este propósito correctivo de la *desigualdad* humana, en primer lugar, con la afirmación de los derechos fundamentales del individuo en el estado liberal de derecho, como garantía de las libertades de los individuos frente al poder despótico del monarca, más recientemente con el desarrollo de los derechos sociales, económicos y culturales del Estado social, como garantía de la igualdad material de las personas y con la expansión de los derechos de participación con el Estado democrático de derecho, como garantía de la realización de la ciudadanía.

La Constitución de 1999, por su parte, contiene en su artículo segundo, una fórmula de Estado que sintetiza la evolución propia del Estado contemporáneo del siglo XX: *el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia*. En esta fórmula constitucional se condensan los principios basilares de cada uno de los modelos de Estado:

Del *Estado liberal*, se establece la obligación del Estado de respetar y garantizar las libertades clásicas fundamentales de la persona, la seguridad, la propiedad y la igualdad. Asimismo, de este modelo se hereda la noción de *Estado de derecho*, que en su concepción clásica implica la inserción de los principios del imperio de la juridicidad, la división de poderes (aunque en nuestro sistema jurídico hoy se configura una colaboración de poderes), la legalidad de la Administración pública, la irretroactividad de la ley, la justicia constitucional y el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales, los cuales son contenidos en la fórmula constitucional del “Estado social y democrático de derecho y Justicia” y se desarrollan a lo largo del texto fundamental.

Del *Estado social* se incluyen los principios de la procura existencial a cargo del Estado, el intervencionismo económico a través de la producción y promoción del empleo y de la economía, la expansión de los servicios públicos y de las prestaciones sociales, la justicia social y la modelación del orden social.

Del *Estado democrático*, se prevé la participación de los ciudadanos no solamente en las decisiones públicas fundamentales, sino también en los beneficios de los servicios sociales, de la producción y del desarrollo económico. Al respecto, este modelo se apoya con la introducción de diversos mecanismos de la democracia directa como la institución de los *referendos*, la *iniciativa legislativa*, *constituyente* y *constitucional* y la *consulta popular*.

Por otra parte y a los efectos de este trabajo, interesa resaltar que las más recientes normas de derechos fundamentales reconocidas e incluidas en la Constitución de 1999 responden a la necesidad de ofrecer tutela a situaciones subjetivas emergentes y que el imperativo de la protección de la dignidad humana ha reclamado. Es el caso de los llamados por un sector de la doctrina *derechos de tercera generación* como el derecho a la

libertad informática, a la imagen, al medio ambiente sano, a los derechos de los consumidores, a la calidad de los servicios y de la vida, a la paz, al desarrollo, entre otros. Es precisamente la expansión y evolución propia de los derechos, la que ha dado lugar, al mismo tiempo, a la expansión de los *intereses*, protegidos por el ordenamiento y con ello, la posibilidad jurídica del reconocimiento de aquellas situaciones subjetivas que dan origen a las reivindicaciones de los intereses colectivos y difusos.

1. El Modelo de Derechos Fundamentales de la Constitución de 1999

El modelo constitucional de derechos fundamentales² contenido en la Carta Magna de 1999, que tiene como base la garantía de la dignidad de la persona, ha abierto el camino en nuestro ordenamiento jurídico para la tutela de los intereses colectivos y difusos, aunque ésta ya fuera iniciada por el legislador nacional a partir de la década de los 90³, a través de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Antes de abordar el diseño constitucional de la tutela de estos intereses, se hace necesario identificar los rasgos más resaltantes y caracterizadores de este paradigma de derechos, no sólo por estar ubicada dicha protección en el marco de la tutela judicial efectiva, sino también por estar enlazada a los derechos fundamentales, como se explicará en este ensayo, especialmente con los derechos a la calidad de vida y los derechos de participación.

En primer lugar, este modelo, que tiene su núcleo principal en el Título III de la Constitución (*De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes*), presenta un complejo conjunto de derechos y deberes de las personas y de las formaciones sociales así como un conjunto de deberes del Estado en su concepción amplia, a fin de garantizar la efectividad del goce de los referidos derechos. Y decimos núcleo principal, puesto que a este elenco de derechos, hay que agregarles aquellos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por la República, aquellos inherentes a la persona, derechos tácitos o *derechos no enunciados*³ como los denomina la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 22 C.N) y el resto de los derechos fundamentales diseminados a lo largo del texto constitucional. Del análisis normativo de este modelo es posible evidenciar los siguientes rasgos caracterizadores:

-El centro de la actuación del Estado es *el desarrollo de la persona*, pero que obviamente no es un desarrollo exclusivamente individualista, sino que se proyecta en la vida en sociedad, en la vida en común. Es por ello que implica la capacidad del Estado, a través de sus diversos órganos, de generar las condiciones de diversa índole que posibiliten el normal desarrollo y despliegue de las potencialidades individuales en un régimen de libertades y con la garantía de la *procura existencial y de la calidad de la vida*.

2. Acogemos en este trabajo la definición aportada por el profesor ORTÍZ, Rafael de derechos fundamentales como aquellos derechos humanos, garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada. V. "Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano" en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto La Roche*, vol. II, n° 3, Caracas 2001, p. 58.

3. "Los derechos no enunciados entendidos, como exigencias subjetivas de justicia, no reconocidos en las leyes y no como pretensiones morales, vendrían a referirse a unas mínimas exigencias importantes para la sobrevivencia física de los hombres y para su convivencia pacífica". (TSJ/SC:21-11-2000, en <http://www.tsj.gov.ve>).

-El diseño de los derechos fundamentales se enmarca dentro de un modelo de *Estado Social y democrático de Derecho y Justicia*” lo cual, apareja importantes consecuencias, dentro de las cuales destaca la disposición, la responsabilidad y la atribución del Estado para la construcción y promoción de un *orden social* que tenga como fines principales *el desarrollo pleno de la persona y el respeto a su dignidad*. (Avila, 2000:7)

-No es un núcleo acabado, exhaustivo, definitivo o cerrado de derechos, puesto que se deja abierta la puerta al *reconocimiento* por parte de los poderes públicos (especialmente a través del poder judicial, con la interpretación usual) de derechos no enunciados en la constitución que sean inherentes a la persona y que las particulares condiciones sociales, económicas, políticas o de la técnica en un momento histórico determinado, impongan la tutela del sujeto o de grupos en favor de la preservación de su dignidad.

-Se articulan una serie de principios que informan esta categoría de derechos tales como *el de progresividad*, esto es, la prohibición de menoscabar o desmejorar su contenido y ejercicio, *la irrenunciabilidad*, dado que no pueden ser renunciados o relajados mediante convenio o acuerdo entre particulares, en virtud de que son normas de orden público, *la interdependencia e indivisibilidad de su goce y ejercicio*, lo cual implica la interfuncionalidad entre los diversos *sistemas y familias* de derechos, es decir, en la praxis del derecho se condicionan recíprocamente, de manera que la posibilidad de realización de unos es a su vez la posibilidad de la realización de los otros. (*Ibid*).

-En este paradigma se establece la corresponsabilidad de los actores sociales, esto es, *individuos, familias y grupos o comunidades, sean estas últimas espontáneas u organizadas*⁴, en el desarrollo pleno de la persona y de la sociedad como fines del Estado. De allí que se pueda afirmar que en este modelo constitucional, el Estado es el *principal promotor y garante* del goce y ejercicio de los derechos de los sujetos, instituyéndose todo un sistema de garantías para su protección y tutela, más dicha tutela no tiene carácter de exclusividad o de monopolio sino que su alcance se extiende a la esfera de las diversas formaciones sociales. Creemos que este aspecto contiene un ingrediente particular e innovador, puesto que esta *solidaridad* compartida de la sociedad en la realización de los fines del Estado, siendo uno de éstos la garantía de *una vida buena*, de una vida digna como pretendían los griegos de la *polis*, implica el protagonismo y participación de grupos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, pueblos, comunidades organizadas u espontáneas, en la tutela de los derechos.

-En este modelo se cambia el paradigma de contraposición entre el Poder público y el *privado*⁵, puesto que éste último tiene una corresponsabilidad plena en la defensa de los derechos humanos, gozando en consecuencia de un *status procesal activo* en dicha tutela. De este modo, la Constitución esquematiza y presenta un cuadro marco de las diversas corresponsabilidades de la siguiente manera:

4. A lo largo del texto constitucional, se mencionan diversas categorías o formas de la vida comunal, entre ellas, la familia, la comunidad organizada, los pueblos indígenas, el pueblo venezolano, la sociedad civil, entre otros. Todas ellas tienen como elemento caracterizador hacer referencia a la vida de los sujetos en común y la atribución por parte del Constituyente de *derechos y deberes*. Su diferenciación deberá responder a las nociones propias de la sociología, de la antropología y de la política, y corresponde al operador jurídico, principalmente a los jueces, científicos del derecho y al legislador su respectiva conceptualización.

5. En el paradigma tradicional de la ciencia jurídica y política moderna, la categoría del privado viene entendida como esfera tradicionalmente diferenciada y contrapuesta a la categoría del público. Sin embargo, a lo largo del ensayo se explicarán las transformaciones que estas dos categorías están afrontando.

Corresponsabilidad de familias y de la sociedad con el Estado:

- En la creación de las condiciones favorables que permitan la participación del pueblo en la gestión pública (art. 62).
- En la protección integral de los niños y adolescentes (art. 78).
- En la creación de oportunidades de trabajo para los jóvenes (art. 79).
- En el respeto de la dignidad humana, autonomía, atención integral y beneficios sociales de los ancianos y ancianas (art. 80).
- En el respeto de la dignidad humana, la equiparación de oportunidades, de condiciones laborales satisfactorias de las personas discapacitadas o con necesidades especiales (art. 81).
- En el proceso de promoción de la educación ciudadana (art. 102).
- En la conservación del ambiente libre de contaminación (art. 127).

Corresponsabilidades de ciudadanos y el Estado:

- En la obtención de vivienda adecuada para las familias que permita una vida digna (art. 82).

Corresponsabilidad de la comunidad organizada y el Estado:

- En la definición, planificación, ejecución y control de las políticas en las instituciones públicas de salud. (art. 84)

Corresponsabilidad del Estado y de la sociedad:

- En la generación de las condiciones favorables para la participación (art.62).
- En la seguridad de la nación (art. 326).

A. El proceso de expansión y especificación de los derechos humanos.
Los derechos de participación

Algunos autores (en Italia, Bobbio, en España, Peces Barba) advierten en la evolución de los derechos humanos una etapa o proceso denominado de *especificación* (Bobbio, 1990, p. 62) o de *concreción* (Peces Barba, 1995, p. 180), como “*una nueva línea de tendencia, que se puede llamar especificación, consistente en el paso gradual pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los mismos...*” (Bobbio, *op.cit.*, p. 62)

Este proceso se ubica en una etapa posterior al proceso de positivación y de generalización de los derechos en el siglo XX (siguiendo la clasificación empleada por Peces Barba) y que obedece a la necesidad de *vincular a los derechos con los sujetos concretos*, los cuales, dadas las nuevas realidades sociales, económicas y políticas, exigen, en virtud del valor de la solidaridad o fraternidad, su protección. De igual forma, este desarrollo se ha manifestado especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos a través de las diversas declaraciones y convenciones internacionales sobre los derechos del niño, de la mujer, de los discapacitados, de los refugiados, entre otros⁶.

6. Para mayor abundamiento ver BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, pp. 62-63.

Se juzgan como relevantes algunas situaciones del genérico *hombre o ciudadano*, que exigen un tratamiento especial y que no se resuelven desde ese *homo iuridicus...* (Peces Barba, op.cit:181). Y la relevancia de dichas circunstancias radica “en la condición social o cultural de las personas que se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad”. (*Ibid*).

Hechos estos antecedentes, en nuestro ordenamiento se ha verificado especialmente, a partir de la década de los 90⁷, un conjunto de leyes que se orientan a proteger los diversos *status* del sujeto concreto. Así por ejemplo, tenemos las normas que protegen a la persona como *consumidor* frente a los mercados desleales, bienes y servicios de producción nacional o extranjera y como “usuario” frente a los servicios públicos y privados (con la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario), como *niño* o “adolescente” frente a los otros sujetos de las relaciones jurídicas y al poder público (con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), como *sujeto de una sociedad informatizada* frente a los avances de la tecnología (con el Decreto con fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), como *asilado o refugiado*, frente a las condiciones sociopolíticas de los estados de los cuales son nacionales y que la evolución del derecho humanitario exigen su protección (con la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas).

De igual forma, la expansión de los derechos se ha concretizado principalmente con la ampliación de los derechos sociales y los de participación. Con respecto a estos últimos, siguiendo la tendencia de cierta doctrina (Peces Barba), comprenden no sólo los derechos políticos *stricto sensu* (derecho al sufragio activo y pasivo), sino que incluyen además *los derechos de las personas a la función pública* como colaborador del Estado, bien sea a través del acceso a la Administración para formar parte de ella, o en el procedimiento administrativo para la elaboración de disposiciones administrativas como usuarios o en la fiscalización o control de los servicios públicos, entre otras tareas. Otro sector de la doctrina (Pietro Sanchís, 1990:134) incluye dentro de los derechos de participación, además de los políticos *stricto sensu*, aquellos que abarcan el derecho subjetivo en sentido técnico, singularmente el *derecho a la jurisdicción*, por cuanto se encamina a la formación de la decisión pública aunque sea de carácter individual y no general.

A nuestro entender, estas posiciones doctrinales destacan la reivindicación de la función social y democrática de ciertos derechos concebidos primigeniamente con un carácter individualista, como por ejemplo, el derecho a la jurisdicción antes mencionado. De este modo, estos derechos adquieren una diversa significación como cauces del ejercicio democrático en el modelo del estado social y democrático de derecho.

En el sistema normativo venezolano, la Constitución de 1999 estableció un paradigma de participación amplio que acoge la tendencia de la doctrina antes expuesta, incluyendo no sólo un catálogo de derechos políticos *stricto sensu* (Título III, Capítulo IV), sino también la participación de las personas y de los grupos en la función pública. Asimismo, los derechos de participación no se limitan al espacio político, sino más bien se extienden a los planos económico y social donde es posible y necesaria la concurrencia de la voluntad ciudadana para la conformación de la voluntad general del Estado y la democratización de las decisiones⁷.

7. El art. 62 de la Constitución consagra el derecho de los ciudadanos a participar *libremente* en los asuntos públicos, tanto en las esferas política, económica y social. Como lo señala expresamente el Constituyente dicha

De igual forma, se constata en una serie de normas que apuntan a la participación en las diversas funciones que despliega el Estado: en la *función normativa*, a través de la iniciativa legislativa (art. 204), constitucional (art. 342) y constituyente (art. 347), de la consulta legislativa, (art. 211) y los referendos aprobatorio y abrogativo de leyes (arts. 73 y 74), en la *función administrativa*, a través de la prestación de los servicios públicos (art. 184), en la *función judicial*, a través de los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas en ejercicio (art. 253), en la *función política*⁸, siempre que actúe como cuerpo electoral, en los referendos consultivos y revocatorios de mandato (arts. 71 y 72), en la conformación de órganos públicos como el Consejo Federal de Gobierno (art. 185) y los Consejos Locales de Planificación Pública (art. 182), en la *función electoral*, a través de la conformación del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

A primera vista se observa que de considerar dentro de los derechos de participación exclusivamente los derechos políticos *strictu sensu*, tendríamos que concluir que sólo sería susceptible su ejercicio por los ciudadanos, es decir, aquellos sujetos vinculados por la nacionalidad al Estado venezolano (salvo las excepciones previstas en la Constitución)⁹. Mientras que la dirección a la cual se orienta la doctrina señalada, incluye dentro de estos derechos participativos, no solamente aquellos estrictamente ejercitados por los ciudadanos, sino que su goce se configura como un poder jurídico, como una posición subjetiva de ventaja, a cargo de cualquier persona, inclusive extranjeros, que tengan y ello es obvio una vinculación a la colectividad de la cual forman parte. De esta forma, podrían ser incluidos dentro de esta categoría de derechos, el *derecho a la tutela judicial efectiva* (que incluye el derecho a la jurisdicción) y los derechos de control cívico y de prestación de los servicios públicos. Es en este punto, en el cual se verifica el enlace de la tutela de los intereses colectivos y difusos con los derechos de participación. En efecto, la defensa de estos intereses implica el ejercicio del derecho de participación, en conformidad con la doctrina antes expuesta. En este sentido, la defensa de los intereses colectivos y difusos a través del ejercicio del derecho a la tutela efectiva en sede jurisdiccional representa no sólo una forma de participación ciudadana sino también el ejercicio de un derecho subjetivo con función social. La dimensión social de este derecho a la tutela efectiva, escapa a una comprensión exclusivamente limitada al perfil del derecho individual, como se ha referido.

Ahora bien, para completar estas ideas, es necesario señalar otra posición de la doctrina (Haberle en Alemania) que refuerza la función social que cumplen estos derechos. Este autor sostiene que el esquema de las relaciones de condicionamiento de los bienes

participación puede ser directa (a través de los mecanismos de consulta popular) o indirecta (a través de representantes). En el caso de la participación directa puede ser desplegada a través de los institutos propios de la democracia directa como los referendos, la iniciativa popular legislativa, constitucional o constituyente, la consulta popular y el cabildo abierto entre otros (art. 70 *ejusdem*), por medio de los cuales los ciudadanos pueden expresar libremente su voluntad sobre diferentes aspectos en el ámbito político, sin intermediarios y en el ejercicio inmediato del poder soberano.

8. El término función política es entendido como la actividad de dirección suprema de la cosa pública. Compartimos la doctrina italiana que señala que dicha función también es ejercida cuando el cuerpo electoral, constituido por el conjunto de electores, escoge sus representantes en parlamento y con las instituciones de democracia directa participa a la determinación de los fines del Estado. V. CARINGELLA, F., DELPINO, L., DEL GIUDICE, F., *Diritto Amministrativo*, XVI Edizione, Giuridiche Simone, Serie Manuali Giuridici, 1999, p. 14.

9. De este modo, la Constitución prevé el ejercicio de ciertos derechos políticos por parte de los extranjeros con residencia mayor a diez años en el país y que reúnan los requisitos que exige la Constitución y la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, art. 64 C.N.

jurídicos protegidos por la Constitución, comporta que la lesión al interés de un individuo presuponga la lesión a la entera colectividad. Es decir, existen una serie de relaciones de condicionamientos de los derechos de un individuo con los derechos de las otras personas. Y en consecuencia, la lesión o amenaza a la libertad de un individuo, apareja, por la dimensión social de las libertades, una lesión a la comunidad (Haberle, 1996:54). De conformidad con esta posición, cuando un sujeto reivindica un interés colectivo o difuso en juicio, no lo hace invocando una lesión o amenaza de lesión estrictamente individual, sino que su interés se proyecta en beneficio de la colectividad de la cual forma parte.

En efecto, el ejercicio de la tutela de los intereses colectivos y difusos implica un considerable nivel de la popularmente llamada *conciencia ciudadana* o cívica, puesto que se presupone que está dirigida a mejorar las condiciones de vida existentes del grupo o de la colectividad en general, o a remover los obstáculos que impiden una vida de calidad del grupo social.

B. Los valores superiores de *solidaridad, democracia y responsabilidad social*

En la formulación del Estado Social y Democrático de Derecho consagrada por el Constituyente de 1999, se establecen como “*valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado*”, la *vida, la igualdad, la justicia, la libertad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos*, como los principios axiológicos que deben presidir el orden político y jurídico del Estado y de la sociedad. (Avila, *op.cit.*: 7).

A los efectos de este trabajo, nos detendremos en los valores *solidaridad responsabilidad social y democracia*, dado que a nuestro entender se encuentran y convergen a la base de las reivindicaciones que comportan los intereses colectivos y difusos.

La solidaridad como valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Poder público, “incide en la organización jurídica de la sociedad, como fundamento de los derechos humanos y también como criterio de interpretación de los mismos... El punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás... (Peces Barba, *op.cit.*, p. 279).

Esta idea, enunciada por el filósofo y constitucionalista español, nos parece relevante pues la solidaridad no es un valor aislado ni abstracto, sino que se proyecta y adquiere significación en la dimensión social que es propia del derecho y particularmente de los derechos fundamentales y en la configuración de un *orden social* al cual propende el modelo constitucional.

La solidaridad contribuye igualmente a la creación de cauces de comunicación en la sociedad, que permite un diálogo ilustrado entre personas que se respetan y se reconocen y que contribuyen en ese esquema compartido a poner en común, a discutir y a formar criterios morales que superan la pura individualidad (*Ibid*, p. 280).

En este sentido, la solidaridad supone una esfera de interacciones y de comunicaciones entre los distintos actores sociales, en la consecución de objetivos comunes, con la conciencia de su necesidad y relevancia para el grupo.

En cuanto a la *responsabilidad social* como valor implica el deber compartido de todos los individuos de contribuir, en la medida de sus posibilidades, a la obtención de ciertos bienes que sean accesibles a todos los componentes del grupo social.

Con relación al valor *democracia*, éste encarna o se materializa a través de la participación dinámica de los individuos en la toma de decisiones fundamentales para el grupo social, en la defensa de los derechos, en la realización conjunta con los órganos del Estado en la consecución de las condiciones socioeconómicas de una vida digna, identificándose con la *democracia material* o sustancial. Consideramos que es especialmente la exigencia de este orden objetivo de valores y su proyección en el desarrollo normativo venezolano, los que dan apertura a la protección de los intereses colectivos y difusos, lo cual significa el reconocimiento de las necesidades del otro como propias (*solidaridad*), la participación en la función pública de manera que puedan proyectarse dichos intereses en los programas de dirección política y en los diseños normativos de las instituciones de la vida colectiva (*democracia*) y la corresponsabilidad con el Estado en la defensa del bien común y de los derechos (*corresponsabilidad social*).

2. La naturaleza jurídica y fundamento de los intereses colectivos y difusos

La consagración a nivel constitucional de esta forma de la tutela de los intereses colectivos y difusos está basada en una ampliación de la esfera de las relaciones y situaciones jurídicas subjetivas protegidas por el Derecho, producto del proceso evolutivo de la expansión y especificación de los derechos, como se ha referido.

Por otra parte, la mutación de las relaciones entre el Poder público, la persona y la sociedad, conforme al paradigma de participación que postula la Carta fundamental, ha abierto el camino al reconocimiento de nuevas situaciones jurídicas subjetivas¹⁰, de carácter meta o supraindividual, merecedoras de protección jurídica en virtud del principio de la tutela de la dignidad humana.

Ahora bien, para entender de una forma más precisa esta progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre los distintos sujetos de las relaciones jurídicas, se hace necesario hacer un breve recorrido por los diversos modelos de estado.

Así pues, en el modelo del estado *liberal*, la protección de los *intereses generales* o del *interés público*, se atribuía como regla general a los poderes públicos con carácter de monopolio. En consecuencia, la exclusividad de su tutela correspondía al Estado, expresión de una clase hegemónica y a tales intereses se contraponía el interés egoísta y particular del individuo (Cfr. Casetta, 2001, p. 80). Se observa en este modelo propio de los siglos XVIII y XIX, una contraposición absoluta entre los intereses del Poder público y los intereses de los administrados, en otras palabras, de las esferas del *público* y del

10. Por *situación jurídica subjetiva* entendemos la concreta situación en la cual es colocado o mejor dicho, del cual es titular un sujeto en el ordenamiento. Cada sujeto del derecho constituye en el plano del ordenamiento jurídico un centro de referencia de una serie de situaciones y relaciones jurídicas. Por otra parte, las situaciones jurídicas son los modos concretos del ser jurídico, de un sujeto con relación a los intereses protegidos por el ordenamiento. La totalidad de las mismas y de sus relaciones imputables al sujeto definen su subjetividad y forman su esfera jurídica, la cual es reconducible a una unidad a través de la referencia a su titular. V., CASETTA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore, Milano 2001, p. 268. Hechas estas precisiones, se debe indicar que dentro de las situaciones subjetivas jurídicas clásicas en nuestro ordenamiento tenemos el derecho subjetivo y el interés legítimo.

privado. De hecho, los derechos fundamentales de los individuos (seguridad, libertad, igualdad, propiedad), nacieron como límites o frenos al poder público y para la tutela de los intereses individuales. Esto explicaba obviamente el carácter sagrado y absoluto de muchos de esos derechos como el de la propiedad. En este modelo, la contrapartida para el *privado* frente a la Administración Pública era la garantía del principio de legalidad de su actuación y el interés legítimo como límite de la potestad pública.

A través de un largo proceso de transformaciones de la Administración pública y el advenimiento del estado social y democrático de derecho, comienza a revertirse el antagonismo entre la esfera del *público* y del *privado*. En efecto, el estado social “*aporta una fórmula nueva a las relaciones entre el Estado y la sociedad...con la ejecución del Estado social se pierde la autonomía e independencia del Estado y la sociedad, cada uno por su lado, que son sustituidas por dos partes de un sistema más amplio con continuas y fuertes relaciones entre ambas, unidas por finalidades complementarias*” (Fernández García, 1996, p. 92-93).

En este modelo de Estado, la interrelación *Estado-sociedad* se explica en la consecución de los fines del primero, los cuales no tienen sentido sino se proyectan hacia la sociedad, hacia los grupos sociales, en el entendido que se hace necesaria una comunicación, un diálogo continuo entre ambas instituciones y no su concepción rígida de esferas totalmente contrapuestas. Con la injerencia entendida en sentido positivo del Estado en la esfera *social* y con una diversa fórmula de concebir las relaciones *Estado-sociedad*, unido a la expansión de los servicios públicos, comienza paulatinamente a revertirse la posición inflexible de contraposición absoluta entre el poder público y los administrados, es decir, de las esferas del *público* y del *privado* y en consecuencia de sus intereses. Indiscutiblemente, la fórmula del estado democrático también es influyente en este proceso de reversión, puesto que las exigencias de una democracia sustancial implican la participación del ciudadano en la toma de las decisiones fundamentales, incluyendo el ámbito de la administración pública. De esta forma, la tutela de la vida y de las libertades, en el ámbito del Estado social de derecho, son una exigencia legítima del individuo y de la comunidad, (Cfr. Haberle, *op.cit.*, p. 54), en este sentido, las necesidades colectivas son elaboradas y representadas también por los sujetos privados.

Del mismo modo, afirma Franzese (1992, p. 571), la crisis del sistema político institucional, esto es de la ley formal (...) como fuente ordenadora de los intereses unida a la proliferación de las tareas asumidas por los poderes públicos con la consolidación del Estado social, signaron el ingreso de las relaciones de tipo paritario entre el público y el privado.

Por otra parte, en este modelo, los intereses así como los derechos, han tenido en los últimos años, una continua expansión debido a mayores exigencias de protección de la calidad de vida de los grupos, originado por el fuerte desarrollo de los mercados y de los bienes de consumo, del uso de la técnica en los servicios, de los servicios públicos y privados, en los cuales no siempre la calidad del servicio o del bien es completamente asegurada.

Si bien, hoy continúa vigente la noción del interés público (también denominado *interés general, utilidad pública*) como aquel interés prevalente y prioritario atribuida su satisfacción principalmente a los sujetos públicos¹¹, constituyendo la razón de ser de las

11. La satisfacción del interés general o público, si bien corresponde al Estado y los órganos que lo componen, no excluye que los privados persigan fines de intereses generales. De igual forma, se recuerda en esta sede la corresponsabilidad de los individuos, familia, grupos y sociedad, con los fines del Estado venezolano.

atribuciones del poder público (puesto que los entes existen para la realización de los intereses públicos o generales), éste coexiste con intereses metaindividuales derivados de exigencias colectivas, correspondiendo también su vigilancia y satisfacción a la esfera de los privados.

En efecto, los intereses de las personas al goce de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al goce de los bienes culturales y de los bienes de consumo y de éstos últimos, a un precio conveniente, a su calidad, a su distribución racional, a una información adecuada y no engañosa; son incluidos tradicionalmente por la doctrina, en la categoría de los *intereses difusos*. Estos no son ya más intereses exclusivos del *privado* o cuya incidencia se orienta a una sólo esfera jurídica individual y particularizada, sino que se proyecta en la esfera de los intereses de toda una colectividad, dado que su realización para el particular implica una posición de ventaja para el resto de la colectividad, en cuanto miembros de la misma.

Asimismo, cabe distinguir aquellos intereses, que siendo también meta o supraindividuales, la ventaja de su realización sobrepasa el interés particular de un sólo sujeto, caracterizándose por ser comunes a un grupo particular y específico, diferenciable de otras formaciones sociales y del resto de la colectividad. A estos intereses asociados a grupos específicos, como pudieran ser los intereses de los profesionales de la medicina, del derecho, los vecinos de una parroquia determinada, la doctrina ha afirmado que forman parte de la categoría de los *intereses colectivos*. Desde esta posición, su característica es de ser intereses al mismo tiempo individuales y extraindividuales, sin alcanzar la categoría de intereses generales. Considerados en su objetividad, constituyen el presupuesto y el fundamento de la organización del grupo y representan su principio organizador. (Cfr. Sforza, 1963, p. 105).

Bajo esta perspectiva, los intereses de los individuos coinciden con los intereses de la sociedad, y no es posible afirmar su contraposición. De esta forma, en los intereses colectivos y difusos se manifiesta la comunión entre el *individual* y el *social*. Acogemos las palabras del jurista italiano Vigoriti cuando sustenta que los intereses difusos y colectivos, al estar enlazados con los derechos constitucionales de libertad, y hemos agregado en este estudio, con los derechos de participación, implican una nueva forma de relacionarse el individual con el colectivo, no en contraposición, sino en colaboración.

Todo nace, a nuestra forma de ver, del esquema mental en que fueron pensado en el siglo pasado las nociones de derecho subjetivo y de interés legítimo, un esquema, esto es fundamentalmente concebido en términos de contraposición del individual al colectivo. Contraposición que, en cambio, no tiene sentido cuando se habla de intereses enlazados a los derechos constitucionales de libertad, o sea, precisamente a los intereses difusos y colectivos: en los cuales el individual no nace en antítesis al colectivo, pues, al contrario, nace propio del colectivo, y en este siempre se reencuentra y se refleja también cuando, en cualquier modo, se diferencian (Vigoriti, 1980, p. 54).

Corresponde dilucidar cuál es la solución aportada por la Constitución de 1999 a la temática de estos intereses. Si bien ésta conserva la categoría del interés público o utilidad pública, atribuida su satisfacción prevalentemente a los sujetos públicos, agrega la categoría del *interés social*. Sin embargo, a nuestro entender los intereses públicos son también intereses sociales y por consiguiente estamos frente al *telos* del Estado, en el entendido que persiguen la satisfacción de las necesidades del colectivo.

Por otra parte, la Constitución establece diversos principios que informan la actividad del poder público como el de la legalidad, de la competencia y de la responsabilidad, que continúan a constituir garantías para el privado; incluyendo otros como el de la *participación* y de la *corresponsabilidad* del privado en la función pública. Bajo el

paradigma participación propuesto por el constituyente, antes referido, el privado y la sociedad no se presentan de frente al Estado en posición de subordinación o de antagonismo, sino que se sitúan en un mismo plano de coordinación como colaboradores de éste, en la consecución de sus fines. En efecto, el modelo de la Constitución de 1999 quiso modificar la relación asimétrica entre el Poder público y el privado. Se incorpora el nuevo paradigma según el cual individuo y sociedad (concretizada ésta a través de asociaciones de diversa índole, organizaciones no gubernamentales, comunidad organizada) son corresponsables y colaboradores en la función pública.

En este sentido, las recientes transformaciones que está experimentado el sistema administrativo venezolano aputan hacia la dirección antes mencionada. Tenemos entonces que la Administración pública se proyecta siempre menos como autoridad, como poder imperativo y absoluto y siempre más disponible al individuo y a la conformación de relaciones de coordinación con éste. De esta forma, se configura la administración no sólo como organización subjetiva (o de poderes subjetivados) sino como ámbito de confluencia de intereses sociales, incluidos los intereses colectivos y difusos. Como afirma Guarino, *la noción del interés difuso tiene una importancia notable porque confirma que no es el individuo a existir para la organización, sino es la organización en función del individuo. La organización no tendría razón de ser si no logra asegurar a los individuos, a todos los individuos, algunos bienes fundamentales* (1977, p. 175)

Esta tendencia acentuada en la más reciente legislación en materia administrativa, como se evidencia de las disposiciones de la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública (L.O.A.P.), cuando establece que ésta se constituye en función del servicio a los particulares y a la población (art. 5) y en función de la garantía del goce, conforme al principio de progresividad y de no discriminación, de los derechos humanos. (art. 3).

Por otra parte, la búsqueda del consenso social en la actividad de la Administración, a través de la participación social en la actividad normativa (art. 136 L.O.A.P.), en el control de la gestión pública (art. 135 *ejusdem*) y en la descentralización funcional de los servicios públicos a los niveles del individuo y de las comunidades, propician la reivindicación de los intereses de las agregaciones o formaciones sociales. De este modo, y siempre con mayor frecuencia, son las formaciones sociales y no solamente el individuo, a entrar en contacto con la Administración Pública, a ser parte dialogante y contractual. Inclusive resalta del artículo 5 de la referida Ley que la Administración Pública en su actividad debe dar preferencia a la satisfacción de las necesidades de la población. Se observa entonces la opción legislativa de privilegiar en la actuación administrativa al grupo social que a los individuos o particulares.

Este cambio de posición o de relacionarse el privado y los demás componentes de la sociedad (asociaciones, organizaciones no gubernamentales) con el poder público, permite la participación de ésta en el control, vigilancia y defensa de los intereses supraindividuales (control cívico y colectivo), pudiendo demandar prestaciones no sólo por parte del poder público sino también de los privados.

A. La Calidad de la vida como bien jurídico protegido por los intereses colectivos y difusos

La calidad de vida se presenta hoy como una noción ampliamente difusa en nuestro ordenamiento jurídico. Aparece en la Constitución de 1999 vinculada a la calidad del ambiente, de los servicios públicos y de los bienes de consumo (arts. 83, 103, 117) y

también con expresiones equivalentes como *prosperidad y bienestar del pueblo* (art. 3). Por otra parte, la calidad de vida se proyecta como principio informante de la actividad administrativa. Así por ejemplo, en materia de prestación de los servicios públicos fundamentales, esta exigencia se evidencia en la más reciente legislación administrativa¹². De esta forma, la calidad de vida se presenta como mandato constitucional a desarrollar por el legislador y como objetivo a alcanzar por la actividad de nuestro estado social y democrático de derecho¹³.

Asimismo, la calidad de vida se enlaza a la idea de un Estado de Justicia. Ello se desprende de la Exposición de Motivos de la Constitución cuando expresa sobre la organización jurídicopolítica del Estado: “*Estado social y democrático de Derecho comprometido con el progreso integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia*”.

En este mismo orden de ideas, en la Constitución de 1999, la calidad de vida se propone como una noción mucho más amplia que la procura existencial. Puesto que la procura es la garantía del goce por parte de todos los individuos (miembros de una comunidad estatal) de condiciones mínimas materiales de existencia sin la cual la vida no puede ser dignamente vivida, la calidad de vida tiene un contenido mucho más amplio pues va más allá del simple vivir, del simple mantenerse, dado que busca optimizar las condiciones humanas en una cierta realidad histórica, con una perspectiva no sólo de presente sino también de futuro. En este sentido, la protección de la calidad de vida abarca no solamente la atención a las condiciones de existencia del presente sino que también se proyecta al futuro, a fin de garantizar a las generaciones venideras la posibilidad del *buen vivir*.

Por otra parte, la calidad de vida coincide con la procura existencial en el sentido que afecta la generalidad de los sujetos componentes de una sociedad y no puede ser pensada exclusivamente en el interés de grupos o de clases sociales particulares. De este modo, la procura existencial formulada por Forsthoff, supone la responsabilidad que “*no se agota en las medidas a favor de las clases económicamente débiles, sino que se extienden a la generalidad de los ciudadanos, ya que a todos alcanza la incapacidad para dominar por sí mismos sus condiciones de existencia, es decir, la menesterosidad social en el sentido amplio del concepto*” (García Pelayo, 1977, p. 28).

Dado que vivimos inmersos en una sociedad cambiante y económicamente globalizada, en la cual la calidad de vida se encuentra amenazada constantemente (sea a nivel del ambiente, del consumo, de la salud), se exige una persona no pasiva que espere todo del Estado, sino todo lo contrario, un sujeto activo en la defensa de sus derechos e intereses, especialmente en la defensa de los intereses colectivos y difusos.

En efecto, “los derechos e intereses difusos y colectivos persiguen mantener en toda la población o en sectores de ella, una aceptable calidad de vida, en aquellas materias cuya prestación general e indeterminada de tal calidad de vida corresponde al Estado o a los particulares” (TSJ:SC, 21-11-2000, *varios gobernadores de Estado vs. el Ministro de Finanzas*, en <http://www.tsj.gov.ve>, subrayado nuestro).

12. V. la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico (arts.2,8,32,36) y la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento (arts. 3,9,36,41,66,67).

13. “*Ahora bien, correspondiendo al Estado venezolano mantener las condiciones aceptables de calidad de la vida...*” (TSJ:SC, 21-11-2000, en <http://www.tsj.gov.ve>).

Por otra parte, se debe puntualizar que existe una correlación estrecha entre la calidad de vida y el goce efectivo de ciertos derechos fundamentales consagrados en la Constitución, tales como el derecho a la salud, que forma parte del derecho a la vida (art. 83 C.N.), los derechos a la intimidad y privacidad en la sociedad actual tecnológica (art. 60), a una vivienda adecuada (art. 82), al trabajo y al salario suficiente y *vital* (art. 91), a la cultura (art. 99), al goce de servicios públicos de calidad, tales como los *educativos* que permitan una formación integral de la persona y los *informativos* que posibiliten el acceso universal a la información (art. 102), al deporte (art. 111), al goce de bienes y servicios de calidad (art. 117), a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 127) y a la garantía de una seguridad alimentaria de la población (art. 305), entre otros.

Asimismo, la calidad de vida se dirige a la protección del individuo de los mercados dominados por las leyes económicas, instituyendo una serie de derechos a favor del aprovechamiento de los bienes económicos evitando su utilización antisocial, tales como el derecho de los individuos a bienes y servicios de calidad (art. 117) y a una información adecuada y no engañosa (art. 117). Del mismo modo, añade el Constituyente otras normas que tienden a la protección de la calidad de vida, tales como la cláusula que establece el régimen socioeconómico del Estado fundamentado en los principios de la justicia social, de la productividad y de la solidaridad, a los fines de asegurar una existencia digna y provechosa para la colectividad (art. 299).

En cuanto a la relación de la calidad de vida y el goce efectivo de los derechos fundamentales, nuestro máximo Tribunal se ha pronunciado al respecto, señalando que ésta se logra con el desarrollo de los derechos relativos a la sociedad, que abarcan, no sólo los derechos tradicionalmente denominados por la doctrina como *derechos sociales* sino también con el goce de los derechos ambientales, culturales y políticos. En efecto, la Sala Constitucional ha definido la calidad de vida como:

...el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo... por lo que ella, en sentido estricto, no es el producto de derechos individuales como los contenidos puntualmente en el Capítulo de los Derechos Humanos, sino del desenvolvimiento de disposiciones constitucionales referidas a la sociedad en general... (TSJ:SC, 21/11/2000, varios gobernadores de los Estados vs. el Ministro de Finanzas, en <http://www.tsj.gov.ve>).

Sin embargo, consideramos que la calidad de vida, hoy por hoy, se obtiene con el goce interdependiente de todos los derechos fundamentales, no sólo sociales sino también individuales, porque no habría calidad de vida si los miembros de un Estado se sintieran continuamente amenazados a su intimidad y privacidad a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, sin contar con ninguna protección por parte del ordenamiento jurídico o no se gozaran de las clásicas libertades de expresión, comunicación y conciencia, como formas expresión de la vida humana. Realmente se hace difícil deslindar el horizonte de estos derechos así como verificar hasta qué punto el menoscabo y la lesión de ellos incide en una disminución de la calidad de la vida. Es por ello que el Constituyente, en consonancia con la doctrina de los derechos humanos, exige el goce interdependiente de los mismos derechos.

Por otra parte, la calidad de vida, en el entendido antes expuesto de estar enlazada directamente al goce efectivo de los derechos fundamentales, implica la realización del elenco de libertades comprendidos los derechos de participación. De este modo, la participación no sólo hace efectiva la vitalidad del individuo y de los grupos en el tejido económico y sociopolítico, sino que hace efectiva la garantía del Estado social y democrático no sólo como nivelación de las condiciones materiales de la existencia, sino también como ejercicio efectivo de la ciudadanía.

3. La tutela de los intereses colectivos y difusos en el marco del modelo de derechos de la Constitución de 1999

La Constitución de 1999 instituye un modelo de derechos fundamentales como se ha referido anteriormente, a los cuales les confiere una serie de garantías de índole normativo, institucional y judicial¹⁴, dentro del cual incluye la tutela de los intereses colectivos y difusos.

Con respecto a la tutela jurisdiccional de estos intereses, la disposición del artículo 26 establece expresamente: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

De esta forma, la Constitución consagra *el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, que faculta a toda persona al ejercicio de una acción contra una violación a sus derechos o intereses, incluidos aquí los colectivos o difusos, según sea el caso, a través de la jurisdicción. Esta norma, de cardinal importancia en la configuración de nuestro sistema de protección de los derechos, hace en consecuencia posible el acceso de los individuos a la *justicia* y al *derecho a la defensa*.

Del mismo modo, el derecho a la tutela efectiva se presenta en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental, de contenido complejo que comprende, según la doctrina, en su núcleo esencial, lo siguiente: el derecho de acceso a la jurisdicción para el planteamiento del conflicto intersubjetivo de intereses, el derecho a la obtención de una resolución de fondo sobre el mismo en un tiempo razonable, el derecho al respeto en la resolución del principio de congruencia, el derecho a la motivación de las decisiones judiciales y fundadas conforme a derecho, el derecho de acceso a los recursos ordinarios y extraordinarios posibles en la vía judicial, el derecho a las medidas cautelares y el derecho a la ejecución de la sentencia.

La labor interpretativa del Tribunal Supremo de Justicia, en recientes decisiones, ha precisado el contenido de este complejo derecho complejo, a saber:

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido... (TSJ:SC, 10-05-2001, Defensoría del Pueblo vs Comisión Legislativa Nacional, en <http://www.tsj.gov.ve>)

Consideramos que el Constituyente de 1999 quiso reafirmar la importancia de la protección de los intereses colectivos y difusos, no sólo otorgándole carácter constitucional a dicha tutela sino también incluyéndola en el marco de la tutela judicial efectiva de los derechos, reafirmando con ello la relevancia que adquieren hoy la defensa de estas posiciones subjetivas jurídicas.

Además de los clásicos esquemas de tutela tradicionales en el país (como la tutela del derecho subjetivo y del interés legítimo con amplia trayectoria en el área del derecho

14. Para mayor abundamiento sobre estas garantías, véase el artículo intitulado “El catálogo de los derechos del hombre y sus garantías. Referencias al nuevo orden constitucional venezolano” ya citado, en *Rivista di Filosofia dei Diritti Umani: philosophy of Human Rights*, Napoli 2000.

administrativo), el panorama normativo constitucional de 1999 ofrece amplias posibilidades de defensa a favor de la persona y con relación a los status específicos que pueda en un momento particular gozar. Entre los diversos status de la persona indicamos entre otros, y no con pretensión de exhaustividad, la de *consumidor* y *usuario* de bienes y servicios públicos y privados, la de titular de derechos fundamentales tales como la salud, el medio ambiente sano, la cultura, el trabajo, la educación, la intimidad, la privacidad, la de *miembro* de grupos específicos (en consecuencia, goza del status de ser portador de los intereses colectivos), o la de simple *miembro de la colectividad* (que le confiere la facultad de reivindicar los intereses difusos, en caso de defensa de la calidad de la vida o del bien común). En efecto, la mayor atención hacia la tutela de la esfera jurídica del individuo, busca, de cualquier modo, compensar el enorme crecimiento de los denominados *poderes fuertes* que constituyen la contrapartida de muchas de las relaciones jurídicas que involucran el privado, tanto en la esfera pública como en la privada.

La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos implica por otra parte la *superación de la concepción individualista del proceso*. En este sentido, el profesor Pérez Luño, con relación a la protección del ambiente (que constituye uno de los componentes de la calidad de vida), mediante la acción popular que permite la iniciativa de cualquier interesado (individual o colectivo), afirma que...*se trata, en suma, de institucionalizar nuevos medios para la defensa jurídica de intereses que no se pueden considerar privativos de una persona o un grupo, por incidir en la calidad de la vida de los ciudadanos en su conjunto*. (1998, p. 477).

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado al respecto, indicando que dicha tutela implica la superación de las clásicas formas de legitimación procesal, en aras de la realización de una justicia real y efectiva:

El nuevo marco constitucional, además de consagrar el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales de los sujetos de derecho, quienes pueden concurrir de manera individualizada a solicitar la protección de sus derechos y garantías constitucionales, plantea ahora de manera expresa la posibilidad de que dirijan a tales órganos solicitudes que tengan por finalidad el logro de tutela judicial de intereses colectivos o bien que los peticionantes aleguen la violación o amenaza de derechos o garantías fundamentales que forman parte de la esfera de intereses difusos, tutela jurisdiccional de la que se verían privados, como sostiene Jesús González Pérez, ...de mantenerse las normas clásicas de legitimación... (TSJ:SC, 29-05-2000, Queremos elegir y otros vs. Consejo Nacional Electoral, en <http://www.tsj.gov.ve>)

También la doctrina se ha pronunciado en torno a esta ampliación de la legitimación procesal. Así tenemos que “la exclusividad del interés directo en las pretensiones procesales ha sido enriquecido por la posibilidad de defender los intereses difusos, inclusive de futuros titulares, por medio de asociaciones, corporaciones o grupos...” (Peces Barba, *op. cit.*, p. 186). Con respecto a la tutela institucional de los intereses colectivos y difusos, la Constitución instituye dicha protección a la Defensoría del Pueblo como órgano integrante del Poder Ciudadano. En efecto, corresponde a la Defensoría del Pueblo por órgano del Defensor del Pueblo, “la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas”, conforme a lo previsto en el artículo 280 de la Constitución¹⁵.

15. Asimismo, se establecen como atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo, entre otras: “1. *Velar por el efecto respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados, convenios*

Por otra parte, algunas leyes especiales prescriben la constitución de entes especializados de protección de los intereses colectivos y difusos, como por ejemplo, *la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente* que ordena la creación del *Consejo Nacional de Derechos*, a nivel de la República, los *Consejos Estadales de Derechos*, a nivel de cada uno de los Estados que conforman la Federación, los *Consejos Municipales de Derechos* y los *Consejos de Protección del Niño y del Adolescente* a nivel de cada Municipio, órganos éstos encargados de velar por el cumplimiento y el goce de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes y de sus intereses colectivos y difusos. Asimismo, el Código Orgánico Procesal prevé el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Público, en el caso de delitos que afecten los intereses colectivos o difusos. (art. 46)

De la configuración constitucional y legal, la tutela de estos intereses es compartida tanto por algunos órganos del Poder público (Defensoría del pueblo, Consejos de Derechos) y por los privados. Es decir, la tutela de estos intereses no es exclusiva del poder público, como se ha hecho referencia, su ejercicio por parte de los particulares forma parte del derecho de participación bajo el modelo de derechos constitucional. De esta forma, el artículo 26 de la Constitución consagra la garantía de la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos, contra todos los actos del Poder Público y de los particulares y debe ser interpretado también a favor de la tutela no solamente de las situaciones jurídicas subjetivas diferenciadas (intereses colectivos) sino también las de carácter no estrictamente individual (intereses difusos), porque de otra forma quedarían sin protección y fuera del control jurisdiccional los actos lesivos de estas posiciones. En consecuencia, la tutela abarca una esfera amplia y elástica de situaciones subjetivas jurídicas.

4. La jurisprudencia nacional sobre los intereses colectivos y difusos

La Constitución de 1999 así como las legislaciones que contemplan la tutela del interés difuso o colectivo¹⁶ no definen que debe entenderse por el interés difuso o por el colectivo. Corresponde entonces a los diferentes operadores jurídicos determinar su contenido. En este sentido, juega un papel importantísimo la jurisprudencia, y en particular la de la Sala Constitucional, puesto que su tarea es interpretar las normas constitucionales, aparte del carácter vinculante en materia del contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, dentro de las cuales figuran los derechos fundamentales.

Corresponde identificar del análisis realizado de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (años 2000-2001) los caracteres más resaltantes de la construcción jurisprudencial formulada de estas instituciones jurídicas:

y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento....2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir del Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos". (art. 281 ejusdem).

16. Como la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

En cuanto a su naturaleza jurídica:

Tanto a los intereses colectivos como los difusos se les reconoce autonomía institucional propia, susceptible de tutela judicial, es decir, como categorías de intereses diferenciables entre sí y de los intereses legítimos. Así se desprende de las siguientes afirmaciones de la Sala Constitucional:

...la Constitución vigente (artículo 26) se refiere a acciones para tutelar derechos e intereses difusos o colectivos, lo que pudiera interpretarse como que ellos forman una sola categoría. No comparte esta Sala tal interpretación... (TSJ:SC, 30-06-2000, Defensoría del Pueblos vs. Comisión Legislativa Nacional, en <http://www.tsj.gov.ve>).

Por ello y en correspondencia con el criterio sostenido en los fallos antes parcialmente transcritos, esta Sala considera que lo que diferencia el interés difuso del interés colectivo es que este último, en cuanto a la naturaleza es mucho más concreta para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no sólo para el que lo detenta sino para el obligado... (TSJ:SC, 17-05-2001, Defensoría del Pueblo contra CADAFE y empresas filiales, en <http://www.tsj.gov.ve>).

Los intereses difusos son concebidos como intereses indiferenciados. El vínculo que une a las personas en el caso de los intereses difusos no es necesariamente jurídico, sino la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de la sociedad. Asimismo, establece la Sala que el daño debe comportar la lesión o la amenaza a un bien supraindividual o suprapersonal.

Debe, en estos casos, existir un vínculo común, así no sea jurídico, entre quien acciona para lograr la aplicación de una norma, y la sociedad o el segmento de ella, que al igual que el accionante (así sea un ente especial para ello), se ven afectados por la acción u omisión de alguien... Son los difusos los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso... Consumidores son todos los habitantes del país. El daño a ellos como tales, atiende a un bien supra individual o supra personal, y a una prestación indeterminada en favor de ellos, por los manipuladores de bienes y servicios. (TSJ:SC, 30-06-2000)

Los intereses colectivos son concebidos como intereses comunes a los miembros de un determinado grupo o de un sector poblacional identificable. “*Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos.* (TSJ:SC, 30-06-2000).

En cuanto a su fundamento:

El radio de acción de estos intereses (colectivos y difusos) se proyecta en la defensa de los denominados por la jurisprudencia como *derechos cívicos, de participación o de protección ciudadana*, que permiten al individuo controlar la calidad de vida común. Asimismo, como derechos de participación implican la interacción de la sociedad, a través de sus individuos, en la consecución, conjuntamente con el Estado, de un nivel de vida de calidad y el logro del bien común. Al respecto, estableció la Sala que su protección.

...es parte del principio de expansión de los derechos y garantías constitucionales, del dominio de lo Constitucional sobre los derechos subjetivos personales, ya que estos derechos de defensa de la ciudadanía vienen a ser el desarrollo de valores básicos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tales como el logro del bien común (señalado como fin del Estado en el Preámbulo de la Constitución), el desarrollo de una sociedad justa, o la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo... (TSJ:SC, 30-06-2000).

En cuanto al bien que protegen:

El objeto de la tutela de los intereses colectivos y difusos es la calidad de la vida comunal y la defensa del bien común.

Los derechos e intereses difusos y colectivos persiguen mantener en toda la población o en sectores de ella, una aceptable calidad de vida, en aquellas materias cuya prestación general e indeterminada de tal calidad de vida corresponde al Estado o a los particulares. (TSJ:SC, 21-11-2001, varios gobernadores de Estado vs. Ministro de Finanzas, en <http://www.tjs.gov.ve>).

En cuanto a la legitimación activa:

Los intereses colectivos como los difusos, por generar un *interés social común* actual o un *derecho subjetivo comunal* (con palabras de la Sala), son accionables por cualquier persona, nacional o extranjero con domicilio, capaz procesalmente que tengan un vínculo con la sociedad. De esta manera, estableció expresamente la Sala: *Las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia...* (TSJ:SC, 30-06-2000). Asimismo, la legitimación activa también la tienen las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos y demás entes colectivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad, dentro de los límites de los objetivos societarios, como en nuestro país, las asociaciones de vecinos, las asociaciones de consumidores y usuarios, entre otras.

En cuanto a la legitimación pasiva:

El interés social es exigible frente al Estado, a grupos y a particulares. Tienen eficacia tanto vertical (frente al Estado) como horizontal (frente a los privados). La satisfacción de estos intereses puede ser a través de prestaciones positivas o abstenciones a cargo del Estado o de particulares, que favorezcan al conglomerado social. Así lo estableció enfáticamente la Sala Constitucional: *“Una característica de estos derechos, es que al perseguir con ellos el bien común, su contenido gira alrededor de prestaciones, exigibles bien al Estado o a los particulares, que deben favorecer a toda la sociedad..”*. (TSJ:SC, 30-06-2000).

En cuanto a los efectos de la acción por intereses colectivos:

Las acciones por intereses colectivos se extienden a todos aquellos sujetos individualizados que se encuentren en la misma situación de lesión o amenaza de lesión de su derecho a la calidad de vida. Reciente jurisprudencia, por ejemplo, en el caso de una acción de amparo constitucional para la defensa del derecho constitucional a la salud, de sujetos que padecen la enfermedad del Sida y que sean miembros del Seguro Social, extendió el mandamiento de amparo para todos aquellos sujetos que se encuentren en la misma situación de enfermedad que los accionantes, por tratarse de *un interés colectivo* que afecta en común a un grupo de la sociedad. En tal sentido, indicó la Sala Constitucional;

Debe acotarse, que en los casos en los cuales la acción de amparo es interpuesta con base en un derecho o interés colectivo o difuso, el mandamiento a acordarse favorecerá bien a un conjunto de personas claramente identificables como miembros de un sector de la sociedad, en el primer caso; bien a un grupo relevante de sujetos indeterminados apriorísticamente, pero perfectamente delimitable con base a la particular situación jurídica que ostentan y que les ha sido vulnerada de forma específica, en el segundo supuesto. Así, no resulta cierto que el amparo destinado a proteger tales situaciones jurídicas de múltiples sujetos, posea efectos *erga omnes*, tal como lo señalara el *a quo*, pues, como se ha visto, sus beneficiarios son susceptibles de una perfecta determinación y la tutela a ellos brindada es siempre concreta, mas nunca de modo genérico. (TSJ:SC, 06-04-2001, varios ciudadanos contra IVSS).

5. Los intereses colectivos y difusos en Italia

A partir de los años 60 y 70 del siglo XX, comenzó en Italia a reivindicarse la tutela de los intereses colectivos y difusos en el ámbito de la jurisdicción administrativa. A partir de esa fecha, se inició un gran debate sobre la naturaleza jurídica y las formas de tutela de los referidos intereses, a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia, en ausencia de una disciplina positiva del legislador. Parte de la referida discusión era si los intereses difusos constituían una categoría jurídica autónoma y diferenciada de los intereses colectivos. Con respecto a estos últimos, era aceptado pacíficamente que formasen parte de una sub-especie de los intereses legítimos, pero no ocurría lo mismo con los intereses difusos, a los cuales se alegaba su carácter *adespota*, es decir, su incapacidad de ser adjudicados a los titulares de una posición diferenciada con respecto a la colectividad indeterminada.

Así, la evolución jurisprudencial estuvo marcada por numerosos tentativos de individuar los criterios de *transformación* de los intereses colectivos y difusos en intereses diferenciados y en consecuencia legítimos, a cargo de los sujetos privados, una vez abandonado el criterio que confería exclusivamente a los sujetos públicos la tutela de los intereses generales (Cfr. Casetta, *op.cit.*, p. 280).

Recientemente, la doctrina ha identificado las dos formas de interés en exámen: -el interés difuso que corresponde a la colectividad generalizada o a un grupo social espontáneo y el interés colectivo vinculado a una formación social organizada e individualizada jurídicamente (como ejemplos, los intereses de las asociaciones ambientalistas, asociaciones de consumidores, órdenes profesionales, organizaciones sindicales, etc.). De tal modo que se considera común a estos intereses (colectivos y difusos) la característica de ser intereses cualitativamente idénticos en una colectividad de personas. Su distinción priva en el diverso carácter atribuido a la organización, considerándola como fundamental en los intereses colectivos e irrelevante en los intereses difusos. (Federici, 1984, p. 20).

De esta forma, la doctrina (Caringella, 1999, p. 103) ha elaborado los rasgos caracterizadores de los *intereses difusos* a saber: a) No tienen como punto de referencia objetivo un bien susceptible de apropiación individual. b) Son comunes, bajo el perfil subjetivo, a todos los miembros de la colectividad.

Asimismo, los intereses difusos han sido caracterizados por la doctrina bajo un doble perfil: desde el punto de vista subjetivo pertenecen a una pluralidad de sujetos, desde el punto de vista objetivo, se refieren a bienes no susceptibles de utilización diferenciada (Casetta, *op.cit.*, p. 280). Estos intereses son considerados como “*intereses de igual contenido, comunes a varias personas, distintos de las tradicionales situaciones jurídicas subjetivas, que vienen condivididos por una pluralidad de sujetos, porque son la manifestación de un nuevo modo de entender la relación sujeto-bien*”. (Federici, *op.cit.*, p. 19).

En cuanto a los intereses colectivos (Caringella, *op. cit.*, p. 105), éstos se caracterizan por: a) ser *diferenciados*, en cuanto se refieren a un sujeto individualizado, en línea general, a una organización de tipo asociativo que se distingue de la colectividad y de los individuos que la integran y b) ser *calificados*, en el sentido que son previstos y tomados en consideración, sea indirectamente, por e derecho objetivo.

De este modo, los intereses colectivos son concebidos como las homogéneas pretensiones de los componentes de una clase de personas (o una formación social en vía de autodistinción o de autorganización), en el ámbito de una colectividad más amplia o de

la misma colectividad general, a que un determinado bien, con relevancia social, no sea expuesto a prejuicio. (Corasaniti, 1980, p. 103). En cuanto a los bienes objeto de la tutela de los intereses colectivos,

...no son sólo aquellos indivisibles, pero además aquellos divisibles, y además la misma doctrina afirma que el colectivo no es *quid* del todo diverso y supraordinado al individual, porque de otra forma se terminaría por quitar la atención del protagonista efectivo del fenómeno colectivo, esto es de la persona, a cuyos intereses también si tienen relevancia superindividual, no dejan nunca de pertenecer (Vigoriti, *op. cit.*, p. 58).

En cuanto al origen y fundamento de los intereses colectivos y difusos, parte de la doctrina italiana (Federici, *op.cit.*) señala que éste es debido al resultado de la inclusión de las garantías a nivel constitucional de los intereses comunes a una pluralidad de personas sobre la base de los principios fundamentales de los derechos inviolables (art. 2 de la constitución italiana), de la igualdad sustancial y de la participación (art. 3, II *ejusdem*). En este sentido, su tutela es producto de las transformaciones de los modos de protección del interés público y su fundamento es la defensa de la persona y de ciertos bienes de la colectividad. De manera que los intereses difusos son tutelados en la forma del derecho de la persona en su dimensión social. Esta tesis encuentra su sustentación en la Constitución y particularmente en los artículos 2 y 32 de la misma. Así por ejemplo, el artículo 32 establece el valor de la salud como derecho fundamental del individuo y como interés de la colectividad, señalando la tutela de dicho valor como tarea de la República.

Con respecto a la tutela jurisdiccional de estas dos categorías de intereses, la jurisprudencia administrativa ha admitido su protección, sin embargo, se exige la subsunción de ambos en la categoría general de los intereses legítimos. Esta elaboración jurisprudencial ha sido debida particularmente a la famosa decisión del Consejo de Estado N° 24, del 19/10/79.

No obstante, el reconocimiento a nivel jurisprudencial de la categoría de los intereses difusos no ha sido fácil, de hecho se han tenido que superar, entre otros, el obstáculo de la negación de la autonomía conceptual de los intereses difusos, los cuales generalmente eran enmarcados dentro de la noción del interés colectivo, sin diferenciarse, como se ha referido. La dificultad del reconocimiento de la legitimación para su actuación es que en el sistema judicial italiano sólo son accionables los intereses del sujeto en cuanto titular de una posición sustancial individual y diferenciada, mientras los intereses difusos por su naturaleza se relacionan con sujetos indeterminados, dando lugar a posiciones colectivas indiferenciadas. Esta situación no ha ocurrido para los intereses colectivos, dado que se relacionan con una colectividad individualizada y determinada, y su tutela es confiada a entes representativos de los mismos.

Por otra parte, ha favorecido a la expansión de la tutela de los intereses difusos, la progresiva consolidación en la doctrina italiana (Federici, Comoglio E F. Satta) de la tesis según la cual las situaciones jurídicas subjetivas, tal como son elaboradas por la ciencia jurídica, no son necesariamente ni un número cerrado ni inmodificables, al contrario, siguen el desarrollo propio del ordenamiento y su evolución.

...En tal perspectiva las fatiespecie normativas, pero que no se sustraen a una inevitable heterointegración de orden técnico, se preanuncian a una estructura abierta, rechazando de recibir conceptos rígidos e inmodificables en el tiempo, ya que reflejan las etapas salientes de una operación, históricamente relativa, de restauración y de reconstrucción, que aquellas *conquistas* asumen no como puntos de llegada, pero como puntos de partida para la actuación de nuevos principios de legalidad democrática. (Comoglio, citado por Federici, *op. cit.*, p. 152)

Asimismo la doctrina más atenta, impulsada por la apertura de la jurisprudencia administrativa en frente de la tutela, ha elaborado una noción más amplia y elástica del interés legítimo. Además esta escogencia es confirmada por varias leyes del sector (v. la ley N° 349/86 sobre el daño ambiental que atribuye a determinadas asociaciones ambientalistas la potestad de impugnar los actos ilegítimos del bien *ambiente*) y el Decreto ley N° 52/96 que prevé en favor de las asociaciones de consumidores la potestad de ejercitar la acción inhibitoria contra las cláusulas vejatorias, entre otros.

Como afirma Sechi (2001:7) ha constituido expresión de una gran conquista de civilidad jurídica el haberse previsto normativamente la posibilidad, para las asociaciones de intereses colectivos, de presentar peticiones, propuestas e instancias en el ámbito de los procedimientos administrativos (art. 61 de la Ley N° 142/90), la facultad de intervenir en los mismos (art. 9 l. De la Ley 241/90) y el derecho de acceso a los actos públicos (Ley N° 349/86).

En cuanto a la accionabilidad de los intereses difusos, la jurisprudencia administrativa ha sostenido que los intereses difusos son accionables cuando ellos sean reclamados por un ente exponencial que tenga las siguientes características: no sea ocasional, representativo y que se inserte en el territorio en el cual se sostiene la lesión del interés.

A esta orientación rígida y fundada sobre un dato estrictamente positivo, se ha opuesto otro que considera los intereses difusos accionables también en ausencia de estos requisitos, en cuanto hagan referencia a los derechos fundamentales de la persona. En esta orientación se ha pronunciado el Pretor de Roma en el caso de la tutela de los intereses de los minusválidos, los cuales se lamentaban que el Comune de Roma no había predispuerto los medios idóneos para permitir su acceso al metro. El magistrado afirmó que la atribución de un derecho subjetivo a una entera categoría de sujetos no compromete su consistencia, “*porque la vinculación exclusiva entre un bien y un determinado sujeto (individuo o ente) es típico de los derechos patrimoniales, mientras la característica de los derechos fundamentales (no patrimoniales) es aquella de prescindir de un sinnúmero de ligámenes de exclusividad, siendo vinculados a la existencia misma de la persona humana como partícipe de la colectividad*”.

Con relación a la tutela de los intereses colectivos en sede jurisdiccional, la doctrina se ha pronunciado en que ésta constituye una forma de participación ciudadana en la justicia y un acto de confianza en el sistema. *La participación es, entonces, el motivo de fondo del recurso al juez a la tutela de los intereses colectivos y, en conjunto, inspirador del análisis de los institutos que nos ocupan* (Vigoriti, *op.cit.*, p. 57).

Por otra parte, se han elaborado diversos criterios para la *individualización* de las formaciones legitimadas para representar los intereses de los ciudadanos. Al criterio de la *vinculación territorial* se han anadido el criterio de la *personalización* de los intereses. En otras palabras, está legitimado a tutelar los intereses colectivos, el ente o la formación que tiene, como propia y exclusiva finalidad el perseguimiento de dichos intereses. Parte de la doctrina y de la jurisprudencia han adoptado el criterio de la participación procedimental, prevista principalmente en la Ley N° 241/90. Se afirma que en la previsión de dicha ley es implícita la legitimación a la participación y a la tutela procesal. Otro sector de la jurisprudencia ha optado por un criterio normativo, en este sentido, son las normas del sector las cuales individualizan y califican los entes exponencialmente legitimados a promover la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos.

II. CONSIDERACIONES FINALES

Creemos que se está desarrollando en el país una prometedora teoría sobre la tutela los intereses colectivos y difusos, con las especiales contribuciones de la doctrina y de la jurisprudencia, como ha podido presentarse y nos auguramos que la misma pueda ser enriquecida, a los fines de una mejor dilucidación sobre la naturaleza y fundamento de estos institutos jurídicos. Como fuere la tesis mantenida en el trabajo, la inclusión de la dicha tutela en la Constitución de 1999 forma parte del proceso paulatino de expansión y especificación de los derechos humanos en el país, especialmente de los derechos de participación, unido a la progresiva mutación de las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad. Asimismo, el Constituyente de 1999 quiso reafirmar la importancia de la protección de los intereses colectivos y difusos, no sólo otorgándole carácter constitucional a dicha tutela sino también incluyéndola en el marco de la tutela judicial efectiva de los derechos, reafirmando con ello la relevancia que adquieren hoy, en las actuales condiciones de nuestra sociedad, la defensa de estas posiciones subjetivas jurídicas.

De esta forma, la protección de los intereses colectivos y difusos y su enlace con los derechos fundamentales, especialmente con los derechos de participación, en la protección de la calidad de la vida y defensa del bien común, implican por un lado, el fortalecimiento de la conciencia ciudadana, de la solidaridad, de la igualdad, de la responsabilidad y de la democracia como valores inspiradores y supremos de nuestro ordenamiento jurídico-político y por el otro, la unicidad del público con el privado en la responsabilidad de la función pública. La *comunidad* del público con el privado, del Estado con la sociedad, del colectivo con el individual, parecen ser las premisas de un orden que reivindica la dimensión social de los derechos fundamentales y la *unidad política* de los poderes públicos y privados en la realización de los fines del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA HERNÁNDEZ, Flor María, “El catálogo de los derechos del hombre y sus garantías. Referencias al nuevo orden constitucional venezolano” en *Rivista di Filosofia dei Diritti Umani: philosophy of Human Rights*, Napoli 2000.

BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi 1990.

CARINGELLA, F., DEL PINO, L., DEL GIUDICE, F., *Diritto Amministrativo*, XVI Edizione in Giuridiche Simone, Serie Manuali Giuridici, 1999.

CASSETTA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 2001.

CORASANITI, A., “Interessi diffusi en *Dizionario del diritto privato*”, Milano 1980.

FEDERICI, Renato, *Gli Interessi Diffusi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*, Cedam, Padova 1984.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “Estado, sociedad civil y democracia” en *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

FRANZESE, Lucio, “Simmetria e Asimmetria nel Rapporto tra Privato e Pubblica Amministrazione” en *Diritto e Società* N° 4, Cedam, Padova 1992.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid 1977.

GUARINO, G., *L'organizzazione pubblica*, Milano 1977.

HABERLE, Peter, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, La nuova Italia Scientifica, Roma 1996.

ORTÍZ, Rafael, “Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano” en *Estudios de Derecho Publico, Vol. II Libro Homenaje a Humberto La Roche* N° 3, Caracas 2001.

PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Quinta edición, Madrid 1995.

PIETRO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990.

SECHI, Bruno, “Interessi finalmente legittimi e Risarcibili”, Monografía, en *Rivista elettronica di Diritto* en <http://www.diritto.it>

SFORZA, Cesarini, “Preliminari sul diritto collettivo” en *Il diritto dei privati*, Milano 1963.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional: (2000), Sentencia del 29 de mayo de 2000, *Caso Queremos elegir y otros contra el Consejo Nacional Electoral* en <http://www.tsj.gov.ve>. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

-----, ----- (2000), Sentencia del 30 de junio de 2000, *Caso Defensoría del Pueblo contra la Comisión Legislativa Nacional* en <http://www.tsj.gov.ve>. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

-----, ----- (2000). Sentencia del 21 de noviembre de 2000, *Caso varios gobernadores de Estado contra el Ministro de Finanzas* en <http://www.tsj.gov.ve>. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

-----, ----- (2001). Sentencia del 6 de abril del 2001, *Caso varios ciudadanos contra el IVSS* en <http://www.tsj.gov.ve>. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

-----, ----- (2001). Sentencia del 10 de mayo del 2001, *Caso Defensoría del Pueblo contra la Comisión Legislativa Nacional* en <http://www.tsj.gov.ve>. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

-----, ----- (2001). Sentencia del 17 de mayo del 2001, *Caso Defensoría del Pueblo contra CADAFE y empresas filiales* en <http://www.tsj.gov.ve>. *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*.

VIGORITI, V., *Interessi collettivi e processo*, Milano 1980.

§ 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS

Juan Carlos Henao

Profesor de la Universidad Externado de Colombia

Se pretende mediante el presente escrito¹, con el cual me uno a participar en el libro que en homenaje y reconocimiento se hace a la brillante vida académica del profesor Allan R. Brewer-Carías, presentar algunas reflexiones sobre lo que en mi entender será una de las más importantes formas de consolidar la protección de los derechos de los asociados, esto es, el ejercicio de las acciones diseñadas para restablecer la vulneración de los derechos colectivos y los de grupo. Este tema, trajinado de vieja data en derecho comparado² es, sin embargo, en nuestro medio, como se verá, de novísima práctica. Quizás detrás de tal realidad hay un triste reflejo de nuestras culturas: la concepción egocéntrica de la responsabilidad civil la ha hecho operar históricamente más para defender patrimonios individuales y egoístas, que para defender derechos pertenecientes a la colectividad. Es otro reflejo de nuestra idiosincracia frente a la cual la responsabilidad civil es su propio espejo.

No se quiere decir con lo anterior que la responsabilidad civil deba desentenderse de las acciones que tienden a proteger los patrimonios individuales, que es la hipótesis clásica desde hace siglos: simplemente se quiere anotar que, a pesar de que el ser humano es egoísta, no puede ser sólo eso y que, por tanto, no debe concebirse únicamente desde una perspectiva individualista. Su aspecto social, que nos marca a todos por el mero hecho de la existencia, debe tener un reflejo en la concepción del mundo y, por ende, en la forma como opera el derecho y la responsabilidad civil. De allí la importancia del estudio de la defensa de los derechos colectivos y de grupo.

Si la responsabilidad civil tiene por finalidad dejar indemne a la víctima de un daño resarcible, luego de precisar la existencia del daño -a secas- y su imputación a persona diferente de la víctima -quien tendrá el deber de repararlo, la protección de los derechos colectivos que también pueden ser dañados debe quedar en la órbita de la reparación.

Si no ocurriera así, la protección de los derechos del ser humano quedaría reducida a los *predominantemente individuales*, se le truncaría la posibilidad de velar por aquellos

1. Dejo expresa constancia de mi agradecimiento a NEWMAN, Vivian, MALAGÓN, Carlos Alberto y JAFFÉ, Angelina, por la lectura que hicieron del escrito antes de su publicación, con lo cual busco, eso espero, haber disminuido los errores que pueda contener.

2. DIDIER, Philippe, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 264: “Uno de los primeros ejemplos de estas acciones (la *representative suite* del *Common Law* inglés) de los cuales hemos guardado seña, opone en el siglo XI a un sacerdote con sus parroquianos, reprochando el primero a los segundos que no le habían dado todas las contribuciones que estimaba tener derecho. La acción del sacerdote contra sus parroquianos no fue iniciada contra cada uno de ellos individualmente, sino contra el grupo. La historia del *Common Law* medieval nos ofrece un importante número de ejemplos de litigios con participación de colectividades diversas. Nada sorprendente hay en ello. El mundo de la edad media se formó de múltiples comunidades, imbricadas unas con otras. El individuo aislado tenía pocas posibilidades de sobrevivir, salvo si se unía a uno u otro grupo”.

colectivos que también le son inherentes y se caería en la lógica inaceptable según la cual *lo que ocurra afuera no importa*, la zona común de la propiedad horizontal que se derrumbe!, etc.

Naturalmente que para poder afirmar que los derechos colectivos son inherentes al ser humano, debe admitirse que su goce pertenece a todos, *al común, al colectivo*, como es evidente en la realidad. El problema se presenta realmente cuando se trata de establecer si los daños colectivos, más que los de grupo, como se verá, están insertos en los derechos de las personas o si solamente los representantes de las mismas pueden velar por ellos. En este escrito se toma la primera postura, por razones que atañen a la misma definición de daño que se propone.

En efecto, se estima que daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima³. Tal definición supone varios comentarios. El primero, que la noción de patrimonio se entiende en sentido amplio, esto es, sin limitarla sólo a los bienes pecuniarios, como es usanza en la doctrina clásica⁴ y aún moderna⁵. Considerar que sólo lo pecuniario, que al decir del Diccionario de la Lengua Española es lo *proveniente de dinero efectivo*, forma parte del patrimonio, es excluir bienes que no tienen tal naturaleza y que sin embargo son objeto de indemnización. Se cree más preciso y útil entender que el patrimonio también se compone de bienes no pecuniarios que, al ser vulnerados, crean la obligación de restablecerlos y/o indemnizarlos, siempre y cuando se reúnan los demás elementos de la responsabilidad civil.

Más preciso, porque en ese orden de ideas desaparecería así el uso del desafortunado concepto de daño *extrapatrimonial*. El daño sólo puede lesionar el patrimonio, en su componente de intereses, de derechos, de bienes, de situaciones cobijadas bajo la confianza legítima, etc. Si entendemos entonces que el daño aminora el patrimonio y, a su turno, que éste último concepto cobija todo tipo de intereses, bienes o derechos de las personas -porque la lesión de cualquiera de dichas categorías permite ejercer los derechos subjetivos de la persona, se logra precisar que no es esencial que sea pecuniaria la obligación que surge con el daño resarcible. Prueba de este aserto es la procedencia de la indemnización de los mal llamados *daños extrapatrimoniales* que deberían ser simplemente denominados *no pecuniarios*. Se estima entonces que la indemnización de daños no supone necesaria y exclusivamente la indemnización pecuniaria. La indemnización de daños se debe entender de manera más amplia. Es decir, no se puede excluir de la responsabilidad civil todo el vasto campo en el cual las reparaciones se hacen mediante *injunctions*⁶ o mediante obligaciones de hacer o de no hacer, que son unánimemente

3. Nos remitimos a nuestro libro *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 1998.

4. Es el caso de JOSSEAND cuando afirma que, "el patrimonio es una noción de orden esencialmente pecuniario; los derechos que no tienen significación pecuniaria quedan fuera del patrimonio" (JOSSEAND, Louis, *Derecho Civil*, t. I, vol. I, *Teorías generales del derecho y de los derechos*, trad. CUNCHILLOS, Santiago y MANTEROLA, Bosch Editores, Buenos Aires 1952, p. 454).

5. FROMION-HEBRARD, Benoît, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Tesis sustentada en la Universidad París II el 16 de mayo 1998, no publicada, p. 28: "todos los derechos del patrimonio coinciden en la idea común del valor pecuniario".

6. Según el *Black's Law Dictionary*, with pronunciations, Sixth Edition, Centennial Edition (1891-1991), Publisher's Editorial Staff, St. Paul, Minn., 1990, la definición de *injunction* es la siguiente: "Orden de la Corte mediante la cual se prohíbe a alguien hacer un acto concreto o se le ordena deshacer un error o una injuria. Un remedio prohibitivo en equidad, emitido u otorgado por una Corte, demandado por una parte quejosa, dirigido a la parte demandada en la acción, o a una parte convertida en demandada para este propósito, que prohíbe a la parte hacer algún acto, o permite a sus sirvientes o agentes hacer algún acto que está amenazando o intentando acometer, o

aceptadas por la doctrina y los ordenamientos de los más variados países. Se debe recordar que la indemnización puede proceder *in natura*, esto es, restableciendo el derecho tal cual existía antes de su daño, o, también, mediante obligaciones de hacer o de no hacer que no siempre deben tener equivalencia pecuniaria. Como ejemplo están algunas sentencias, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado de Guatemala, entre otras, a bautizar un colegio con el nombre de unos niños masacrados por las fuerzas estatales⁷. No se ve por dónde dicha obligación indemnizatoria tiene un tinte pecuniario, salvo si se llegare al extremo de estimar que la placa a colocarse tiene por esencia un valor en el mercado.

Y más útil, porque lanza la discusión de si los bienes y derechos colectivos forman parte del patrimonio de la persona y sobre quién puede, ante su afrenta, interponer acciones indemnizatorias. Se considera, como ya se anotó, que es una obviedad afirmar que los derechos colectivos pertenecen al *común*. Sin embargo, el punto que debe ser esclarecido es, más bien, el de la legitimación para interponer las acciones en defensa de tales derechos que trascienden el ámbito *individual* de la persona. Esa sí es una discusión política, de rango constitucional o legislativo. En efecto, se puede concebir que dicha legitimación sea restringida, como ocurre en general en Europa en materia de derecho del medio ambiente, razón por la cual no puede cualquier persona reclamar por el derecho lesionado⁸, pero puede también concebirse que dicha representación sea potestad de toda persona por el mero hecho de serlo, como ocurre en derecho colombiano. Es una escogencia política del legislador y en ocasiones es fruto de una evolución jurisprudencial.

Tómese una u otra postura, el hecho es que siempre que exista lesión a un derecho colectivo debe proceder una acción. Donde hay daño resarcible debe haber acción. Su titularidad, se reitera, puede ser restringida, pero jamás negada, porque una tal negación sería inconstitucional y aniquilaría toda posibilidad de defensa de los derechos colectivos, lo cual es inconcebible. En derecho francés, entre las “libertades clásicas (que) han sido consagradas y constitucionalizadas” se encuentra *el derecho de acceso a la justicia*⁹, de manera que se puede notar que no podría el legislador afirmar que para la de-

restringiendo la continuación del mismo, siendo este acto injusto e inequitativo, injurioso al demandante y que no puede ser reparado por una acción legal. Un proceso legal que opera en persona y requiere que la persona a quien se dirige haga o se abstenga de hacer una cosa particular. *Gainsburg v. Dodge*, 193 Ark. 473, 101 S.W.2d 178, 180”.

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *niños de la calle* (Caso *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala*), Sentencia del 26 de mayo de 2001, en donde se condenó a bautizar un colegio con el nombre de los niños asesinados y a colocar una placa en su nombre.

8. V. en lo referente al daño ambiental que lesiona un derecho colectivo: “Esta concepción puede entenderse, finalmente, en el contexto de ciertas leyes de responsabilidad civil por daños ambientales que se han dictado en Italia y Alemania y, dentro de España, en Cataluña. En este sentido, la Ley italiana de 8 de julio de 1986 instaura un modelo de reparación por daños ambientales *en general*, si bien la legitimación para el ejercicio de las acciones contra aquéllos se reserva al Ministerio del Ambiente, ya que los particulares no disponen más que de un simple poder de denuncia de dichos daños frente al mencionado Ministerio. Por su parte, la Ley alemana del 10 de diciembre de 1990 es un claro ejemplo o modelo del ejercicio de acciones inhibitorias, negatorias e indemnizatorias, pero limita su aplicación a las relaciones de vecindad, y no es éste, finalmente, sino el modelo que sigue la ley catalana (al ceñir la legitimación también a los casos de vecindad respecto de la inmisión). Es decir, ninguna de estas leyes reconoce una legitimación general (una acción popular) en defensa de los daños estrictamente ambientales”, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La reparación de daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 1998, p. 227.

9. FAVOREU, Louis et PHILIP, Loic, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 8ª edición, Dalloz, París 1995, p. 348.

fensa, por ejemplo, del medio ambiente, está proscrita la acción civil de indemnización de daños. Se vulneraría así el derecho de acceso a la justicia porque se parte precisamente, entre otras, de que los animales no pueden tener derechos, a pesar de que se constata una errada tendencia doctrinaria en contrario¹⁰. Razón de más para establecer que si bien la legitimación en la causa se puede restringir, el daño existe siempre que se lesiona un derecho colectivo, porque alguien, asociación o no, grupo o no, Estado o no, tendrá el derecho -y en ocasiones la obligación- de reclamar por él. Por esta vía se llega a sustentar una participación democrática en la defensa de los intereses que nos conciernen a todos, sin aceptar la idea de que los animales o los árboles son sujetos de derecho.

En esta introducción se debe también, en aras de establecer los parámetros generales a partir de los cuales se desarrollará el tema, recordar que “las acciones se clasifican en función del perjuicio que buscan reparar. Si la acción repara un perjuicio común a todos los miembros de un grupo, la acción será colectiva. Al contrario, si sólo repara perjuicios diferentes y particulares, la acción será individual”¹¹. Con independencia del alcance del concepto de acción colectiva o de derechos colectivos que, como se verá, es diferente en Colombia y en Francia, vale la pena rescatar de esta cita doctrinaria que dependiendo del tipo de daños que se reclaman, existen distintas acciones. Este criterio es de utilidad para lo que se pretende en este escrito, pues si bien no descalifica la posición que indica que las acciones procesales se clasifican dependiendo de la causa de los daños, se estima que es de mayor importancia y claridad hacerlo desde el punto de vista de la forma de daño generada. El punto se vuelve así sencillo: si lo que se pretende es proteger un derecho de corte *individual*, la petición es la clásica *egoísta* o *para sí*; si la petición es a nombre de un derecho colectivo, en el entendido que le da la ley colombiana -que se estudiará más adelante-, la acción será la popular; si la petición pretende la protección de un grupo, la acción será de grupo. Nótese que bajo esta clasificación el derecho que beneficia la esfera preponderantemente individual de una persona física o moral, será petición para sí; por el contrario, serán acciones populares aquellas que pretenden la defensa de derechos que pertenecen al *común*, a *todo el mundo*; y finalmente, los derechos de grupo y su acción respectiva, se encontrarán en un estadio intermedio entre los dos anteriores.

Bajo los criterios generales ahora expuestos, debemos constatar que el constitucionalismo latinoamericano es muestra del interés por otorgar mecanismos que permitan la defensa de los derechos colectivos, así como los de grupo. En algunos países se regulan de manera expresa y en otros de manera tácita, como lo muestran las frecuentes y nuevas constituciones o reformas constitucionales de los años 90. Así, sólo a título de

10. Debemos así tomar posición acerca de si los elementos de la naturaleza son sujetos de derechos, pues en nuestro entender, solo el ser humano lo es. Un planeta sin seres humanos se autorregularía. Pensamos al contrario que la petición a favor del colectivo es la mejor forma de garantizar los derechos colectivos y por ello estamos de acuerdo con el profesor MARTÍN cuando afirma que, “titulares de un derecho subjetivo, los usuarios del medio ambiente pueden ver sus prerrogativas protegidas de manera automática sobre el modelo de los derechos de la personalidad” (MARTÍN, G., *Le droit à l'environnement*, PPS, París 1978, p. 843). También estamos de acuerdo con la siguiente afirmación de BORÉ, Louis: Hasta el momento estas ideas no han prosperado. Si MARGUENAUD, M., cree encontrar en el derecho contemporáneo los primeros signos de una personificación del animal, esta opinión ha sido duramente combatida, al igual que la de STONNE, M., por razones tanto jurídicas como filosóficas. Hoy en día se puede afirmar que solo los seres humanos o los grupos de personas son sujetos de derechos” en *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 32.

11. DIDIER, Philippe, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 391.

ejemplo, en lo que tiene que ver con las referencias expresas, Colombia, como se explicará con mayor detenimiento, tiene normas constitucionales específicas desarrolladas por la ley. Brasil, en el artículo 5°-LXII de su constitución, permite expresamente la acción popular “que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público... para el medio ambiente”; la constitución argentina permite que *toda persona* interponga acción de amparo *contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva generan* (art. 43); la constitución venezolana establece en su artículo 26, que “toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer vales sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos (...)”¹². En lo que respecta a referencias tácitas, la constitución chilena, por ejemplo, establece en su artículo 19-8 que, toda persona tiene *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, y que “es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”. Igual ocurre con Ecuador en su artículo 86 de la constitución, que además hace referencia expresa a los mecanismos para la reparación e indemnización a los consumidores (art. 92).

Esta postura de garantizar la indemnización de los derechos colectivos y de grupo lesionados está inserta, cuando la lesión proviene del Estado, en la necesidad de predicar su responsabilidad civil como soporte y baluarte del Estado de Derecho. Dicha postura ha sido regulada de manera contundente en casi todos los países de América Latina, como es el caso de Colombia (art. 90 C.P.), de Chile (art. 38 C.P.), de Ecuador (art. 20 C.P.), de Cuba (art. 26), de El Salvador (art. 245 C.P.), de Honduras (arts. 324 y 327 de la C.P.), de Paraguay (art. 39 C.P.), de Uruguay (art. 24 C.P.) y de Venezuela (arts. 30 y 140 de la C.P.).

Se trata entonces de un tema que tiene un amplio respaldo constitucional. Sin que nos atrevamos a afirmar cuál es su real desarrollo en cada país, sí podemos considerar que tiene y tendrá en el futuro próximo un campo de aplicación importante. Intentar entonces un análisis comparativo entre dos sistemas de derecho es de utilidad. Este ensayo se escribe a partir de los casos colombiano y francés, en la medida en que quien lo redacta busca estudiar los dos países. Se intentará entonces desentrañar la forma como opera la protección de los derechos colectivos y los de clase en ambos sistemas jurídicos, revisando en un primer momento la acción de grupo o de clase en derecho colombiano (1), luego la acción popular en el mismo derecho (2), teniendo en cuenta que en Colombia, a diferencia de Francia, existe reglamentación expresa sobre cada acción. Posteriormente nos concentramos en el estudio de la defensa de los derechos de grupo y de los colectivos en el derecho francés (3), para finalizar con algunas conclusiones críticas (4).

12. V., como reciente posición jurisprudencial en Venezuela, y a pesar de no compartirse el alcance que se le da a los conceptos de derechos colectivos, difusos, etc., la siguiente Sentencia: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 30 de junio de 2000, Magistrado ponente: CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo, *Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional*: “En este sentido, la Sala considera que si el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla, sin distinción de personas la posibilidad de acceso a la justicia para hacer valer derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, tal acceso debe interpretarse en forma amplia, a pesar del rechazo que en otras partes y en algunas leyes venezolanas, exista contra el ejercicio individual de acciones en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos (...) Conforme a lo explicado, las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia”.

Pasemos entonces al desarrollo del plan enunciado, advirtiendo que se hará referencia al derecho procesal sólo en la medida en que sea útil para desarrollar el plan propuesto, y que por consiguiente no se agotarán los elementos que habrían de ser revisados si se tratara de una perspectiva procesalista.

I. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO EN DERECHO COLOMBIANO

La defensa de estos derechos se garantiza mediante el ejercicio de la denominada acción de grupo o de clase, llamada *class action* en el sistema anglosajón, de donde es originaria.

En dicho sistema se le define como “un medio por el cual, donde exista un amplio grupo de personas interesado en una materia, cualquiera de ellas puede iniciar juicio representando a la clase, sin necesidad de reunir a cada uno de sus miembros... Hay condiciones generales para el trámite de cualquier proceso de clase. En primer lugar, que las personas que conformen el grupo sean tan numerosas que sea imposible llevarlas a la Corte, y que el número de representantes sea tal que garantice objetivamente la adecuada representación de todas ellas. Adicionalmente, debe tratarse de un grupo identificable con interés común en los puntos de hecho y de derecho debatidos, que afecte a todas las personas a representar”¹³.

En Estados Unidos de Norteamérica la regulación de la *class action* se encuentra en la Regla 23 del Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.). La procedencia de la acción exige que “los puntos comunes de hecho y de derecho del grupo sean predominantes sobre aquellos que afectan sólo los miembros individuales, como también que la acción de clase sea la más propicia para el justo y eficiente fallo de la controversia con respecto a otras acciones disponibles”¹⁴. Como se observa, en dicho sistema la acción apunta no solo a resolver puntos de hecho y de derecho comunes a varias pretensiones, sino también a la eficiencia de la administración de justicia para no someterla a múltiples y desgastadores procesos. Sus requisitos, de conformidad con el artículo 23.a del referido Federal Rules of Civil Procedure, son los siguientes: “(1) la clase debe ser tan numerosa que juntar a todos sus miembros no sea practicable, (2) los puntos de hecho y de derecho deben ser comunes a la clase, (3) las posiciones de ambas partes deben expresar las típicas de la clase, y (4) los representantes deben proteger límpida y adecuadamente los intereses de la clase”¹⁵.

Estos cuatro requisitos, al decir de los precitados autores, deben acumularse con al menos uno de los tres enunciados por el mismo artículo 23, en su literal b: que la aplicación del *inconsistent standards class* constate que la prejudicialidad de fallos contradictorios afectarían las pretensiones de la clase, en la medida en que ineludiblemente alteraría los derechos sustanciales de quienes tengan las mismas reclamaciones, pudiendo

13. *Black's Law Dictionary*, with pronunciations, Sixth Edition, Centennial Edition (1891-1991), Publisher's Editorial Staff, St. Paul, Minn., 1990.

14. BOSTON, Gerald W. y MADDEN, M. Stuart, *Law of environmental and toxic torts, cases, materials, and problems*, Second Edition, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minnesota 2001, p. 929.

15. OWEN, David G., STUART MADDEN, M., y DAVIS, Mary J., *Madden & Owen on Products Liability*, volumen 2, Tercera edición, Ed. West-Group, U.S.A. 2000, p. 739.

do agotar por demás la posibilidad indemnizatoria del responsable, por lo cual es esencial una decisión unitaria (23.b.1); que la actuación o la abstención del demandado sea común a las pretensiones que contengan *injunctiões* o declaraciones sin que las indemnizaciones monetarias sean las que primen (23.b.2) y que las declaraciones comunes a favor de la clase predominen sobre las individuales y sean mejores que las que se presentarían en otras vías procesales (23.b.3).

De conformidad con el doctrinante Louis Boré, haciendo una síntesis de su exposición para relacionarla con la explicación que se acaba de hacer, la regla 23 “distingue en realidad tres acciones de clase diferentes”¹⁶. En la primera (artículo 23.b.1), la acción procede sólo si al admitir diferentes demandas intentadas por o contra cada uno de los miembros del grupo, no se generan dos riesgos. De un lado, el de decisiones contradictorias o divergentes respecto de los diferentes miembros del grupo, resultando para la parte adversa normas de conducta incompatibles. Esta hipótesis sólo se predica cuando la acción pretende que se declaren *injunctiões* -de hacer o de no hacer-, que no supongan indemnizaciones pecuniarias. Del otro, sentencias que en la práctica incidirían sobre intereses de otras personas no cobijadas por la decisión o que afectarían sensiblemente sus intereses o las colocaría en dificultad para hacerlos valer. Esta última situación se predica para las reparaciones pecuniarias, como por ejemplo cuando el responsable, al pagar a unos miembros del grupo, queda sin dinero para pagar a los restantes. En la segunda forma de acción (23.b.2), muy utilizada para hacer declarar *injunctiões*, como por ejemplo impedir discriminaciones en materia de libertades públicas, en la medida en que la parte vencida actuó o dejó de actuar por motivos aplicables al conjunto del grupo, la *injunctiões* o la declaración debe cobijar a todo el grupo. En la tercera forma (23.b.3), los puntos de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo son predominantes sobre los aspectos individuales y la acción de grupo debe ser mejor y más eficaz que cualquier otro medio procesal. Al diferenciar las tres formas anteriores de acción de grupo, el doctrinante sostiene que, “en las dos primeras, que corresponden a *class actions* declarativas y de *injunctiões*, los puntos de hecho y de derecho comunes a los miembros del grupo son suficientes para que la acción sea admitida. Al contrario, para la tercera forma, ...el legislador fue más exigente en la reforma de la regla 23 en 1966, al incluir la indemnización pecuniaria de perjuicios por medio de la acción. Por tanto, es más fácil admitir que una sola persona actúe en nombre de un grupo para hacer cesar una polución, por medio de una *injunctiões*, que admitir la misma acción para obtener indemnizaciones pecuniarias, razón por la cual la acción de clase en reparación pecuniaria está sujeta a un régimen más estricto que la *class action* en cesación del daño”.

En derecho colombiano la acción de grupo está reglamentada en la ley 472 de 1998¹⁷. Su campo de aplicación es ilimitado en la medida en que se puede predicar de cualquier

16. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, pp. 362 y ss.

17. Dice el artículo 3° de la ley 446 de 1998: “Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”. Dice a su turno el artículo 46 de la misma ley: “Procedencia de las acciones de grupo. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reco-

actividad del Estado y aún de los particulares. Opera allí donde se predique que se dan los requisitos legales a la existencia del grupo, como se verá adelante, que la ley establece en mínimo 20 personas, con independencia de que tal número mínimo sea cobijado por la sentencia¹⁸. A pesar de que existen normas que reglamentan la acción en campos específicos¹⁹, la nueva ley tiene aplicación general. Su caducidad es de dos años contados a partir del acaecimiento del daño (artículo 47) y el grupo es representado por “el actor o quien actúe como demandante... sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder” (artículo 48). Las personas que forman parte del grupo pueden integrarlo desde la misma presentación de la demanda, durante el proceso o aún con posterioridad a la sentencia²⁰. En esta última hipótesis, no se “incrementará el monto de la indemnización contenida en ella” (art. 55).

A pesar de la consagración legal de la acción en derecho colombiano, la doctrina ha criticado²¹, con razón, el texto de la ley, que ha generado incertidumbre en su aplicación y que desaprovechó una oportunidad histórica para reglamentar de manera correcta el artículo 88 de la Constitución Política.

Así, por ejemplo, la ley expresó que la acción se ejerce “exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios” (art. 3). Se generó así la duda de si dicha acción también procede, por ejemplo, para eventos en los cuales se

nocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios. El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas”.

18 Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 25 de abril de 2002, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alíer Eduardo, actor: Rosa Yamile JARAMILLO CHANCI, y otros, exp. AG 0500 1233 10002000030 01: “La Sala no comparte este criterio, pues, tratándose de estas acciones, no es requisito que impida fallar de fondo el hecho de que no fuere posible demostrar, en el trámite del proceso, los perjuicios que reclama el número mínimo de personas que debe conformar el grupo demandante, y tampoco constituye tal hecho un impedimento para la prosperidad de las pretensiones de aquellos que lograron establecer la existencia de todos los elementos de la responsabilidad cuya declaración se solicita”.

19. V., decreto 3466 de 1982 conocido como el Estatuto del Consumidor; ley 45 de 1990 para el campo de competencia desleal y uso de información privilegiada en el mercado de valores, sustituida por los artículos 1.2.3.1 y 1.2.3.2. del decreto 653 de 1993.

20. Dice el artículo 55 de la ley: “Integración al grupo. Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concorra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas. La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo”.

21. V., a nivel de ejemplo, TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKensie) Editores, Medellín 2001, p. 27: “Igualmente, pretendemos mostrar los enormes defectos de la técnica legislativa que dicha Ley contiene, pues no tiene perdón que el sueño de una participación democrática de los ciudadanos en la solución inmediata de sus conflictos judiciales, termine convertido en un laberinto de normas sin sentido que mas parecen una maraña elaborada con el fin exclusivo de que los derechos de la víctimas se diluyan ante la confusión normativa”; GUZMÁN BEJARANO, Ramiro, *Procesos Declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Nueva ley de conciliación*, Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá D.C. 2001, p. 168: “Ningún aporte científico hizo la ley al complejo asunto de distinguir los derechos de los intereses, ni tampoco los intereses y derechos colectivos de los difusos, que tantas perplejidad y polémica han suscitado en la doctrina”.

busque la nulidad contractual intentada por numerosas personas frente a una cláusula abusiva o aún para eventos en los cuales se pretenda “la posibilidad de que un número plural o conjunto de personas puedan hacer efectivos derechos prestacionales”²², ejercicios que no ha sido admitidos por la jurisprudencia, que interpreta de manera equivocada, en nuestro entender, el precepto de por sí confuso. Se comparte la inquietud del profesor Tamayo Jaramillo cuando dice que, “lo que una buena legislación debe exigir es que haya una pretensión común basada en unas condiciones uniformes, sin que sea necesario que haya de por medio una indemnización de perjuicios”²³. En efecto, se estima que en este sentido la ley cometió un craso error, proveniente de la ignorancia respecto de los esquemas procesales foráneos. Pero tal error no puede llevar a considerar, como lo hace el propio profesor Tamayo, que “es triste pero necesario concluir, que las acciones de grupo, solo son procedentes cuando tienen por objeto la indemnización de perjuicios”, salvo si en esta afirmación se interpreta de manera amplia, como debe serlo, el significado la indemnización de perjuicios. Si bien una interpretación restrictiva del texto legal limitaría notablemente la acción, no por ello debe considerarse, como lo ha hecho el Consejo de Estado Colombiano en la sentencia referida, que la acción solo procede cuando se trata de indemnizaciones por equivalente dinerario.

Se estima, al contrario y como se ha anotado en la introducción de este escrito, que la indemnización de daños no supone necesaria y exclusivamente la indemnización pecuniaria. Es decir, no debiera admitirse, como ocurre en la precitada sentencia, que se excluyan del ámbito de la acción de grupo las demandas que pretenden, por ejemplo, el restablecimiento de un derecho o aún las de nulidad de negocios jurídicos o las de declaratoria de obligaciones de hacer o de no hacer, pues se olvida que todas ellas también suponen dejar indemne a la víctima. El problema reside entonces en que se ha interpretado de manera restrictiva la ley, limitando el concepto de *indemnización de perjuicios* a los eventos en los cuales procede una indemnización por equivalente pecuniario, lo cual es errado precisamente porque la indemnización también puede proceder *in natura*, esto es, restableciendo el derecho, o, también, estableciendo obligaciones de hacer que no necesariamente tienen equivalencia pecuniaria.

Volviendo a la regulación en Estados Unidos de América, la acción no está sólo concebida para indemnizaciones pecuniarias sino también, y sobretodo, para deprecar declaraciones de hacer o *injunctions*, lo cual no significa que en esta última hipótesis no haya condena para que el demandado restablezca el derecho y/o deje indemne al perjudicado²⁴. Bajo este entendido se debe recordar que el *pago* de conformidad con el artículo 1627 del Código civil colombiano, “se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”, con lo cual no se limita la noción genérica de pago a aquél que

22. Consejo de Estado colombiano, octubre 28 de 1999, Exp. AP-003, demandante: Juan José NEIRA GÓMEZ, ponente: DÍAZ BUENO, Javier.

23. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKensie) Editores, Medellín 2001, p. 203.

24. Podemos anotar que la *class action* puede terminar mediante transacción que tiene que ser aprobada por el tribunal y que es bien utilizada en Estados Unidos de América cuando el demandado observa que el demandante tiene buenas pruebas. Por ello se hacen acuerdos, por ejemplo, sometiendo el demandado a una *injunction* (*Koolauloa Welfare Rigts Group v. Chang*, 652 P. 2d 185, Corte Suprema de Hawai, 1982), a cambiar sus métodos de venta (*Waters v. City of Chicago*, 420 N.E. 2d 599, Corte de Apelación de Illinois, 1981), a otorgar 180 millones de dólares americanos que el representante del grupo debe distribuir en el mismo (*In re Agent Orange Product Liability Litigation*, 818 f. 2d 145, Segundo Circuito de las Cortes de Apelación, 1987), a distribuir cupones de reducción de mercancías (*In re Audi Class action Litigation*, Corte del Circuito de Illinois, 1988), etc.

se vierte mediante el equivalente dinerario. Como bien lo anota el Rector Hiestrosa, “indistintamente, tanto en el lenguaje técnico como en el corriente, se dice pagar, solucionar, cumplir, cancelar, satisfacer una obligación, para significar la ejecución de la prestación por parte del deudor y, más ampliamente, la satisfacción del acreedor. Pago (de *pacare*=satisfacer, pacificar, aplacar) o solución es la ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea la clase de la obligación...”²⁵, precisión que reitera que la noción no es exclusiva al pago mediante el dinero. Se estima entonces que es incorrecto considerar que la acción de grupo solo procede cuando se pretende una indemnización pecuniaria, porque ni una interpretación armónica de la ley ni el estudio del derecho comparado permiten una tal conclusión, que por demás llevaría a limitar radicalmente la operancia de la acción.

Pero no ha sido éste el único aspecto que ha generado confusión. En efecto, la redacción del citado artículo 55 de la ley 472 sugiere que la procedibilidad de la acción de grupo está supeditada a la vulneración de un derecho colectivo. Sin embargo, la Corte Constitucional aclaró el punto cuando declaró la constitucionalidad condicionada del artículo estudiado, afirmando que “las expresiones ‘derivadas de la vulneración de derechos e intereses colectivos’ del artículo 55 de la ley 472 de 1998, solo podrán entenderse ajustadas a la Carta Política, en la medida en que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo, condicionamiento en virtud del cual se declarará su exequibilidad en la parte resolutive de este fallo”²⁶. No se requiere entonces de grandes esfuerzos interpretativos para subsanar la deficiente redacción técnica de la ley, y desechar cualquier duda respecto de que para la procedencia de la acción de grupo se exige haber vulnerado previamente un derecho colectivo, pues dicha acción está instituida para la lesión de cualquier tipo de derecho que pueda invocar el grupo: la acción procede cuando se vulnera un derecho individual, siempre que el mismo esté inserto y se disfrute en razón de la pertenencia a un grupo. Esta posición se apoya también en la lectura desprevenida de los citados artículos 3 y 46 de la ley 472, que no hacen referencia a la necesaria vulneración de derechos colectivos, razón por la cual cabe entender que, “la acción de grupo puede intentarse con independencia de si el daño está o no vinculado con un derecho o interés colectivo”²⁷.

La expresión legal de *derechos colectivos* expresada en el artículo 55 de la ley 472 no significa lo que el concepto expresa en derecho colombiano, y todo parece indicar que los redactores del texto fueron influenciados por el significado que tiene el concepto en derecho europeo y en particular francés, en los que los derechos colectivos, como se verá, se predicen de las asociaciones, sindicatos, etc. Este argumento es suficiente para criticar la solución jurisprudencial de la precitada sentencia del 28 de octubre de 1999 del Consejo de Estado Colombiano, que excluyó la acción de grupo porque “no proceden tales acciones para dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados

25. HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, I, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2002, p. 561.

26. Corte Constitucional colombiana, agosto 16 de 2000, Exp. D-2770, actor: Néstor Raúl CORREA HENAO, ponente: TAFÚR GALVÍS, Álvaro.

27. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos Declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Nueva ley de conciliación*, Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá D.C. 2001, p. 188.

de relaciones laborales, como lo pretenden en esta oportunidad los actores que se ordena incluir en su asignación de retiro o pensión, la denominada prima de actualización”.

Por fortuna tal posición ha sido abandonada, al estimarse que “un derecho colectivo, o cualquier otro, puede ser protegido por la vía de la acción de grupo”²⁸.

Las acciones de grupo están instituidas entonces, en derecho colombiano, para el resarcimiento *en sentido amplio* de daños que siendo individuales deben haberse sufrido en tanto se pertenece a un grupo de mínimo 20 personas.

Sin embargo, queda el debate acerca de si la legitimación para actuar en tal tipo de acción requiere exclusivamente que se reúnan las mínimo veinte personas exigidos por la ley, o si, por el contrario, deben darse otros requisitos adicionales. La jurisprudencia colombiana ha venido construyendo una posición en virtud de la cual no es solo la pluralidad de 20 demandantes la que permite la procedencia de la acción de grupo. En ocasiones se ha expresado que no basta que se reúna el número de personas exigidas por la ley, sino que, habida consideración de que se trata de un procedimiento privilegiado por el constituyente y por el legislador, debe presentarse un *daño socialmente relevante*. Es por eso que, en el evento en el cual el número de 20 personas exigido por la ley demandó por los perjuicios sufridos por un atentado terrorista, el Consejo de Estado inadmitió la acción de grupo, ya que, “para la procedencia de la acción no basta con que haya una acumulación subjetiva de pretensiones con la sólo exigencia de que los damnificados sean al menos 20. La acción de grupo se diferencia también de las demás acciones reparatorias por la *repercusión social del daño*, en consideración al número de los damnificados y al impacto generalizado que produzca”²⁹. En otras decisiones, que son complementarias a la anterior, se ha precisado que el grupo debe existir con anterioridad al hecho dañino, para que pueda gozar del trámite privilegiado. Es por tanto menester que el grupo de personas comparta condiciones uniformes respecto de la causa del daño, entendida ésta como la situación común en la que se han colocado tales personas, que permite identificarlas como grupo antes de la ocurrencia del daño, y con ocasión de la cual, posteriormente, todas resultan perjudicadas”³⁰, o, en otras palabras, “que debe existir una situación común en la que se colocaron determinadas personas con antelación a la ocurrencia del daño”³¹, de lo cual se deduce, como lo afirma la misma sentencia, que “no es el daño, entonces, lo que origina el grupo”. Si se afirma que esta última posición no es excluyente con la primera, es porque en la precitada sentencia se afirma que también la *entidad social* es lo que legitima al grupo, de lo cual cabe anotar que el daño debe tener trascendencia social en la medida en que se causó a un grupo que por existir con anterioridad al daño, está privilegiado con la acción. No se trata pues simplemente de una acumulación de pretensiones, porque si así fuera habría de tramitarse como acción de grupo todo proceso de reparación directa que tuviera un mínimo de veinte víctimas, como sería el caso de la muerte de una persona que genere daño a 20 familiares.

28. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 2 de febrero de 2001, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, actor: Accionistas de la corporación de ahorro y vivienda, exp. AG 017.

29. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 18 de octubre de 2001, ponente: HOYOS DUQUE, Ricardo, Actor: José del Carmen, VEGA SEPÚLVEDA, y otros, expediente n° AG-25000-23-27-000-2000-0023-01.

30. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 25 de abril de 2002, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, actor: Rosa Yamile JARAMILLO CHANCI y otros, exp. AG 0500 1233 10002000030 01.

31. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 2 de febrero de 2001, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, actor: Accionistas de la corporación de ahorro y vivienda, exp. AG 017.

Así las cosas, se observa que la jurisprudencia colombiana, con buena razón, está buscando diferenciar la acción de grupo y la acumulación de pretensiones de mínimo 20 personas. Se comparte el propósito, porque se considera que la simple unión de 20 personas no justifica la privilegiada acción de grupo. La acción de grupo no es una acción de reparación directa en *patota*. Tiene que ser algo más, de manera que haga sentido la creación de una acción especial. El daño a tal número de personas debe en efecto tener una *entidad social*, para lo cual se habrán de tener en cuenta varios y disímiles factores, como lo enuncia la precitada sentencia del 2 de febrero de 2001, al afirmar que, “la fuerza semántica del vocablo *grupo* debe traer consigo especiales implicaciones jurídicas, las cuales fueron insinuadas por la Corte Constitucional³², al afirmar que la pluralidad de personas a la que afecta el daño que se pretende reparar es de una entidad tal, que debe ser atendida de manera pronta y efectiva, es decir, que debe tratarse de un grupo relevante dentro de la actividad social, económica, política, académica -entre otras- del país; igualmente, cuando la Corte aclara que con la acción de grupo se pretende proteger intereses de *sectores* de la población, está indicando que no toda pluralidad de personas configura un grupo de aquellos cuyos integrantes están legitimados para interponer estas acciones”.

Pero partir de esta premisa para concluir que, además de la *entidad social* del daño, debe preexistir el grupo al daño, nos parece contrario al espíritu de la acción. Es decir, consideramos que un grupo con *entidad social* se puede formar antes, durante o después de un daño. Varios argumentos nos llevan a sostener esta afirmación. En primer lugar, hay que anotar que en ninguna parte de la ley se encuentra la exigencia de la preexistencia del grupo al daño, concepto que ha sido más bien el fruto de pesquisas jurisprudenciales en aras de lograr definir los contornos de la acción. El artículo 46 de la ley 472 se limita a afirmar que “el grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas”, cifra arbitraria que ha podido ser 10 o 200, máxime cuando en derecho comparado no se exige un número plural determinado. En segundo lugar, el hecho de que el mismo artículo exija que las veinte personas deben tener “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales” y *respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*, tampoco supone la preexistencia del grupo al daño. No se puede deducir del concepto *condiciones uniformes respecto de una misma causa*, establecido en la ley, la exigencia de que el grupo deba ser siempre anterior al daño, salvo si se entiende que las *condiciones comunes* están latentes antes del daño y los individuos que lo sufren se agrupan gracias a su advenimiento. Es decir, no se podría argumentar, para desechar una acción de grupo, el hecho de que el mismo se conformó con posterioridad al daño, siendo que las condiciones que permitieron la producción del daño provienen precisamente de la existencia latente del grupo. Así, por ejemplo, si existe una comunidad que tiene riesgos de ser desplazada por la violencia y que a la postre lo es y por tal motivo se agrupa para solicitar una indemnización mediante la acción de grupo, no se debería rechazar su ejercicio de la acción. Si no se toma una tal interpretación se aniquilaría el concepto de la *entidad social* de un grupo, porque quedaría dependiendo del momento de su creación. Se comparte entonces el análisis serio que hace la precitada sentencia de febrero de 2001, en el sentido de que de nada serviría que la ley haya establecido que para la existencia del grupo deben acumularse tanto “las condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales” como *los elementos que configuran la responsabilidad*, pero no por eso se puede

32. Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-215 de 1999.

concluir que el primer extremo -que en efecto no debe ser lo mismo que la noción de *hecho dañino*-, tiene que ser anterior al daño.

Las *condiciones uniformes* no suponen necesariamente la existencia del grupo como tal, sino la expresión de una vocación grupal que se puede concretar por la existencia del daño. Es pues bajo este entendido que se critica la solución jurisprudencial colombiana, porque si normalmente los grupos se configuran y consolidan con anterioridad a los hechos dañinos, pueden existir eventos en los que no ocurra así. Supongamos el conocido ejemplo, en Argentina, del movimiento de las Madres de Mayo, que se agruparon en virtud de los daños que fueron inferidos a sus *subversivos* hijos durante la dictadura. Pensemos aún en un desprevenido sector de la población que es atacado en su honra por un hecho dañino que los hace reaccionar y conformarse en grupo. Recuerdese que en Estados Unidos de Norteamérica la acción ha tenido mucha importancia frente a las discriminaciones en libertades públicas. ¿Se les negaría la acción de grupo? Nada permite suponer que se llegaría a tal extremo, a pesar de que la conformación del grupo sea posterior a la muerte de los hijos y al hecho de haber recibido la afrenta, porque se estaría así desvirtuando lo esencial a la definición de esta acción, es decir, *la entidad social* del grupo. En este orden de ideas, si bien normalmente el grupo preexiste al daño, pueden darse eventos en los cuales los grupos se conformen como tales con posterioridad al evento dañino, puesto que antes sólo existen en latencia.

Es pertinente esta cita doctrinaria: “la noción de grupo latente designa la situación de un grupo desorganizado”. El grupo es latente en el sentido en que está en suspenso. Es posible identificar un conjunto de personas que se pueden unir por un interés colectivo, lo cual permite hablar de grupo; pero dicho grupo no está organizado ni estructurado. En concreto, no tiene posibilidad de expresión. El estado latente del grupo es perjudicial para sus miembros, quienes se encuentran solos frente a las agresiones exteriores. El interés que los une no es igualmente protegido que si se encuentran organizados. Una cierta corriente doctrinal ha resaltado aquí la presencia de intereses difusos, es decir, de prerrogativas que pertenecen a un gran número de individuos en la posición de un grupo latente. Su estado de desorganización no les permite defenderse completamente. El paso de su estado latente al de grupo estructurado es altamente conveniente para sus miembros. Sin embargo, este proceso, paradójicamente, no se hace espontáneamente. El análisis sociológico de los fenómenos colectivos ha demostrado que la latencia es la situación normal de los grupos... la estructuración del grupo reside en la movilización y en la organización de las personas que el organizador del grupo considera deben pertenecer a él. Se debe identificar claramente aquello que define el grupo, es decir, dar a conocer el interés colectivo del grupo. En el caso de una asociación defendiendo una gran causa, es precisamente dicha causa la que debe ser promovida. Pero además, y es el punto para nosotros más importante, debe existir en las personas que se busca unir, el sentimiento de que comparten el interés del grupo, o, dicho de otra manera, que ellas pertenecen al grupo. La estructuración se presenta así como un proceso de maduración psicológica de una forma de conciencia que identifica. Para retomar la terminología marxista, se debe desarrollar una conciencia de clase. Este trabajo de identificación está repleto de inconvenientes”³³.

Con apoyo en la anterior cita doctrinaria, la posición jurisprudencial colombiana que hace de la conformación del grupo con anterioridad al daño, un elemento esencial a la

33. DIDIER, Philippe, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 360.

definición de la acción, debe ser complementada. Bien puede ocurrir que el grupo sea latente al momento de advenimiento del daño y que, al presentarse, se pasa al estado de su estructuración. En esta hipótesis también debe proceder la acción, en tanto, los grupos pueden brotar espontáneamente dependiendo de si se presentan o no los elementos que unifican los intereses de los individuos por su intermedio. Así las cosas, el elemento central a la definición del grupo residirá en el hecho de qué individuos tienen derechos comunes lesionados y no tan solo la sumatoria de lesión de derechos individuales. Es el caso de la acción de grupo de una comunidad amenazada que a la postre fue masacrada: no es la muerte de cada individuo la que genera la acción de grupo, sino el estado de intereses comunes en tanto comunidad lo que permite predicar su conformación en grupo. Con este criterio se desecha entonces la acción de grupo intentada, por ejemplo, por 20 familiares de un muerto, en la medida en que los de los 20 individuos son derechos que no pasan por el prisma del grupo, como también ocurre en el precitado caso de la bomba terrorista. De allí que, como se ha dicho, la acción de grupo es intermedia entre la acción individual y la acción popular. La posición jurisprudencial colombiana estudiada no puede, entonces, llevar al extremo de negar que la conformación de grupos puede darse precisamente por la afrenta a derechos que son comunes a los individuos que lo conforman y que se agrupan con posterioridad a los daños.

En este punto puede ser de ayuda el derecho comparado. En los Estados Unidos de Norteamérica, “toda acción comienza por una declaración de certificación por medio de la cual el juez verifica que la *class action* instaurada satisface una serie de requisitos que, de una parte, apuntan a la superioridad de tal acción sobre las otras existentes y, de la otra, a la calidad de la representación del grupo”³⁴. A pesar de que en dicho sistema no hay un número plural mínimo ni máximo exigido para la procedencia de la acción³⁵, el juez es muy celoso, según el mismo autor, en observar si las diversas pretensiones del grupo pueden ser acumuladas en un solo proceso, sin que por ello se convierta en acción de grupo. En este sentido el sistema de Quebec enseña, en el artículo 1003 del Código de procedimiento civil, que procede la acción de grupo cuando “la composición del grupo hace difícil o poco práctica la aplicación de los artículos 59 o 67”, es decir, aquellos sobre la acumulación de pretensiones. Por eso la utilidad de la distinción entre la acción de grupo y la acumulación de pretensiones individuales, al momento de definir la acción. Si las acciones individuales pueden ser acumuladas sin que se alteren los derechos individuales, es porque no se está en presencia de una acción de grupo. Al contrario, si la acumulación de procesos es dispendiosa y genera excesivas dificultades procesales en el cual cada individuo pretende un derecho que se goza en tanto se pertenece al grupo, debe ser admitida la acción de grupo. Aún más, puede llegar a ocurrir, como lo muestran los Estados Unidos de Norteamérica, a pesar de que la hipótesis sea excepcional, que “el juez pueda admitir la *class action* solo respecto de ciertos puntos del litigio. Podrá así admitir la acción únicamente en lo relacionado con la existencia

34. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 360.

35. Existen casos en los cuales se rechazan demandas instauradas por grupos de 5 personas (*Kane v. Sierra Lincoln-Mercury Inc.*, 533 p. 2d 464, Corte Suprema de Nevada 1975), de siete (*Shomberg v. Club Med. Inc.*, N.Y.L.J., 1 junio de 1978, p. 10, Corte Suprema de New York 1978) o de treinta y dos (*O'Halleron v. L.E.C. Inc.*, 471 So. 2d 752, Corte de apelación de Louisiana 1985), pero también se han admitido acciones de grupos de treinta personas (*Garnet Malley School District Court v. Hanlon*, 327 A. 2d 215, Pennsylvania Common Pleas 1974), llegándose a extremos de aceptar acciones de cinco millones de personas (*Lazar v. Hertz Corp.*, 191 Cal. Rptr. 849, Corte de apelaciones de California, 1983) y aún de diez y seis millones de personas (*Feldman v. Quick Quality Restaurants Inc.*, N.Y.L.J., 22 de julio de 1983, p., 12, Corte Suprema de New York, 1983).

del hecho dañino y enviar el problema de los daños y del nexo de causalidad a las acciones individuales³⁶.

En lo referente a los tipos de grupo que pueden ser representados en una acción, se observa que pueden existir tanto grupos *cerrados* como *abiertos*. La primera hipótesis se presenta en los eventos en los cuales se conoce desde el inicio de la demanda los componentes del grupo. Esta es la hipótesis que está siendo más utilizada en Colombia. La segunda hipótesis supone que no se puede conocer desde el inicio de la demanda la cantidad exacta de los componentes del grupo, a pesar de que se den los parámetros para determinarlos³⁷, teniéndose en cuenta que la carencia de los elementos suficientes para tal efecto supone la inadmisión de la demanda³⁸. Nótese que lo ya afirmado sobre los grupos latentes y los grupos estructurados puede también ser de utilidad en este aparte, puesto que, normalmente, los grupos estructurados son cerrados, a diferencia de lo que ocurre con los latentes. Si bien tanto en uno y otro caso se exige la delimitación del grupo, lo importante es resaltar que en los eventos de los grupos *abiertos* la notificación permitirá que se hagan presentes aquellos que lo deseen y aún más, que se pueden presentar sentencias cuando miembros del grupo no se enteraron siquiera de la existencia del proceso. Es por esto que en Estados Unidos de Norteamérica, “existen dos modos diferentes de definición del grupo. En el sistema del *opt in* solo las personas que expresamente manifestaron su voluntad de adherir al grupo son vinculadas por la decisión pronunciada. En este caso no hay ninguna afrenta al derecho de acceso a la justicia porque cada miembro del grupo expresó su voluntad de ser parte en el proceso. En el sistema del *opt out*, al contrario, solo las personas que rechazan expresamente ser parte del grupo no serán vinculadas por la sentencia. Se puede por tanto perder el derecho de acceso a la justicia sin siquiera haber conocido la existencia del proceso”³⁹. Esta distinción no se trabaja como tal en la ley colombiana, que se limita a afirmar que en cualquier evento la notificación se surte “a través de un medio de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz” (artículo 53). Ello no impide afirmar que se estima que para los eventos de grupos *cerrados* se debe buscar una notificación personal en tanto que para aquellas de los grupos *abiertos* se puede acudir a los medios masivos de comunicación de la manera más eficaz posible. Recuérdese que “la regla general es la de que como el demandante representa a todos los miembros del grupo, en principio estos tienen la calidad de partes y están representados por el actor, y lo que en el proceso se decida tendrá efectos frente a todos”⁴⁰, con lo cual se puede llegar a hipótesis en las

36. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 366.

37. En este sentido afirma el numeral 4 del artículo 52 de la ley 472, relativo a los requisitos de la demanda: “4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo”.

38. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 1 de junio de 2000, ponente: HOYOS DUQUE, Ricardo, actor: Kilian Joaquín ÁVILA GUTIÉRREZ, y otro, exp. AG-001: “Ni de la demanda ni del escrito de impugnación de la providencia pueden establecerse criterios claros para identificar a los demás demandantes, pues tal como se señaló antes, se refiere el actor inicialmente a un sector y a un hecho causante del daño ocurrido en un lapso determinado, los cuales se generalizan posteriormente de tal manera que no es posible identificar a los afectados con el hecho”.

39. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 414.

40. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, “De las acciones populares y de grupo”, en la obra colectiva *Reformas a la legislación comercial*, Colegio de Abogados de Medellín y Editorial Dike, Bogotá D.C. 1999, p. 195.

cuales el miembro del grupo ni siquiera se entera de la existencia del proceso ni de su sentencia, y puede sin embargo ver vulnerado su derecho.

Esta situación ha permitido que se hagan críticas al sistema del *opt out*, en la medida en que se viola el principio de contradicción porque el titular del derecho no tendrá la oportunidad de hacer presencia en el proceso⁴¹. Es decir, en la acción de grupo precisamente se corre el riesgo de debilitar la disposición individual de derechos y por ello se estima sano tratar por todos los medios procesales que ello no ocurra, para no caer precisamente en la hipótesis de excepción de la cosa juzgada para el evento en el cual *hubo graves errores en la notificación* (literal b del artículo 56 de la ley 472). Por demás, bajo esta interpretación, la lógica de los artículos 55 y 56 de la ley 472 se respeta con mayor aprieto.

Es claro que uno de los elementos esenciales de la acción de grupo es el de que la sentencia vincula a todos sus miembros, salvo que expresamente se hayan excluido (art. 56). Si no lo hicieron, la sentencia vinculará a todos los que lo componen (art. 55), de suerte tal que quien no concurrió al proceso verá su derecho fenecido porque la sentencia produce cosa juzgada respecto del demandado, con el agravante de que si se hace presencia con posterioridad a la sentencia, “no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas” (art. 55). No es que se considere que el sistema del *opt out* genere violación de derechos, entre otras porque el principio de la contradicción, cuando no se trata de materia penal, puede ser objeto de limitación legal para los demandantes, pero es indiscutible el riesgo de que resulte lesionada la persona que no se entera de los efectos de una sentencia que la cobija.

La lógica de la acción de grupos *abiertos* es interesante también desde otra perspectiva: rompe el tabú del carácter personal del daño como requisito del mismo, porque supone que se indemnizan daños que no se sabe exactamente qué personas lo sufrieron. En efecto, en la hipótesis en las cuales la acción de grupo es procedente para grupos abiertos o indeterminados, bien puede ocurrir que no todas las personas que se benefician con la indemnización hayan sufrido perjuicio. Tomemos tres ilustrativos ejemplos del derecho comparado. El primero, de Quebec, narrado en los siguientes términos por el doctrinante Boré: “En el fallo *Viau c. Sindicato canadiense de la función pública* el demandante solicitaba 20 dólares de daños por usuario, para reparar el perjuicio que le había causado una huelga en el servicio de transportes en común, después de las tres de la tarde. El tribunal calculó que en promedio 52.310 pasajeros habían usado el transporte durante el mes de huelga después de la hora dicha. Multiplicó 20 dólares por 50.000 y condenó al sindicato responsable de la huelga ilegal a un millón de dólares para reparar el perjuicio... Si el juez escoge la distribución colectiva de la indemnización, puede ordenar la ejecución de cualquier forma reparadora de su escogencia, como otorgar bonos de rebaja a las víctimas, reducción temporal de los precios del demandado, disminución del valor de la mensualidad de los miembros del grupo, otorgamiento de una indemnización a un organismo que podrá hacer beneficiar a las víctimas. Así, en el fallo *Viau* el tribunal ordenó al sindicato responsable pagar un millón de dólares a la sociedad de transportes en común para que ésta, en contrapartida, diera un número de viajes

41. V., FRISON-ROCHE, M.A., *Généralités sur le principe du contradictoire*, Tesis sustentada en París II, 1998, n° 85.

gratuitos a sus usuarios”⁴². El segundo, conocido como el caso de los *Yellow Cabs* en los Angeles, narrado de la siguiente manera por el autor en otro escrito: “En el fallo Taxis Amarillos de los Angeles, que habían realizado una alza ilegal en las tarifas, el juez ordenó la reducción equivalente del precio del alza ilegal durante un mismo período de tiempo. Esta solución se sustentó en el precio exorbitante que hubiere costado la identidad de todas las personas que habían cogido un taxi durante dicho tiempo y en la imposibilidad para la mayoría de probar el monto del pago ilícito realizado, así como sobre la idea de que al ser permanente la mayoría de los clientes, serían ellos quienes se beneficiarían de la indemnización”⁴³. El tercer caso que, a pesar de no haber dado lugar a una condena a favor de un grupo, puesto que fue en territorio francés donde, como se verá, tal acción no existe, sí permite ilustrar lo que aquí pretendemos mostrar: “En el litigio vinos *Margnat*, botellas que se anunciaban con 150 centilitros de contenido, en realidad tenían 148,6. La cantidad faltante representaba 7 centavos de franco y el productor había vendido 200 millones de botellas durante cuatro años, lo cual arrojaba una ganancia ilícita de 14 millones de francos”⁴⁴.

Nótese que en estos eventos los beneficiarios de la indemnización no son necesariamente los mismos que sufrieron daño, porque bien puede ocurrir que un turista recién llegado a la ciudad goce de la declaratoria de responsabilidad y viaje a menor costo y consuma más vino. Se presenta pues una disfunción entre quien sufre el daño y quien se beneficia de su indemnización, con lo cual se atenta frontalmente contra el carácter personal del daño. Este tipo de casos se presenta en lo que se denominan *daños mínimos* y que precisamente dan lugar a lo que también se denomina *reparaciones fluidas*. Sin embargo, esta hipótesis en la cual la indemnización puede beneficiar a quien no sufrió el daño, tiene un alcance específico que no debe alarmar frente a la teoría general del daño: su campo de acción es tan solo el de la acción de clase, y al interior de esta, el de las acciones en las cuales el grupo es *abierto o indeterminado*. Esto significa que el título lesionado pertenece a un grupo, conformado por individuos potenciales y variantes, que será realmente el beneficiario de la indemnización. Además, debe tenerse en cuenta que el título que sustenta el derecho a reclamar es utilizado por un individuo que por ser parte del grupo puede representarlo, razón por la cual sigue vigente el carácter personal del daño, aunque, hay que reconocerlo, bajo otra forma de expresión. El hecho de que la indemnización no beneficie individualmente a cada persona que haya cogido un taxi o el transporte público o comprado una botella de vino, proviene de la imposibilidad fáctica de lograr hacerla beneficiaria de la misma, lo cual no impide, al menos en teoría, que pueda lograrse.

Para finalizar con los comentarios sobre esta acción en derecho colombiano, se debe anotar que también se ha admitido para la prevención de daños contingentes y no solo para la indemnización de perjuicios causados o consumados, ampliándose así su espectro en la medida en que se da a la responsabilidad civil una función más completa que le permite reparar daños que, sin ser consumados, están en proceso de serlo. Así, en sentencia del 24 de agosto de 2000, se reparó a los propietarios de viviendas mal contrui-

42. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 392.

43. BORE, Louis, “L’action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative”, *RFDA*, 1996, p. 547.

44. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 405.

das, con lo cual se toma la posición tradicional de reparar daños consumados, pero al mismo tiempo se ordenó “tomar las medidas necesarias y realizar las obras correctivas de drenaje y contención suficientes para detener los empujes del terreno que proviene del deslizamiento activo de los barrios”⁴⁵ contiguos, con lo cual se protege también un daño inminente. Se insiste en que dicha función *preventiva* también concierne la responsabilidad civil, porque frente a la aminoración de bienes, que se produce por el solo hecho su amenaza y su repercusión en el valor de las viviendas, se impide que tal desmedro pase a mayores.

Se reitera entonces que esta acción está concebida para daños que, siendo individuales, requieren de su pertenencia a un grupo para poder ser indemnizados por dicha vía procesal. Como se verá a continuación, esta hipótesis es diferente a la de la afrenta a derechos colectivos.

II. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN DERECHO COLOMBIANO

Los casos que plantean una verdadera apertura de la legitimación para demandar la indemnización de daños, son aquellos en los cuales una o varias personas son habilitadas para pedir una indemnización a favor de la colectividad y no en su nombre propio, ni siquiera mediando la pertenencia a un grupo. En tal caso se presentan “acciones propuestas por numerosos sujetos *exponenciales*”⁴⁶. La acción típica y exclusiva en derecho colombiano para tutelar los derechos colectivos, es la popular.

La acción popular se remonta al derecho romano, pero en dicho derecho no era la acción que hoy conocemos con tal nombre: “la acción popular no fue para los romanos la acción abierta a todos en interés de la ley que hoy en día se concibe. Interpuesta en ocasiones por un interés privado, pero sirviendo siempre al interés público, tenía un carácter híbrido”⁴⁷. Esta mixtura era normal en la medida en que bajo la República romana el interés público y el privado no se dissociaban radicalmente, a punto tal que el individuo podía ejercer funciones estatales. Por eso, con independencia de que el punto deba ser profundizado, que no es objeto del presente escrito, se debe dejar en claro que no se puede hacer una transposición automática entre la acción popular en el derecho romano y la de hoy en día, pues el mero hecho de la existencia de aquella en Roma no impide anotar sus profundas diferencias con la actual⁴⁸.

45. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 24 de agosto de 2000, expediente AG 99-001, Marcos, YESID GARCIA, contra Alcaldía Mayor de Bogotá.

46. CARANTA, Roberto, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e Technique*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1993, p. 432. La frase la escribe el autor al hablar de los intereses colectivos y de la forma como pueden ser protegidos.

47. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 145.

48. En aras de ilustrar someramente el contexto en el derecho romano, se transcribe el siguiente párrafo de la obra citada de BORÉ: “El derecho romano hacía una *summa divisio* entre los crímenes públicos y los delitos privados. Bajo la República romana, los primeros podían ser perseguidos por cualquier ciudadano a nombre del interés público por intermedio de una *acción pública* (corresponde por tanto a lo que hoy en día denominamos *acción popular*), en tanto que los segundos no podían ser perseguidos sino por la o las víctimas privadas, por intermedio de lo que se denominaba *acción penal*. En el primer caso, la condena pecuniaria iba a las arcas del Estado, mientras que en el segundo, iba para el demandante. La acción popular, consagrada poco a poco por la ley y por los edictos

En derecho colombiano las acciones populares tienen una larga tradición normativa, como quiera que ya en el Código civil de 1887 se encontraban reguladas⁴⁹. Sin embargo, la utilización de esta acción pasó casi inadvertida durante más de 100 años, razón por la cual se comparte la apreciación del profesor Tamayo Jamarillo cuando afirma que “esta norma, que ha pasado prácticamente inadvertida en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una dimensión insospechada en cuanto tenga que ver con daños producidos por contaminación ambiental y por riesgo nuclear; es así como los diferentes grupos de presión, en muchos países, luchan por instaurar la institución de la acción popular, pues solo de esa forma se podrán eliminar los problemas que presenta la exigencia según la cual sólo la víctima está legitimada para demandar en responsabilidad civil”⁵⁰.

La situación cambió radicalmente a partir de la ley de 1998, año desde el cual ha existido un incremento notorio en el ejercicio de la acción. Por ello Colombia es un país privilegiado en este aspecto, porque cuenta con mecanismos legales que superan cualquier discusión sobre la protección de los derechos colectivos y el alcance de la legitimación para actuar en su defensa. Tanto la noción de derecho colectivo como la de acción popular están manifiestamente anclados en dicho sistema.

La publicación de la citada ley 472 de 1998, que concretó varios proyectos legislativos sobre el tema⁵¹ y desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política⁵², ha reglado

de los pretores, se sitúa a medio camino entre estas dos acciones y es por ello que las condiciones exactas de su régimen han sido muy controvertidas. Muchas polémicas se han dado para determinar si el demandante invocaba en esta acción un interés personal o uno general. IHERING y BRUNS se inclinaban por la primera solución, mientras que MOMMSEN y RUDORF defendían la segunda. Los interesantes desarrollos de HENRI, Robert en su tesis permiten pensar que había parte de verdad en ambas posturas. En efecto, varias personas podían presentarse delante del pretor para reivindicar el derecho de ejercer una acción popular contra una u otra infracción”.

49. Dice el artículo 2359 del Código civil: “Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”. Esta norma debe también ser leída en concordancia con el artículo 1005 del Código Civil, que enuncia: “La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”. También se debe tener en cuenta el artículo 1006 del mismo Código cuando establece que, “las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competen a los inmediatos interesados”.

50. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo II, “De los perjuicios y su indemnización”, editorial Temis, Bogotá D.C. 1986, p. 80.

51. Con anterioridad a la promulgación de la ley existieron los siguientes proyectos de ley sobre el tema: Proyecto de ley 05 de 1995 de la Cámara, acumulado con el 84 del mismo año e institución, que está publicado en la Gaceta del Congreso, año IV, n° 493, del jueves 28 de diciembre de 1995; proyecto de ley 024 de la Cámara, por el cual se reglamenta el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares, publicado en la Gaceta del Congreso, año IV, n° 217, del miércoles 2 de agosto de 1995; proyecto de ley 005 de 1995 de la Cámara, publicado en la Gaceta del Congreso, año IV, n° 207, del jueves 27 de julio de 1995.

52. Dice el artículo 88 de la constitución política: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

de manera exhaustiva pero confusa la materia, al decir de la doctrina⁵³ y de los propios miembros del Consejo de Estado⁵⁴. De todas formas, de su formulación se observa que los derechos que fueron definidos como colectivos son más amplios y precisos que aquellos enunciados por la Constitución Política en términos enunciativos⁵⁵, con lo cual se puede anotar que la definición de derecho colectivo en Colombia es la que se deduce de los anteriores ejemplos que la ley da de los mismos.

Las acciones populares se definen en la ley como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”, enumerados en su artículo 4 precitado. Tales acciones “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” (art. 2). Desde este punto de vista la acción popular tiene dos facetas: la preventiva y la restitutoria. Por la primera, se busca tanto evitar como hacer cesar la afrenta al derecho colectivo, con lo cual se observa que la función será diferente en uno y otro caso: si de evitar se trata, se esta típicamente frente a una función preventiva -nótese la similitud con la acción de tutela o de amparo, mientras que si se trata de hacer cesar, se está en la faceta restitutoria en la parte del daño que ya inició su consumación y de la preventiva en aquella que está en ciernes. Ahora, en cuanto a la función restitutoria, es apenas natural que se trata de “volver las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” o de indemnizar por equivalente pecuniario cuando no se puede volver a dicho estado. Aunque la hipótesis normal será aquella en la cual la petición pretenda hacer volver al estado anterior el derecho colectivo lesionado, bien puede ocurrir que por haberse consumado la lesión del derecho y por no existir la posibilidad de restituirlo *in natura*, sólo proceda la indemnización pecuniaria del derecho lesionado. Es decir, la acción popular puede buscar principal y exclusiva-

53. V., entre los críticos de la ley: TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKensie) Editores, Medellín 2001; BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *De las acciones populares y de grupo, en la obra colectiva Reformas a la legislación comercial*, Colegio de Abogados de Medellín y Editorial Dike, 1999.

54. V., las dicentes palabras del Consejero de Estado HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, “Una regulación legal oscura, confusa y, en ocasiones, contradictoria de las nuevas acciones ha sido determinante en la ausencia de claridad y coherencia en la solución de los casos concretos que, en número creciente, se resuelven en los estrados judiciales”, in *La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares*, no publicado.

55. Dice el artículo 4° de la ley 472 de 1998: “Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; j) El acceso a los servicios público y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas o nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”.

mente una indemnización pecuniaria del derecho colectivo lesionado⁵⁶. Esta presentación coincide con lo expresado en el artículo 34 de la ley 472, cuando al referirse a la sentencia, expresa que la misma “podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuera físicamente posible”⁵⁷. Desde la perspectiva que se maneja en este escrito, las dos facetas comentadas suponen la noción de daño, porque el derecho colectivo es aminorado -caso de reparación o cesación de la afrenta- o porque su aminoración es inminente y se trata de impedir su consumación -caso de prevención. En ambos casos hay formas reparadoras, tanto de la aminoración del derecho como de su amenaza.

La legitimación para la defensa de tales derechos colectivos se encuentra reglamentada en el artículo 12 de la ley, en el que, a más de permitir la titularidad de la acción a “toda persona natural o jurídica”, se permite para otras personas públicas o privadas (Procuraduría, Defensoría, ONGs, alcaldes, etc.). Como es normal, dada la naturaleza del derecho que protege la acción así por el carácter público de la misma, no hay caducidad para el ejercicio de la acción, a punto tal que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la acción para el evento en el cual “esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior”⁵⁸, que se contemplaba en “cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración” (artículo 11).

Puesto que la acción procede para la protección de todo derecho colectivo, su campo es tan amplio como lo es el listado de tales derechos. Así, por ejemplo, por medio de esta acción se ordenó, para proteger el derecho a la moralidad administrativa y al patrimonio público, la devolución de unos dineros que el Estado había conciliado con unos particulares a raíz de la terminación de un contrato estatal⁵⁹; se ordenó suspender la actividad de un cable de transporte aéreo, pero el Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia, entre otras, frente a la revuelta de los usuarios directos del cable⁶⁰; se ordenó reabrir un hospital público que por falta de dinero había sido cerrado⁶¹; se ordenó a un municipio adoptar las medidas que técnicamente sean más convenientes,

56. Se está de acuerdo con la conclusión a la que llega sobre el punto el profesor TAMAYO JARAMILLO en la p. 170 de su libro ya citado: “En conclusión, creemos que la acción popular también es perfectamente posible así se trate exclusivamente de cobrar la indemnización de un daño colectivo ya causado”.

57. Se considera desafortunada la exigencia de que la condena al pago de perjuicios se hará “en favor de la entidad pública no culpable”, pues se estima que confunde la guarda y administración que pueda tener la persona pública de un derecho que por ser colectivo pertenece precisamente al *común*, con la calificación que pueda hacerse de la actuación o de la omisión de la entidad pública, que en nada incide sobre la necesidad de reparar el derecho. En el evento en el cual la persona pública culpable es la misma que tiene a su cargo el derecho colectivo, lo cual puede ocurrir con frecuencia, el juez habrá de ser creativo en aras de garantizar la indemnización del daño ora a favor de otra persona pública, relacionada con el derecho colectivo lesionado y con la indicación expresa de cuál es la finalidad de la indemnización, ora a favor de la misma entidad, con la salvedad de que habrá de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, bajo el argumento de que la prevalencia del derecho sustancial supone que no se puede dejar sin indemnización un derecho colectivo que constitucional y legalmente tiene que ser reparado.

58. Corte Constitucional colombiana, abril 14 de 1999, C-215.

59. Consejo de Estado colombiano, 31 de mayo de 2002, Exp. AP-300, actor: Contraloría General de la República y otros, ponente: LÓPEZ DÍAZ, Lúgía.

60. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 14 de junio de 2001, Exp. R-075, actor: Luis Miguel SÁBOGAL CAMARGO, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alíer.

61. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, 21 de noviembre de 2001, Exp. AP-120, Actor: Defensoría del Pueblo, ponente: RENGIFO, Carmen Alicia.

mediante las cuales se garantice el consumo de agua potable de un corregimiento y la implantación de un mecanismo de tratamiento de las aguas residuales de los alcantariados de otros corregimientos⁶²; se ordenó invertir en el mejoramiento de una iglesia colonial, considerada patrimonio histórico, que amenazaba ruina⁶³; se suspendió, por violación de los derechos a la moralidad y a la seguridad públicas, la construcción de un estadio de fútbol que había sido contratado por un municipio y se ordenó que el terreno y la parte ya construida fuera utilizada para fines diferentes⁶⁴, etc.

Como se puede observar por los ejemplos citados, la defensa de los derechos colectivos está generando enormes problemas cuando mediante una acción popular se cuestiona la validez de actos administrativos unilaterales o aún contractuales. En este punto se plantea entonces el problema de determinar si la acción popular y los derechos que defiende, tienen o no la posibilidad de anular derechos de distinta naturaleza que puedan estar concedidos en otros actos de la administración. El ejemplo del estadio de fútbol, precitado, es dicente: ante el contrato administrativo en ejecución, suscrito entre la alcaldía municipal y el consorcio constructor, el Consejo de Estado ordena *que se suspendan inmediatamente las obras...* y ordena también a la alcaldía “que realice un estudio, que debe iniciar en un término máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, para determinar el uso al que puede destinarse el terreno adquirido y las obras adelantadas hasta el momento”. Es decir, por la vía de la defensa de los derechos colectivos se llega a la suspensión del contrato y de las obras que se habían adelantado!

En el precitado escrito del Consejero de Estado Alier E. Hernández Enríquez se da cuenta del problema y cita dos tesis principales que pueden ser concebibles ante el mismo.

La primera, llamada negativa, que supone la imposibilidad de anular actos administrativos mediante la acción popular, habida consideración de que tales actos gozan de presunción de legalidad y de que existen otros tipos de acciones para su anulación. El Consejo de Estado colombiano la ha aplicado en algunas ocasiones, afirmando, por ejemplo, que no se puede anular una licencia ambiental que supuestamente ha vulnerado un derecho colectivo, puesto que “ese acto administrativo se presume legal mientras no exista una decisión judicial que lo suspenda o lo anule, providencia que deberá adoptarse por vía diferente a la acción popular y dentro de un juicio procesalmente impulsado por quienes tengan legitimidad para ello”⁶⁵.

La segunda, denominada positiva, permite la anulación de los actos y/o contratos administrativos mediante la acción popular, teniendo en cuenta que dicha acción es autónoma y no subsidiaria y que su finalidad es la protección de derechos colectivos, que son de naturaleza superior y especial. En palabras de la Corte Constitucional, tales derechos “versan sobre cuestiones de tal entidad, que su vulneración pone en peligro o

62. Consejo de Estado colombiano, Sección Cuarta, 14 de septiembre de 2001, ponente: PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel, actor: Defensoría del Pueblo, exp. AP-162.

63. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 20 de septiembre de 2001, Exp. AP-125, actor: Jaime, UMAÑA DÍAZ, ponente: GIRALDO, María Helena.

64. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 7 de junio de 2001, Exp. AP-166, Actor: Manuel Jesús BRAVO, y otros, ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier E.

65. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, mayo 18 de 2000, Expediente AP-038. V. en igual sentido: Sección Segunda, marzo 23 de 2000, Expediente AP-025; Sección Cuarta, marzo 31 de 2000, Expediente AP-005.

ataca bienes tan valiosos para la sociedad, como la vida, la salud, el ambiente sano, el equilibrio ecológico, la seguridad, patrimonio y moralidad pública no de una persona sino de toda una sociedad⁶⁶. Gracias a esta posición teórica se han podido proferir sentencias como la ya citada del estadio de fútbol, pero también otras en las cuales, por ejemplo, se ordena “a la Alcaldía Municipal de Ibagué y a la Empresa Ibagüerense de Acueducto y Alcantarillado que suspendan inmediatamente el proceso de concesión de la empresa demandada, hasta tanto se adopten las medidas necesarias para tomar en cuenta los balances y los estados que reflejen la realidad financiera de la empresa y, luego, con base en los mismos, se defina el esquema de gestión empresarial que asegure la prestación eficiente del servicio público de acueducto y alcantarillado de todos los habitantes del Ibagué⁶⁷, con lo cual se muestra una intromisión real en los contratos administrativos⁶⁸, o, aún casos en los cuales, si bien no se anula un acto administrativo que distribuía la contribución de valorización por la construcción de una carretera, sí se estudió la legalidad del mismo, concluyéndose que por ajustarse a derecho no violaba el derecho colectivo⁶⁹.

La evolución del derecho colombiano frente a la nueva normativa de las acciones populares está por consolidarse, lo cual no impide declarar nuestro acuerdo con la segunda posición jurisprudencial reseñada. En efecto, se debe anotar que los derechos colectivos generan derechos subjetivos en cabeza de cualquiera persona de la comunidad, quien podrá proteger la amenaza o vulneración de los mismos obligando a quien o a quienes lo están amenazando o vulnerando, a su reparación o a la cesación de su amenaza. Más importante aún: el daño colectivo es un daño de mayor envergadura que el daño individual, razón por la cual aún en los eventos en los cuales la reparación del daño colectivo suponga la aniquilación de los derechos individuales, éstos deben ceder ante aquellos⁷⁰.

66. Corte Constitucional colombiana, 14 de abril de 1999, Expediente C-215.

67. Consejo de Estado colombiano, Sección Quinta, 24 de agosto de 2001, ponente: QUIÑÓNEZ PINILLA, Darío, actor: Procurador Provincial de Ibagué, exp. AP-100.

68. Consejo de Estado colombiano, Sección Primera, 24 de mayo de 2001, ponente: NAVARRETE BARRERO, Olga Inés, actor: Personero municipal de Sopó, exp. AP-076, en donde el Consejo de Estado, al contrario de lo que había decretado el tribunal de instancia, admitió una demanda cuestionando un contrato de compraventa finiquitado. Dijo lo siguiente: “Por el contrario, del texto de las normas transcritas se desprende que el derecho o interés colectivo puede ser quebrantado por actos, acciones u omisiones de la entidad pública o del particular que desempeñe funciones administrativas, lo que significa que es al resolver la controversia cuando el juzgador deba pronunciarse sobre la legalidad de esos actos, acciones u omisiones. El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudir necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular”.

69. Consejo de Estado colombiano, Sección Primera, 9 de noviembre de 2000, Expediente AP-119.

70. Se comparte íntegramente la siguiente afirmación de BOTERO, Luis Felipe, que da otro argumento importante para sustentar la posición que aquí se defiende y que la plasma en uno de sus múltiples comentarios al citado libro del profesor TAMAYO JARAMILLO (p. 178): “3. En cuanto a la posibilidad de impugnar un acto administrativo a través de una acción popular, me permito agregar en defensa de tal posibilidad lo siguiente: el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo contempla como causal de revocación de los actos administrativos, en su inciso segundo, lo siguiente: ‘cuando no estén conforme con el interés general o social, o atenten contra él’. Esta norma me parece encuadra de manera singular en la conclusión que en este párrafo y líneas anteriores se defiende. Basta con que un acto *atente* (lo que en la ley 472 equivaldría a amenaza o daño contingente) contra el *interés público o social* (podría asimilarse esta terminología con el derecho o interés colectivo aunque no necesariamente coincidan ambos términos) para que deba ser revocado por la propia administración, entonces, con mayor razón debe ser anulado en sede judicial motivada por una acción popular cuando viole un derecho o interés colectivo. Aún mas, si de la protección de un derecho subjetivo patrimonial no fundamental se puede anular un acto administrativo (acción de nulidad y restablecimiento del derecho), con mayor razón debería serlo para la violación de un derecho colectivo”.

Se presenta de esta manera una jerarquización de los daños, en donde la reparación de aquellos que se consideran de mayor entidad -los colectivos- puede conllevar, dado el caso, a la vulneración de derechos individuales adquiridos.

Y aunque tal posición puede generar incertidumbre jurídica, se piensa que no hay escapatoria habida consideración de la elección que hicieron el constituyente y el legislador, en nuestro sistema jurídico, respecto de la jerarquía de los derechos. Esta opción significa que los derechos individuales sólo pueden gozarse en la medida en que no atenten contra los derechos colectivos, quedando sí pendiente la discusión y procedencia de la indemnización de los derechos individuales que deban ceder ante la acción popular. ¡Será cuestión de prudencia de los jueces en el manejo de esta opción! De igual manera, se puede concebir que frente al advenimiento de daños individuales cuya reparación no quiera ser solicitada por quien detenta prioritariamente el derecho lesionado, se tiene que abrir la posibilidad de reparación del daño colectivo, así afecte la decisión personal de quien sufre el daño individual⁷¹. Esta lógica, por sorprendente que parezca, tiene una justificación que parte desde el mismo momento en el cual, como se vio, se concibe que dentro del patrimonio del individuo están inmersos los derechos colectivos, puesto que atenúa la naturaleza egocéntrica del ser humano concebida desde las clásicas normas del Derecho Civil.

Se concluye entonces que la acción popular en Colombia es un mecanismo procesal principal, que protege la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos que como tal han sido definidos en la ley.

III. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO Y DE LOS COLECTIVOS EN DERECHO FRANCÉS

En derecho francés, las acciones en defensa de los intereses de grupo y de los derechos colectivos no se encuentran reglamentadas de manera expresa, ni son objeto de especializados estudios doctrinarios. No en vano, en lo que toca al daño ecológico, se ha podido escribir que “la tendencia general de la jurisprudencia es más bien restrictiva”⁷² y, yendo aún más lejos, se ha podido afirmar que la acción popular se encuentra proscrita⁷³. No existe en derecho francés el término de *action populaire* o el de *action*

71. V. en este sentido nuestro trabajo “la responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”, artículo inmerso en el libro *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2000, pp. 127-199.

72. RICHER Laurent, “Préjudice réparable”, in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, n° 65, Dalloz, París 1987.

73. BUZON, Benoît, “Les fédérations d’associations et l’intérêt à agir devant le juge administrative, commentaires à l’arrêt CE, 8 février 1999, Fédération des associations de protection de l’environnement et de la nature des côtes d’Armor, n° 176779”, in *Droit de l’environnement*, n° 66, Victoires Editions, París marzo 1999, p. 6: “En esto, el juez administrativo continúa a trazar un difícil límite respecto de la legitimidad para actuar de las asociaciones y de los grupos: proscripción de la acción popular, exámen atento de los términos de los estatutos en lo relacionado con el objeto de la asociación y, aún, un cierto emblanecimiento de las condiciones que se les exigen para actuar”; RAYMOND, Jean, En matière de defense de l’environnement: la qualité pour agir des associations et le recours pour excès de pouvoir, *Revue Juridique de l’environnement*, 1991, I, p. 453: “Es admitido, después del fallo del Consejo de Estado Ministère de l’agriculture c/ dame Lamotte, que el recurso por exceso de poder está, frente al juez administrativo, abierto aún sin texto y que tiene por efecto asegurar, conforme a los principios gene-

de groupe. Sin embargo, sería prematuro sostener que el derecho francés no ofrece la posibilidad de reparar los daños inferidos a un grupo o a la colectividad misma, es decir, que no se presenta la hipótesis de pedir para un grupo o para el colectivo.

Para determinar si tales posibilidades indemnizatorias se presentan en el derecho francés, debemos en un primer momento estudiar cuál es la situación de la acción de grupo y de la popular, a fin de establecer si se reparan y cómo, en el conjunto del sistema procesal, los daños de grupo y los colectivos.

En lo que respecta a las acciones de grupo, en nuestro conocimiento, no existe una legislación que la contemple de manera general, como ocurre en el derecho colombiano. Existe sí un importante ejemplo en el campo de los productos defectuosos. En efecto, el artículo 8-1 de la ley del 18 de enero de 1992, que complementó la ley del 5 de enero de 1988, estableció que, “cuando varios consumidores, personas físicas identificadas, hayan sufrido perjuicios individuales causados por el hecho de un mismo profesional que tengan un origen común, cualquier asociación avalada y reconocida en el plano nacional ... puede, si ha obtenido poder de al menos dos consumidores afectados, solicitar indemnización ante cualquiera jurisdicción a nombre de dichos consumidores”. Sin embargo, según autorizada doctrina, dicha ley “fue una elegante manera de enterrar los proyectos de acción de grupo”⁷⁴.

Como ya ha sido anotado, los orígenes de esta acción se encuentran en la *class action* del sistema anglosajón que, sin embargo, muestra diferencias profundas con la existente en el sistema francés, como bien lo anota Simon Taylor: “Toda persona física o moral puede representar los demandantes en una *class action*. La acción en *representación conjunta* debe ser interpuesta por una asociación inscrita y autorizada. Para obtener poderes la asociación solo puede recurrir a la prensa escrita. La acción puede ser interpuesta ante la jurisdicción civil, penal o administrativa. Para la acción ante los tribunales civiles, la demanda de la asociación debe expresar *el apellido, nombre y dirección de cada uno de los consumidores por cuenta de quienes actúa*”⁷⁵. Estas diferencias, que coinciden con las que se presentan con el derecho colombiano, son quizás las que explican la constatación que hace la misma autora, en el sentido de que hasta 1995 tal acción no había sido utilizada por “la dificultad para la asociación de controlar miles de expedientes y por el riesgo que corre al comprometer su propia responsabilidad por errores cometidos durante el litigio”, lo cual permite reiterar que, frente a “esta institución (la *class action*) convertida en fuente de inspiración para numerosos países que la han introducido bajo diversas formas (...) Francia parece insensible, a la hora actual, a sus bondades”⁷⁶, porque, según el mismo autor, a 1997, “ninguna de las asociaciones de consumidores que interrogamos ha interpuesto una acción de grupo ni tiene la intención de hacerlo”.

Si eso ocurre en una materia en la que la acción está reglamentada, la situación no es mejor en otras áreas donde no lo está, pues en estos casos, cuando una persona moral representa un grupo, “esta facultad no le permite actuar para obtener indemnización de

rales del derecho, el respeto de la legalidad. Sin embargo, el Consejo de Estado no ha querido hacer de este recurso una acción popular y ha limitado el interés para actuar”.

74. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 413.

75. TAYLOR, Simon, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Etude comparative du droit anglais et du droit français*, LGDJ, París 1999, p. 175.

76. DIDIER, Philippe, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, París 2000, p. 356.

perjuicios individuales sufridos por sus miembros: cada uno debe actuar por su propia cuenta⁷⁷, demostrándose así cómo en derecho francés, salvo la excepción anotada, no existe realmente la acción de grupo. En efecto, cuando “el interés común de las personas afectadas por el acto es de naturaleza diferente al interés colectivo que corresponde a la asociación⁷⁸”, deben demandar cada una de las personas individualmente. Sin embargo, si se actúa en recurso de pleno contencioso, como se verá, pueden presentarse Demandas Colectivas, siempre y cuando “juzguen las mismas cuestiones respecto de todos los demandantes sin que haya lugar a examinar circunstancias particulares a cada uno (Cons. Et., 13 julio 1961, Ville de Bressuire: Rec. Cons. Est., Tables, p. 1135. -13 julio 1963, Consorts Ferlay y otros: AJ 1961, 709, nota B. Paulin)⁷⁹”.

En lo que respecta a la acción popular, como también se ha dicho, la situación es más clara que la de la acción de clase: no existe. Pareciera como si, al contrario, todo el esquema procesal contencioso francés se hubiera cimentado a partir de impedir la acción popular. Al menos así lo siente la más autorizada doctrina cuando explica que el liberalismo del juez administrativo en la apreciación del interés para actuar, no puede llegar al extremo de admitir la acción popular⁸⁰. No obstante, cabe afirmar, que “el interés es apreciado con un liberalismo tal, que al menos desde muchos puntos de vista, el recurso por exceso de poder no está muy alejado de lo que sería una acción popular⁸¹”.

En cualquier caso, se reitera que el hecho de que no exista reglamentación general de las acciones de grupo y de las colectivas en derecho francés, no da para concluir que los daños que por tal vía se reparan en derecho colombiano, no son reparados en aquél derecho. Es por ello que debemos centrarnos ahora, así sea sumariamente, en el estudio del esquema procesal contencioso francés, porque se trata de analizar si a partir de dicho esquema son viables las peticiones indemnizatorias que se plantean en derecho colombiano, en relación con la petición para un grupo y para el colectivo.

77. REMOND-GOULLLOUD, Martine, “Réparation du préjudice écologique”, *JC Environnement, Editions Techniques-Juris-Classeurs*, n° 41 et 42, fascículo 1060, 1992.

78. AUBY, Jean-Mary y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 166, París 1992.

79. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 455, París 1992.

80. VENECIA, Jean-Claude, “Intérêt pour agir”, *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 67, tome II, Dalloz, París, 1985: “La ausencia de este requisito (el del interés directo) conllevaría al reconocimiento de la acción popular que consideraciones de orden práctico no permiten contemplar”; ROUSSET, Michel, “Droit Administratif”, II. *Le contentieux administratif*, Presses Universitaires de Grenoble, 1994, p. 118: “...al contrario, el Consejo de Estado no acepta que la calidad de contribuyente del Estado permita por sí misma la posibilidad de intentar acciones, puesto que ello significaría el recurso a todo el mundo y hacer de dicho recurso una acción popular, a lo cual se rehúsa”; AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 163, París 1992, “la jurisprudencia no ha admitido extender de manera exagerada los círculos de interés, según la expresión del Comisario de gobierno LAURENT (cons. S. 2 abril 1954, GAEBELE: Rec. Cons. d’Etat, p. 212) y a hacer del recurso por exceso de poder una acción popular abierta a toda persona en nombre de la legalidad”; LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, “Recours pour excès de pouvoir (conditions de recevabilité)”, *Répertoire de Contentieux Administratif*, n. 52, tomo II, Dalloz, París 1985: “El Consejo de Estado juega con esta incertidumbre para orientar su política jurisprudencial en materia de interés para actuar en el recurso por exceso de poder. El carácter pretendidamente objetivo del recurso por exceso de poder debería llevar a la desaparición de toda referencia al interés para actuar, como condición para admitir la demanda: en un Estado de derecho todo el mundo tiene un poderoso interés sobre el respeto de la legalidad por las autoridades administrativas. Sin embargo, es precisamente en este recurso en el cual la jurisprudencia administrativa es más ilustrativa en cuanto al análisis de la noción de interés. La explicación es bien conocida. De manera deliberada y por razones de comodidad, el Consejo de Estado rehúsa hacer del recurso por exceso de poder una acción popular, abierto a todos”.

81. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 203.

En lo que respecta al esquema procesal contencioso administrativo francés, se puede afirmar en términos generales que, dicho “contencioso es objetivo, cuando la pregunta planteada al juez es aquella de la conformidad de un acto respecto del conjunto de normas jurídicas (constitucionales, legales, jurisprudenciales, reglamentarias), que se imponían al autor de tal acto. Normalmente se clasifican allí el recurso por exceso de poder, el recurso en apreciación de la legalidad y los recursos que, a pesar de estar relacionados con el contencioso de plena jurisdicción, sólo plantean aspectos de legalidad (por ejemplo, recursos en materia fiscal). El contencioso es subjetivo cuando la pregunta planteada al juez es la de determinar si a una persona le será reconocido un derecho subjetivo, como un derecho a indemnización. Se trata así para el juez, no tanto de verificar la conformidad de un acto a las normas jurídicas, como de buscar si un acto o un hecho han lesionado derechos subjetivos y situaciones particulares. Normalmente se clasifican aquí los recursos en materia contractual y en materia de responsabilidad contractual y extracontractual”⁸². Esta división general del contencioso proviene de las teorías de Duguit y de Waline, que toman en cuenta la naturaleza del asunto sometido al juez, a diferencia de la tesis de Laferrière, que explica el contencioso administrativo a partir de los poderes del juez. A pesar de que doctrinalmente se aceptan mayoritariamente las teorías de Waline y de Duguit, como en la cita anterior de los profesores Auby y Drago, es claro que ambas posiciones “se unen, en efecto, bastanteSe debe pues no olvidar la distinción entre contencioso objetivo y subjetivo y conviene también no conservar tal cual la clasificación de Laferrière”⁸³.

En lo referente al contencioso objetivo, del cual su expresión más importante es el recurso por exceso de poder, se puede decir que, “según el ilustre fallo Dame Lamotte de 1950, se define como ‘el recurso procedente, aún sin norma, contra todo acto administrativo, cuyo objeto es asegurar, de conformidad con los principios generales del derecho, el respeto de la legalidad’”⁸⁴. Es un “recurso que busca la anulación de una decisión administrativa, sustentado en la violación de una regla de derecho ... No se está en presencia del recurso por exceso de poder si el demandante busca otra cosa diferente de la anulación”⁸⁵, a punto tal que, “si la demanda que da lugar a este recurso tiene además pretensiones indemnizatorias, éstas últimas deben rechazarse”⁸⁶.

Ahora bien, el hecho de que no se permitan pretensiones indemnizatorias no significa que la situación generada por el hecho dañino y/o por el acto administrativo no deba ser restablecida como consecuencia de su anulación, precisamente porque lo que se pretende es “restablecer íntegramente la situación jurídica anterior al acto anulado. De esta manera, la administración tendrá aún la posibilidad de tomar decisiones retroactivas con el objeto de llegar a una verdadera *restitutio in integrum*”⁸⁷. A pesar de que tal *restitutio* no lleva al pago de indemnizaciones pecuniarias, puede ocurrir “que la anulación su-

82. LASSERRE, Bruno, “Recours”, *Répertoire du Contentieux Administratif*, n° 39-40, tomo II, LGDJ, París 1985.

83. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 185.

84. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 187.

85. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 108, París 1992.

86. *Ibidem*.

87. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 377, París 1992.

ponga el reconocimiento de un derecho subjetivo”⁸⁸, con lo cual no se desnaturaliza el recurso comentado. En los eventos en los cuales se llega al reconocimiento de un derecho subjetivo, que no son necesariamente los más numerosos, surge para la administración la obligación de restablecer el derecho. No se debe olvidar en este momento que “la reparación comprende en primer lugar el deber de reposición de las cosas al estado en que se encontraban y un deber de restitución...”⁸⁹, con lo cual se observa que en el *recours pour excès de pouvoir* también se puede llegar al restablecimiento de derechos subjetivos, así las pretensiones sean de mera legalidad. Lo que ocurre es que dicho restablecimiento no es ordenado, en principio, por el juez, sino que debe ser realizado por la administración como consecuencia de la anulación.

En lo referente al contencioso subjetivo, el recurso *de pleine juridiction*, que es su máxima expresión, se define como aquél “en el cual el juez es invitado a pronunciarse sobre la existencia, el contenido y los efectos de derechos subjetivos que particulares o personas morales hacen valer frente a una persona moral de derecho público”⁹⁰. Sus características son bien definidas: “atañe un derecho subjetivo; su objeto es principal pero no exclusivamente pecuniario; el juez administrativo dispone de un poder que va más allá de la anulación del acto atacado y que conlleva la posibilidad de condenar a la administración al pago de una suma de dinero y aún a transformar la situación jurídica que le es sometida”⁹¹. Este contencioso se denomina también *plein contentieux*, precisamente porque “el juez dispone de poderes que le permiten ir más allá de la anulación del acto que es sometido a su consideración”⁹².

La distinción reseñada entre ambos recursos no es sin embargo absoluta, como suele ocurrir, razón por la cual los tratadistas hablan del *nuevo recurso por exceso de poder*⁹³ o de los *nuevos recursos de plena jurisdicción*⁹⁴, en donde estudian los puntos de cruce entre los dos contenciosos, esto es, los casos en los que el *recours pour excès de pouvoir* es tratado como *recours de pleine juridiction*, y viceversa. Lo importante es, sin embargo, constatar que existen dos recursos generales cuyos propósitos específicos son definidos, a pesar de que existan puntos confusos y polémicos.

Gracias a la presentación del esquema general anterior, se procede entonces a estudiar cómo se defienden en concreto los derechos colectivos y los de grupo en derecho francés.

Se reitera que el contencioso se divide dependiendo de si la petición impetrada busca solamente el respeto de la legalidad o si pretende el reconocimiento de derechos subje-

88. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 664. Se debe advertir que el autor, cuando expresa la frase citada, remite al n° 242, donde afirma: “D.- Una confusión a evitar. Dado lo anterior, una posible confusión debe ser evitada. Decir que un recurso comporta solamente problemas de legalidad, no significa que de la respuesta del juez, no puedan derivar derechos subjetivos. Por ejemplo, el funcionario que habiendo ejercido un *recours pour excès de pouvoir* contra la decisión que lo destituye, obtiene la anulación de la decisión declarada ilegal y tiene derecho a su reintegración y a la reconstitución de su carrera”.

89. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑES, Santiago, *La reparación de daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 1998, p. 68.

90. AUBY y DRAGO Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 394, París 1992.

91. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 402, París 1992.

92. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 208.

93. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 210.

94. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 403, París 1992.

tivos en cabeza de una persona. En la primera hipótesis es indiferente que el demandante pida la anulación de actos administrativos que conciernen a un individuo, a un grupo o aún a la colectividad en general. En la segunda hipótesis, se puede pedir el reconocimiento de derechos que pertenecen a un individuo o a un grupo, quedando por determinar qué ocurre con el reconocimiento de derechos a favor de una colectividad.

Para profundizar sobre el punto se debe estudiar en derecho francés la noción de *intérêt pour agir*, que ha sido clave en el desarrollo del contencioso, precisamente por la inexistencia de la acción popular. Dicho concepto expresa los múltiples y diversos derechos e intereses que pueden presentarse en un litigio. Dependiendo de la concepción amplia o restringida que se tenga de un tal interés, se podrá concluir si existen o no peticiones de grupo y peticiones colectivas dentro en tal contencioso.

Ya se ha anotado que en lo relacionado con el recurso por exceso de poder, por liberal que haya sido la jurisprudencia para admitir las demandas, siempre se ha exigido que el demandante tenga interés para actuar. Igual ocurre, con mayor razón, en el recurso de pleno contencioso, puesto que se trata del reconocimiento de derechos subjetivos cuya titularidad no es colectiva, lo que no tiene el alcance de significar que se impida el inicio de demandas en aras de defender un interés público que pertenece a toda la comunidad. Ocurre simplemente que ninguna persona en su calidad de individuo puede arrogarse el derecho de buscar su defensa o protección. El argumento más contundente para esta posición indica que lo que es colectivo no puede ser de uno, pero aquí retomamos la definición que propusimos de daño, en el entendido de que los derechos colectivos también forman parte del patrimonio del ser humano y por ello la restricción en la titularidad para su defensa no puede ser absoluta. Donde hay daño a un interés colectivo tiene que haber acción, con independencia del alcance que se dé a la legitimación para interponer la demanda en su defensa. Como se vio, si acaso el interés para actuar puede ser limitado, de acuerdo con la postura de los sistemas que no aceptan la acción popular, pero aún en este caso una tal limitación no puede ser muy brusca porque negaría de base el derecho.

Es bajo estos supuestos que, en el derecho francés, el papel de los grupos y de las asociaciones ha sido fundamental, en la medida en que han sido los llamados a buscar la protección de los derechos que sobrepasan la dimensión estrictamente individual. El derecho colectivo y los derechos de grupo son prioritariamente salvaguardados por intermedio de las asociaciones, figura esencial al sistema jurídico francés hasta el dicente punto de que “el 50% de los franceses son miembros de una asociación”⁹⁵. Por ello se ha podido afirmar que Francia es un país de democracia representativa más que participativa. En este sentido retoma su verdadera dimensión la regla *pas d'intérêt, pas d'action -sin interés no hay acción-*, es decir, que el interés para actuar supone un interés personal, directo y legítimo del demandante, a punto tal que *nul ne plaide par procureur -nadie litiga por representante-*. Esta regla esencial debe insertarse en el contexto del que proviene: el interés para actuar se requiere tanto en el recurso por exceso de poder como en el pleno contencioso y las asociaciones juegan en ambos un papel fundamental para la salvaguarda de derechos que no son petición a favor del individuo demandante. Se garantiza así “a los administrados y a los ciudadanos un medio para defender todo interés de su elección: les basta conformarse en asociación (dos

95. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 1.

personas son suficientes) y asignarle la misión de salvaguardar aquello que les es preciado⁹⁶. En consecuencia, es útil estudiar el alcance de cada uno de los recursos del derecho francés, analizando al mismo tiempo el papel que han tenido en su interior las asociaciones en la defensa de las diferentes categorías de derechos.

Anticipándonos a la presentación que se inicia, se debe hacer una advertencia importante. La noción de *derecho colectivo* sí existe en derecho francés, pero no tiene el mismo significado que tiene en derecho colombiano. En efecto, se vio que en Colombia los derechos colectivos enunciados en el artículo 88 de la Constitución y desarrollados por la ley, son aquéllos que no afectan a personas en particular sino en tanto forma parte de la colectividad, que ni siquiera de un grupo, como ocurre con el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación, etc. Al contrario, la noción de *droit collectif* en derecho francés está ligada a los derechos de las asociaciones, en la medida en que “el interés colectivo es aquél de una asociación o de un sindicato que actúa en aras de defender los intereses para cuya defensa se han constituido⁹⁷. Es por ello que, “a admisibilidad de las demandas de las asociaciones está subordinada a la existencia de un nexo directo entre las decisiones administrativas atacadas y el objeto y las actividades estatutarias de dichas asociaciones⁹⁸. Pero si “ninguna de las disposiciones atacadas de la instrucción del 31 de julio de 1996 ataca los derechos e intereses colectivos de los agentes cuyo sindicato asegura la defensa”, la demanda es en consecuencia rechazada⁹⁹. También se tiene en cuenta si en los estatutos existe la competencia “de estudiar y defender los intereses materiales y morales tanto colectivos como individuales de las personas relacionadas por los estatutos”, y se admite la demanda “para atacar la legalidad del acto administrativo del 18 de febrero de 1997 que crea los consejos de perfeccionamiento en las escuelas nacionales de ingenieros¹⁰⁰, en la medida en que la creación de dichos consejos ataca los intereses colectivos de la asociación.

Pero se observa que una cosa son los derechos *colectivo* de un grupo, que se definen en sus estatutos, y, otra bien distinta, son los derechos colectivos, a partir de la definición colombiana, que no pueden ser apropiados por una asociación. Si bien es cierto pueden coincidir en algunos eventos, por ejemplo cuando una asociación para la defensa del medio ambiente salvaguarda igual derecho colectivo, se debe anotar que el *principio de la especialidad de las personas jurídicas* impide, en derecho francés, llegar a la posición colombiana. En efecto, “cuando se trata del interés para actuar en justicia, la jurisprudencia y la doctrina hacen una distinción entre interés general e interés colectivo, según un criterio puramente orgánico: el primero lo defienden las personas públicas mientras que el segundo las personas privadas. Para nosotros, se debe declarar ilícita una asociación que tuviera por objeto hacer respetar el orden público o asegurar la segu-

96. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, p. 424. París 2001.

97. VENECIA, Jean-Claude, *Intérêt pour agir, Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 23, tomo II, Dalloz, París, 1985.

98. Consejo de Estado francés, 8 de febrero de 1999, 2/6 SSR, 176779, A, Federation des associations des protection de l'environnement et de la nature des Côtes d'Armor, M. Errera, rapp., M. Hubert, c. du g.

99. Conseil d'État Français, 7 de abril 1999, 6/2 SSR 185060 B, Syndicat Indépendant de la Garderie Nationale de l'Environnement-Rassemblement des opposants à la chasse-Ligue pour la protection des oiseaux, M. Lerche, rapp. M. Lamy, c. du g. V. en igual sentido, 16 de junio de 2000, Association Tam-Tam, 2/1 SSR 198274 B, M. Errera, rapp., M. Martin Laprade, C. du G.: no se declara la ilegalidad de un importante proyecto urbanístico en París de 900.000 metros cuadrados de oficinas y 520.000 de alojamiento, porque su interés general no iba en contra de normas de medio ambiente.

100. Consejo de Estado francés, 10 de junio de 1998, M. Wehrle, 4/1 SSR 186923 B, Syndicat indépendant de l'enseignement supérieur, M. Balmay, rapp., M. Schwartz, c. du g.

ridad pública, pues la generalidad de un tal objeto no sería compatible con el principio de la especialidad de las personas jurídicas. Ellas serían así un Estado dentro del Estado. El Consejo de Estado, a justo título, juzgó inadmisibile el recurso de una asociación que tenía por objeto *combatir la injusticia bajo cualquiera de sus formas* porque -en razón a la generalidad de estos términos, la asociación demandante no justifica un interés dándole legitimidad para actuar y demandar la anulación de la circular del ministro del interior-¹⁰¹. Al contrario, en derecho colombiano toda persona encarna el interés público sin que ello permita afirmar que se trata de Estados dentro del Estado.

Simplemente, por la tradición romanística ya anotada, se conservó la posibilidad de que las personas tuvieran la posibilidad de buscar la salvaguarda de un interés general, como ocurre de vieja data, también, con la acción de simple nulidad¹⁰², igualmente inexistente en derecho francés.

Marcada esta diferencia sobre los conceptos de base, ha de averiguarse si los derechos colectivos, como se conciben en Colombia, son salvaguardados en el sistema francés por la vía de los recursos existentes y gracias al papel, entre otras, de las asociaciones.

En lo que respecta al recurso por exceso de poder, veremos las diferentes hipótesis que se presentan.

En primer lugar, un individuo puede solicitar la anulación de un acto administrativo que le perjudica, sin que pretenda indemnización pecuniaria. Esta hipótesis, supone la forma tradicional como opera la responsabilidad civil, esto es, la petición para sí, aunque, como el contencioso objetivo no busca el reconocimiento de derechos subjetivos, se considera que dicha afirmación no puede ser absoluta, en la medida en que el interés que se defiende en esta hipótesis es individual, así los argumentos jurídicos sean de pura legalidad. Tan cierto es que, cuando un acto administrativo de carácter individual lesiona una persona, lo que la víctima busca es precisamente que se le restablezca su derecho vulnerado. La prueba es la parte del contencioso laboral que se tramita por la cuerda del recurso por exceso de poder, en el cual “todo agente público puede contestar la legalidad de las decisiones de las cuales es destinatario (negación de un derecho, de un ascenso, de un nombramiento, de una medida disciplinaria, etc.) con la sola condición de que la decisión atacada le sea desfavorable y que su anulación le proporcione una ventaja”¹⁰³. Se da por sentado que la ventaja que procura a la *víctima* la anulación del acto administrativo debe ser reconocida por la administración, a punto tal que, para garantizar su cumplimiento, como se estudiará, puede el juez ordenar *injunctions* y multas. Tampoco se debe olvidar que la persona lesionada por el acto administrativo puede iniciar el recurso por exceso de poder y posteriormente continuar con el de plena

101. BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, París 1997, p. 12.

102. Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.

103. LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel, “Recours pour excès de pouvoir (conditions de recevabilité)”, *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 121, tomo II, Dalloz, París 1985.

jurisdicción¹⁰⁴, corroborando así que el recurso por exceso de poder representa, cuando la anulación del acto administrativo produce el restablecimiento de un derecho individual, una hipótesis de la forma tradicional de operar la responsabilidad civil, al salvaguardar patrimonios individuales y egocéntricamente considerados.

En segundo lugar, un individuo que demanda en tanto pertenece a una categoría social, puede solicitar la anulación de actos que atentan contra dicha categoría. La hipótesis es interesante porque plantea un acercamiento a la acción de grupo y a la popular, sin caer en su lógica¹⁰⁵, pero sí admitiendo que una persona puede demandar en defensa de los intereses de un grupo por el mero hecho de pertenecer conceptualmente a él, sin que sea requisito que el grupo sea una asociación o un sindicato constituidos. En este caso se puede predicar que el recurso por exceso de poder sirve para proteger los derechos colectivos, en la medida en que la persona puede buscar la anulación de actos que los atacan. Así, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el patrimonio público, se ha reconocido de vieja data la categoría de *contribuyente*¹⁰⁶ para justificar el interés para actuar, criterio que permitió, *verbigracia*, la admisión de una demanda que “busca la anulación de la decisión implícita por medio de la cual el alcalde de Guidel se abstuvo de ordenar a las sociedades contratistas reembolsar las sumas de dinero pagadas supuestamente de manera equivocada por la comuna”, en cuyo caso la decisión no fue anulada pero porque se estableció “que Mme Courtet no justificó que una parte de la suma que la comuna pagó a las sociedades por los trabajos de construcción de las escuelas haya sido girada por error”¹⁰⁷. Se precisa entonces que, de haberse establecido tal supuesto - que se giró por error-, la solución habría sido de anulación. La cercanía a la acción popular es evidente en la medida en que, de haber procedido la anulación del acto, el alcalde habría tenido que recobrar las sumas pagadas en exceso, con lo cual el patrimonio público hubiere sido restituido. Tomemos otro ejemplo, el del aficionado a acampar, narrado por el profesor Chapus, donde se lesionó el derecho al disfrute y goce del medio ambiente: “Teniendo conocimiento que el alcalde de la comuna, en la cual nunca había llevado sus morrales, prohibió la práctica de acampar, demandó la anulación del

104. AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec n° 439, París 1992; “un problema importante es el de la interrupción de la caducidad por la interposición de un recurso por exceso de poder. La situación se puede presentar de la siguiente manera: un particular soporta una decisión administrativa que le causa perjuicio (por ejemplo, un funcionario es despedido); ataca la decisión con un recurso por exceso de poder que gana. Esgrimiendo la sentencia anulatoria, puede obtener reparación del perjuicio sufrido? Sobre el fondo no hay problema, en la medida en que las condiciones de la reparación se reúnan. Pero en la mayoría de casos el término de caducidad habrá operado y la pregunta que se plantea es la de saber si el término de caducidad volvía o no a contar desde la decisión de anulación... Así, el recurso por exceso de poder tiene por efecto interrumpir la caducidad. Pero la jurisprudencia ha interpretado la ley, en ocasiones, de manera restrictiva...”

105. ROUSSET, Michel, *Droit Administratif*, II, Le contentieux administrative, Presses Universitaires de Grenoble, 1994, p. 118; “Se debe distinguir el interés personal que solo pertenece a una persona y el interés individual que puede pertenecer a una categoría conformada por una cantidad mas o menos numerosa de individuos... De manera empírica la jurisprudencia ha establecido esta noción; así, a inicios del siglo admitió que la calidad de usuario de un servicio público da interés para atacar una decisión de supresión del servicio: CE 21 de diciembre de 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli, GAJA 90...”

106. Consejo de Estado francés, 29 de marzo de 1901, Casanova, *Rec.* p. 33, *D* 1902.3.33, *S* 1901.3.73, note M. Hauriou, 25 de junio de 1920, Le Doussal et Métour, p. 639, *D* 1920.3.8.; 13 de febrero 1930, Dufour, p. 176, *DH* 1930, p. 255; 9 de febrero de 1955, Soc. La Belle Baule, p. 77, 2 esp.; 23 de noviembre de 1988, Dumont, p. 418, *JCP* 1988, IV, p. 412.

107. Consejo de Estado francés, 10 de febrero de 1992, Mme Courtet, 1/4 SSR 116582 B, M. de Bellescize, rapp., M. Le Chatelier, c. du g., *Rec.* p. 1210, *D* 1992, SC, p. 414, obs. P. Terneyre, *DA* 1992. n 6, p. 1, concl. G. Le Chatelier.

acto administrativo municipal. Por lo que era un aficionado a acampar, no es imposible (el espíritu de contradicción puede ayudar) que tuviera un día la idea de acampar en dicha comuna: su interés no es lesionado de manera muy evidente y su demanda es admitida¹⁰⁸. El ámbito de esta lógica es cada vez más amplio, pues a más de la categoría de *campeur* admitida en el ejemplo anterior, la jurisprudencia ha recibido demandas, por ejemplo, de usuarios de un servicio¹⁰⁹, de miembros de una profesión¹¹⁰, de padres de familia¹¹¹, de trabajadores extranjeros¹¹², de habitantes de un municipio¹¹³, de hoteleros¹¹⁴, etc. La misma caracterización que ha hecho la jurisprudencia francesa muestra cómo, por el concepto que la categoría expresa, se trata de peticiones no sólo colectivas, como los anteriores ejemplos, sino de grupo, como ocurre en el citado caso Damasio.

En tercer lugar, una asociación o un sindicato puede solicitar la defensa de los derechos colectivos que son objeto de protección en sus estatutos. Así, en un interesante caso en donde el concejo municipal de un municipio había solicitado la eliminación de lobos que los acechaban, una asociación demanda el acto por ser contrario a normas comunitarias sobre medio ambiente, a lo cual accede la Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, máxime al constatar que dichos lobos se encontraban en su territorio por una migración natural que habían hecho desde Italia¹¹⁵. De igual manera, cuando un proyecto urbanístico crea riesgo de inminentes daños ecológicos, se produce su anu-

108. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 9ª edición, París 2001, p. 437. Se trata del fallo del 14 de febrero de 1958, Abisset, *Rec.* p. 98, concl. M. Long, *AJDA* 1958, 2, p. 221, chron. FOURNIER, J., et BRAIBANT, G., fallo que admite la demanda pero rechaza el fondo.

109. Consejo de Estado francés, 21 de diciembre de 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli, *GAJA* 90; 19 de diciembre de 1979, Meyet, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 475, *D. 1980*, Inf. Rap. 124, nota DELVOLVÉ: actos administrativos relacionados con la organización y el funcionamiento del servicio; 24 de noviembre de 1933, Zenard, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 1100, 13 de diciembre de 1939, Seguinaud, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 588: comerciantes en concurrencia con un servicio público industrial y comercial.

110. Consejo de Estado francés, 4 de noviembre de 1971, Claude, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 654: demanda de un arquitecto contra el reglamento que fija las condiciones de acceso a la profesión; 4 de octubre de 1974, DAME David, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 465, *D. 1975*, 369, nota AUBY, *AJDA* 1974, 546, nota DRAGO: demanda de un cronista judicial contra un texto que limita la publicidad de los debates; 7 de julio de 1978, Essaka et Syndicat des avocats de France, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 297, *Rev. dr. publ.* 1979, p. 263, concl. Théry: la calidad de abogado permite atacar una circular que puede afectar los derechos de defensa.

111. Consejo de Estado francés, 7 de julio de 1922, GRILLE: *Rec. Cons. d'Et.*, p. 336: demanda de padres de familiar contra un acto municipal relativo al status de unas escuelas; 12 de diciembre de 1953, Rolin, Bellanger, etc., *Rec. Cons. d'Et.*, p. 546, *Dr. soc.* 1954, p. 241, concl. MOSSET: demanda de padres de familia contra un decreto que reglamenta unas vacunaciones.

112. Consejo de Estado francés, 13 de enero de 1975: *Rec. Cons. d'Et.*, p. 784, *AJDA* 1975, p. 258, nota ANDRÉ, Jean-Marc: la calidad de trabajador extranjero permite atacar las circulares relativas a la renovación de los permisos de residencia.

113. Consejo de Estado francés, 6 de febrero de 1931, Dame Doré, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 156: caso de cambio de clasificación de una vías; 29 de abril de 1932, Cayez, *S.* 1932, 3, 96: caso de una decisión que amplía un cementerio; 13 de febrero de 1914, Hazera, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 186: caso de una decisión de un concejo municipal definiendo los bienes municipales.

114. Consejo de Estado francés, 28 de mayo de 1971, Damasio, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 391, concl. Théry, *AJDA* 1971, 406: la calidad de hotelero permite atacar un acto administrativo que cambia las vacaciones escolares.

115. Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, 28 de diciembre de 1998, 97MA00712, C, Commune de Roquebillière, M. Gonzales, rapp., M. Bocquet, c. du g.: "Considerando que por la deliberación del 26 de abril de 1996 el concejo municipal del municipio de Roquebillière pidió al gobernador de los Alpes-Maritimes capturar los lobos de Mercantour y, en caso de que el gobernador no hiciera eco de esta petición, encargó al alcalde de aplicar el artículo L.2122-21-9 del código general de las colectividades territoriales y requerir a los habitantes de la comuna para que eliminaran los lobos; que el Tribunal administrativo de Niza anuló esta decisión porque aplicaba una disposición legislativa incompatible con la convención relacionada con la conservación de la vida salvaje y del medio natural en Europa, suscrito el 19 de septiembre en Berne".

lación¹¹⁶. También se logra suspender la autorización ministerial que permitía la caza de pájaros, durante meses no permitidos, en contra de normas comunitarias¹¹⁷. Esta forma de operar el derecho francés por intermedio del recurso por exceso de poder, amerita ser resaltada porque muchas de las pretensiones que se pueden hacer en Colombia por intermedio de una acción popular, también pueden ser estudiadas en Francia por dicho recurso. En efecto, las asociaciones pueden lograr la defensa de los derechos colectivos y utilizar la faceta preventiva de la acción popular que se concibe en Colombia. Queda por determinar qué ocurre si una vez lograda la anulación del acto administrativo, que de por sí ya es restitución del derecho colectivo lesionado, se producen daños colectivos. Por ejemplo: ¿qué ocurriría si durante la vigencia del acto administrativo que permitía eliminar lobos se alcanzó a matar unos cuantos ejemplares? ¿Se podría demandar, por ejemplo, que el juez ordene a la administración invertir en la reproducción de la especie salvaje para reparar su amenaza de desaparición? Sobre este punto se volverá.

En cuarto lugar, las asociaciones o sindicatos pueden solicitar la defensa de los intereses de grupo, más que colectivos -en la acepción colombiana-, cuando se relacionan con su objeto estatutario. Es el caso de la demanda de una asociación cuando hay decisiones individuales positivas que pueden afectar el interés colectivo de los asociados¹¹⁸, o, aún el caso en el cual la Orden de abogados de Marseille demanda un decreto reglamentando la formación de futuros abogados y el certificado de aptitud profesional¹¹⁹. En estos eventos se presenta una acción que pretende el respeto de derechos que pertenecen a un grupo determinado y constituye una acción usual de las asociaciones en la medida en que realizan peticiones a favor de los intereses para los cuales se constituyeron.

En lo que respecta al recurso de pleno contencioso, se presenta el mismo esquema del recurso por exceso de poder en lo relativo al interés para actuar, con la diferencia de que el juez puede ordenar la indemnización pecuniaria de daños *-dommages-intérêts-*. Veamos qué hipótesis se presentan, dando por descontado que los clásicos casos de responsabilidad contractual y extracontractual son petición para sí y no ameritan ser

116. Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, 1ª Sección, 1 de julio de 1999, Société de réalisation foncières et industrielles de la Méditerranée, 96MA02405 C, M. Bidard de La Noe, rapp., M. Benoît, c. du g.: "...resulta de las disposiciones anteriores que las canteras no pueden ser autorizadas si afectan específicamente las características esenciales del entorno natural; considerando que brota de la instrucción que el sitio escogido para la explotación de la cantera a cielo abierto está en una colina arborizada, muy verde, clasificada como espacio protegido; que el ecosistema de esta zona presenta, desde el punto de vista de la fauna y la flora, un interés particular al cual la explotación causaría un daño irreversible; que el estudio de impacto ambiental confirma la presencia de múltiples especies importantes de pájaros; que no está establecido que las medidas previstas para limitar los riesgos ligados a la explotación de la cantera sean suficientes para reducir los inconvenientes a un nivel aceptable; que en consecuencia, teniendo en cuenta las características esenciales de esta zona, el gobernador de Var incurrió en un error manifiesto de apreciación al autorizar, por su decisión del 18 de abril de 1991, la explotación de la mencionada cantera".

117. Consejo de Estado francés, 9 de junio de 2000, Association France Nature Environnement, 6 SS 211294 C, M. Chaubon, rapp., M. Lamy, C. du G. En igual sentido: 21 de mayo de 2000, Association France Nature Environnement, 6 / 4 SSR 210347 C, M. Lerche, rapp., M. Lamy, C. du G.

118. Consejo de Estado francés, 10 de julio de 1996, Mme Cachalou-Trochme-Département des Deux-Sevres, 5/3 SSR 143265 B, M. Philippe Boucher, rapp., M. Gaeremyneck, c. du g.: "Considerando, finalmente, que el hecho de que el sindicato tenga por objeto, no solo la defensa de los agentes de la función pública territorial sino también aquella de los agentes de la función pública del Estado, no lleva a privarla del interés para demandar ante el juez del exceso de poder una decisión relativa a la situación individual de un agente de la función pública territorial".

119. Consejo de Estado francés, 30 de septiembre de 1983, Ordre des avocats au barreau de Marseille, *Rec.* p. 391.

reseñados en este escrito, a diferencia de lo que se hizo con el recurso por exceso de poder. Es decir, los casos vistos en este último recurso, en los cuales el demandante solicita el reconocimiento expreso de un derecho subjetivo o actúa como persona-categoría, no se ilustrarán. El primero porque es la típica petición para sí. El segundo, porque no se admite en el recurso de pleno contencioso que una persona pida indemnización a favor de un grupo, sino tan sólo que un grupo -como sumatoria de intereses individuales- acuda ante el juez para hacer anular un acto administrativo y disponga en bloque el restablecimiento del derecho y/o la indemnización pecuniaria del daño que concierne al interés representado, más no a sus componentes individuales.

Con la anterior precisión, estudiemos los otros casos del recurso.

En primer término, se observa que las asociaciones pueden solicitar la indemnización de daños sufridos directamente a raíz de la lesión a los derechos *colectivos* que representan. Así, una asociación puede solicitar anulación de un acto administrativo y al mismo tiempo daños morales en tanto representante del grupo, por el hecho, por ejemplo, de que se hayan contratado trabajadores temporales ante una huelga a la postre declarada ilegal¹²⁰. A pesar de que no se han encontrado en la jurisdicción contencioso administrativa casos en los cuales las asociaciones integradas para la defensa de derechos colectivos realizan *motu proprio* gastos para la conservación y reparación de los mismos, no es para desechar la hipótesis, máxime si se encuentra en otras jurisdicciones, en las cuales se puede solicitar reparación por los gastos de siembra de pescados¹²¹ o de limpieza de playas¹²². Tales indemnizaciones proceden siempre y cuando los gastos sean de aquéllos que normalmente no tiene que sufragar la asociación para desarrollar su objeto¹²³. Se apoya esta jurisprudencia en la lógica del *colaborador ocasional del servicio público*. También, una asociación puede demandar indemnización por el pago de

120. Consejo de Estado francés, Ass., 18 de enero de 1980, Synd. CFDT des P et T du Haut-Rhin, *Rec.* p. 30, *AJ 1980*, p. 88, chron. Y. Robineau et M - A Feffer, *D. 1980*, IR, p. 302, *JCP 1980*, n 19450. En el mismo sentido: Tribunal Administrativo de Caen, 17 de octubre de 1972, *Syndicat de la Défense contre la pollution atmosphérique autour de la zone portuaire de Caen contre le Ministre de l'Industrie* (*JCP 1973* n 17351, note P.A.-R.M.). Dice el fallo: "Que, el sindicato demandante, que no tiene por objeto la sola defensa de los intereses particulares de sus adherentes, puede demandar al Estado la reparación del perjuicio que le ha podido causar la falla del servicio; que invoca un doble perjuicio: moral y material"; Considerando que para demandar el pago de una indemnización de 50.000 francos el sindicato prueba los gastos sufragados en un procedimiento ante el Tribunal de Gran Instancia de Caen; que, sobre este último punto, el perjuicio invocado no es ni directo, ni actual ni cierto; ...que, en estas condiciones y teniendo en cuenta las circunstancias del proceso, se hará una evaluación suficiente de la reparación debida al sindicato otorgándole un franco de indemnización. Ver en sentido contrario: sect., 30 de marzo de 1981, *Min. Transports, Min. Agriculture c/ Association pour la défense des sinistrés de la région morlaisienne*, *Rec.*, p. 175: "...que una asociación ha sido creada para la defensa de las víctimas de la región; que si la asociación pretende la reparación del perjuicio moral que le habría sido causado, no aparece acreditado que la mencionada asociación justifique haber sufrido un perjuicio moral producido por las fallas del servicio imputables al Estado".

121. Pau 25 de febrero de 1970, *JCP* n 70, éd. G, II, 16532 nota Despax.

122. Rennes 3 de noviembre de 1965: *RTD com.*, 1967, 919, nota Pontavice.

123. Consejo de Estado francés, 26 de octubre de 1984, Fédération des associations de pêche et de pisciculture de la Somme, 10SS 49134 C: "Considerando que no está probado que la federación demandante haya procedido a cultivos excepcionales destinados a remediar la destrucción de pescados debidos a la polución y que representarían gastos superiores a aquellos realizados en el año anterior". V., en el mismo sentido: Corte Administrativa de apelaciones de Lyon, 25 de abril de 2002, Fédération départementale des associations agréées de pêche et de protection du milieu aquatique du Cantal, n° 96LY02602, *Droit de l'Environnement*, n° 98, 2002, p. 111: "Considerando que si bien está establecido que en el año siguiente al siniestro se realizaron varias siembras de pescado en el río en cuestión, no se estableció ni se alegó que tales operaciones hubieran representado gastos superiores a aquellos normalmente realizados y que hubieran presentado un carácter excepcional destinado a remediar la destrucción de los pescados".

los honorarios cancelados a un experto, en aras de proteger a un grupo de vecinos del excesivo ruido causado por un establecimiento¹²⁴ o aun los gastos para probar una contaminación en un proceso verbal para tal efecto¹²⁵.

A pesar de que una tal posición supone “que el tribunal administrativo da a la noción de interés para actuar una interpretación extensiva” que puede generar “la multiplicación de las demandas intentadas por las asociaciones que justifican intereses más o menos específicos”¹²⁶, no se observa porqué ello podría ser criticado, si precisamente estamos en la hipótesis de una persona moral que como tal tiene el derecho a obtener indemnizaciones. El hecho de que la indemnización sea para la persona moral y no para sus miembros individualmente considerados, no cambia la situación porque todo dependerá de la amplitud con la que la jurisprudencia trate los derechos de las asociaciones. En efecto, como se afirma en otro comentario sobre el fallo en estudio, “por lo que hay interés colectivo del sindicato, diferente de aquél de sus miembros, la lesión de dicho interés constituye un daño susceptible de reparación”¹²⁷. Lo importante entonces en estas hipótesis es que la persona demandante pida para ella, así su interés último sea el de la protección de derechos colectivos. En esta hipótesis el derecho colectivo lesionado -en la acepción del derecho colombiano mencionada previamente- no es reparado. Tan sólo lo es el interés de la asociación, a pesar de que represente un grupo y a pesar de que en sus estatutos se encuentre la defensa de derechos colectivos. En sentido estricto, la misma situación se presenta cuando una persona natural demanda en nombre de una herencia o de una copropiedad o aún a nombre de una sociedad comercial: el destinatario de la indemnización es la comunidad o la persona moral que encarna la sociedad comercial. En estos casos que se describen, la indemnización se justifica por un motivo más *noble* que sobrepasa el interés estrictamente individual, porque prima el interés de la asociación o del grupo. Esta hipótesis es de todas formas interesante en la medida en que la indemnización del daño moral o de los gastos invertidos en la defensa del derecho colectivo se otorga directamente a quienes lo sufrieron, constituyendo así una petición para sí que hace girar la acción hacia el pleno contencioso, a pesar de que en el fondo se trate de las consecuencias de la defensa del derecho colectivo.

En segundo término, podemos anotar que no se encuentran casos en los cuales las asociaciones solicitan reparación de los daños colectivos, a favor de la comunidad. Desde la perspectiva general del esquema francés puede concluirse que la reparación de los daños colectivos, en su acepción colombiana, no existe, marcando así una diferencia profunda con el esquema colombiano. En efecto, en lo referente al pleno contencioso, la situación se desdobra en tanto se presentan dos hipótesis: la primera, en la cual las asociaciones piden para sí la reparación de daños que afectan sus intereses, como los citados casos de indemnización de daños morales o de gastos realizados en la defensa de un derecho colectivo; la segunda, en la cual una asociación demanda a favor de la reparación directa del daño colectivo. Esta última es la hipótesis que se echa de menos en el

124. Consejo de Estado francés, sect., 18 de mayo de 1979, *Association Urbanisme judaïque de Saint-Seurin*, Rec., p 218: “Considerando que la asociación... demandó... una indemnización de 600 francos como reparación del perjuicio proveniente del pago de los honorarios del técnico para medir la intensidad del ruido proveniente del funcionamiento del establecimiento...” (rechazo de las pretensiones porque no hubo falla del servicio).

125. Corte Administrativa de apelaciones de Lyon, *Fédération du Pays-de-Dôme pour la pêche et la protection du milieu aquatique*, n° 96LY01886, *Droit de l'environnement*, n° 98, 2002, p. 112.

126. Note P.A.-R.M., *JCP* n 1973.17351.

127. *Rev. trim. droit sanitaire et social*, enero-marzo, 1973, notas de jurisprudencia por DUBOUIS, Louis p. 313.

derecho francés, lo cual no impide afirmar que los ejemplos pueden darse en un futuro próximo, puesto que la lógica del esquema procesal francés no lo prohíbe. En efecto, podría presentarse la hipótesis en la cual las demandas en comento se hagan por la vía del recurso por exceso de poder, en el cual el interés para actuar legitime a una persona o a una asociación para demandar, en nombre del derecho colectivo lesionado su restablecimiento, o, el cumplimiento de obligaciones que también hagan cesar una tal lesión.

Se ilustra la situación con un ejemplo: una asociación demanda por los daños que produjo una polución de agua que le mermó su clientela y que generó pérdida de riqueza biológica. En cuanto al primer rubro del daño, su demanda fue aceptada. Sin embargo, respecto del segundo rubro, los “daños consistentes en la *pérdida de riqueza biológica* del agua”, se estimó que “no pueden por ellos mismos abrir derecho a reparación”¹²⁸. De igual manera, en los casos ya referidos al estudiar la defensa de los derechos colectivos, desde la perspectiva de la legalidad. En el caso de la asociación que logra anular por exceso de poder el acto administrativo del Consejo Municipal que ordenaba matar a los lobos, ¿podría impetrar una acción de plena jurisdicción por la muerte de los ejemplares acaecida antes de la anulación del acto? ¿Podría ocurrir lo mismo con la asociación que logra que se respeten las normas comunitarias que fijan las fechas para la caza de ciertas especies y que en el entretanto fue disminuía? Todo pareciera indicar que bajo la interpretación del esquema actual la respuesta sería tan negativa como la otorgada en el estudiado caso Saint Quentin. Pareciera que, puesto que “el perjuicio ecológico *stricto sensu* presenta un carácter esencialmente colectivo”, el esquema tradicional contencioso administrativo francés no está preparado para recibirlo, con lo cual se demuestra que tal tipo de daños, como lo afirma el mismo autor, “no puede ser asimilado por una aproximación jurídica tradicional”¹²⁹. Es por ello que, ni siquiera en el caso en el cual una asociación demanda por un perjuicio ecológico que ataca el objeto de sus estatutos, procede indemnización de dicho daño.

Para completar esta presentación general del contencioso francés, debemos hacer mención a un campo específico del mismo: el contencioso de las contravenciones de las grandes vías (*contravention de grande voirie* o CGV), que “no tiene por objeto imponer penas a delincuentes sino asegurar la protección del dominio público, sin referencia a las nociones clásicas de la responsabilidad penal y garantizando la reparación de los daños causados al dominio público”¹³⁰. Como lo precisa el mismo autor, los campos de

128. Consejo de Estado francés, 12 de julio de 1969, Ville de Saint-Quentin y otros, *Rec.*, p. 383: una asociación de pescadores no puede obtener reparación a raíz de la *pérdida biológica* de un río. Dice el fallo: Respecto de las demandas número... de las Federaciones Departamentales de las Asociaciones de Pesca y Piscicultura de Aine y de Somme. - Considerando que a raíz del lanzamiento del agua de las alcantarillas de Saint-Quentin (...) los únicos daños que eventualmente podrían ser reparados a las federaciones serían los relativos a los gastos de población de peces en el río, con exclusión de los daños por *pérdida de riqueza biológica* en dichas aguas, que no podrían abrir derecho a reparación (...) Considerando, al contrario, que la Sociedad de pescadores *les Pêcheurs Hamois* justifica haber perdido, en razón de la contaminación de las aguas, un número importante de socios entre 1964 y 1965 (indemnización de 5.000 francos). *V.*, en similar sentido: 1 de febrero de 1967, commune de Gaillagos, Estaing, Arcizans, Dessus et Bun, *Rec.*, Table, p. 933: un municipio no sufre un perjuicio por los daños a las fuentes de aguas de un lago. Dice el resumen publicado del fallo: “Daños causados a las fuentes de agua de un lago por el arreglo de una caída de agua de la electricidad. Lago abierto: los municipios colindantes no tienen derecho de propiedad sobre los peces que allí se encuentran. Ausencia de reparación por pérdida de capital”.

129. REMOND-GOULLAUD, Martine, “Réparation du préjudice écologique”, *JC Environnement Editions Techniques-Juris-Classeurs*, n° 100, fascículo 1060, 1992.

130. PERIER, Jean-Claude, “Voirie (Contraventions de grande voirie)”, *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 3, tome II., Dalloz, París 1985.

aplicación de este régimen son comparables, en el marco del presente escrito, a la protección de ciertos derechos colectivos que por otras vías procesales son protegidos en derecho colombiano: “1. Las degradaciones de una instalación del dominio público ... 2. La ocupación sin derecho de una parcela del dominio público ... 3. La extracción de arena del dominio público ...; cortar la hierba de un terreno público ... 4. El vertimiento de aguas lluvias o usadas en las líneas del tren ... de vinos sucios en una corriente de agua ... de residuos industriales en un río ... de productos petroleros en un puerto ... de hidrocarburos en el dominio público fluvial de aguas usadas en las rocas que bordean el mar”¹³¹, etc. Es pues evidente que tal régimen está concebido para proteger bienes públicos: espacio público, medio ambiente, patrimonio cultural¹³², etc.

Si bien es cierto que la competencia para iniciar las acciones que buscan la protección del dominio público está claramente determinada por la ley¹³³ y también que “ninguna norma permite a una asociación instaurar directamente una demanda ante un tribunal por contravención de grandes vías”¹³⁴, se debe anotar que, “la obligación de iniciar las acciones prohíbe a la administración rehusar, sin motivo legítimo, el inicio de las demandas por contravenciones de grandes vías. En efecto, cuando un gobernador se abstiene de investigar a un contraventor, específicamente un ocupante sin título del espacio público, puede un tercero solicitar que se inicie la respectiva investigación. En principio, el gobernador no puede dejar de actuar. Sin embargo, sí puede eventualmente hacerlo pero a condición de que dicho rechazo no se motive por *razones de simple conveniencia administrativa*”¹³⁵.

131. *Ibidem*, n° 42-45.

132. Consultar sobre el tema: PIERRE-LAURENT FRIER, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, París 1997. Afirma en la página 131: “La ley permite a la administración iniciar una acción civil demandando, específicamente, indemnización pecuniaria de daños. Esta disposición tiene por origen la ley del 31 de marzo de 1887. En tal época, en efecto, la limitación del dominio para volver público un bien solo era permitida con el acuerdo del propietario. Se presentaba así una especie de contrato cuya violación era sancionada. Estas disposiciones perduraron en la ley de 1913. Ellas permiten también al Estado, en los eventos en que el investigado no es condenado penalmente por razones propias al derecho penal, obtener al menos reparación por la afrenta al monumento. En la práctica esta norma no ha sido utilizada”.

133. Concepto del Comisario de gobierno M. Dumarais del 8 de octubre de 1993 en el negocio n° 147604 147605: “Así, ustedes ya han juzgado que la autoridad designada expresamente por el legislador para impetrar ante la jurisdicción demandas por contravenciones de grandes vías donde se le otorga la consecuente competencia es, a exclusión de cualquiera otra, el gobernador. Tal es el sentido de vuestra decisión del 14 de diciembre de 1981, *Ministre des transports c/ Société Varig*, t. déc. 2891”.

134. Corte Administrativa de apelaciones de París, 2ª Sección, 25 de abril de 1996, *Association Te Kua o Te Henua Enana*, 94PA01494 C, Mme Albanel, rapp., Mme Brin, c. du g. V. en el mismo sentido: Corte administrativa de apelaciones de Nantes, Plenaria, 20 de diciembre de 1995, *Port Autonome de Nantes Saint-Lazare*, 94NT00709 A, Mme Lackmann, rapp., M. Cadenat, c. du g.: “Considerando, de una parte, que la acción en reparación por afrentas al dominio público marítimo solo puede, por aplicación de las disposiciones del artículo L 13 precitado, ser interpuesto ante el tribunal por el gobernador (...)”.

135. KOUEVI Amavi, “L’obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie”, *AJDA*, 2000, n° 5, p. 395. V., a nivel de ejemplo el siguiente fallo: Corte Administrativa de apelaciones de Nantes, 2ª Sección, 4 de febrero de 1998, *M. Robert Veau c/ Ministre de l’équipement, du logement, des transports et du tourisme*, 97NT00437 B, Mme Tholliez, rapp., Mme Devillers, c. du g.: “Considerando que las autoridades encargadas de la función de policía y conservación del dominio público marítimo deben, por aplicación de los principios que rigen la domanialidad pública, vigilar la utilización normal de las playas y ejercer los poderes que provienen de la legislación en vigor, comprendido aquel de interponer demandas ante el juez de CGV para hacer cesar las ocupaciones sin título e impedir los obstáculos creados ilegítimamente y que se oponen al ejercicio público del derecho de uso sobre el dominio público marítimo; que, si bien dicha obligación encuentra sus límites en otros intereses generales a cargo de las mencionadas autoridades, específicamente, los provenientes de las necesidades del orden público, no podrían legalmente excusarse por razones de simple conveniencia administrativa; que, en el caso concreto, para

Como se puede observar, el hecho de que un tercero pueda iniciar una acción buscando la reparación en una Contravención de Gran Vía -CGV- nos acerca a la acción popular porque, por un mecanismo de participación un ciudadano contribuye a la protección de bienes que pertenecen al dominio público, sabiendo por demás que en esta hipótesis la autoridad está vinculada por una competencia expresa. Igual ocurre en España, en donde “los daños ambientales pueden presentarse en relaciones jurídicas, de carácter triangular, en las que la actuación de la administración contra los daños ambientales se motiva por una solicitud de un sujeto interesado (tercero), quien pretende que la administración actúe contra el causante de un daño ambiental que le perturba”¹³⁶. Sólo se debe agregar que el ejemplo español citado, es aun más cercano a la acción popular, y que sin duda se trata de una concepción más amplia que el caso francés en estudio, porque abarca muchos otros campos del actuar estatal. Para el caso francés de la protección de las Grandes Vías, “el rechazo de una autoridad administrativa en iniciar las investigaciones pertinentes es una decisión administrativa susceptible de ser demandada ante el juez del recurso por exceso de poder”¹³⁷. Tal posibilidad puede conllevar a que la administración sea condenada por “carencia sistemática”¹³⁸ o por simple falla del servicio¹³⁹ en relación con la omisión en cumplir con sus tareas de protección del dominio público.

Quedando en claro que los terceros pueden indirectamente actuar para buscar la protección de bienes públicos, cabe agregar que “por su decisión, el tribunal requiere al contraventor a restituir o volver al estado anterior los bienes públicos ocupados o de pagar una suma de dinero que refleje los costos de las reparaciones de los daños causados a tales bienes”, a punto tal que “la reparación debe ser ordenada aún en la hipótesis en que no haya sido solicitada al tribunal”¹⁴⁰. Es pues claro que nos encontramos en presencia de un mecanismo de reparación de los derechos colectivos que, si bien no alcanza a ser la acción popular, llega al mismo resultado.

En efecto, podemos ilustrar dos hipótesis en el marco del presente escrito. De una parte, aquélla en virtud de la cual se obliga a cesar la afrenta contra el dominio público por la orden que se le da al contraventor de restaurarlo, con lo cual nos aproximamos a la acción popular preventiva colombiana y a la reparación *in natura*¹⁴¹, propias a la

justificar las tolerancias dadas a M. Veau las autoridades administrativas no argumentan ningún motivo proveniente del interés general o del orden público; que, en consecuencia, el gobernador de Morbihan no podía abstenerse de usar sus poderes en vigor, incluso aquel de demandar ante el juez de CGV para hacer cesar la ocupación sin título y remover los obstáculos creados de manera ilícita por M. Veau”.

136. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La reparación de daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 1998, p. 234.

137. Corte Administrativa de apelaciones de de Marseille, 23 de julio de 1998, M. Paravisini, 97MAO1853 C.

138. KOUÉVI Amavi, “L’obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie”, *AJDA* 2000, n° 5, p. 401.

139. Corte administrativa de apelaciones de Marseille, 23 de julio de 1998, M. Paravisini, 97MAO1853 C: “Considerando que al abstenerse ilegalmente de tomar las medidas necesarias para hacer cesar la ocupación irregular de la vía pública, el alcalde de Velone Orneto incurrió en culpa de naturaleza a comprometer la responsabilidad del municipio”.

140. PERIER, Jean-Claude, “Voirie (Contraventions de grande voirie)”, *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 121, tomo II, Dalloz, París 1985.

141. V., en este sentido, REMOND-GOULLAUD, Martine: Reparación *in natura*. Es privilegiada en este campo: sólo la *restitutio in integrum*, es decir, volver al estado idéntico anterior, parece borrar verdaderamente el perjuicio ecológico. A la postre, la condena destinada a evitar la no repetición del daño se traduce en una obligación de hacer (ejemplo para trabajos de insonorización, Lyon 23 déc. 1980: *CPEN* bruit, n° 118). Muchas leyes la previenen específicamente: así, según la ley-basuras de 1975, ‘el tribunal puede ordenar bajo multa volver el lugar dañado a su

reparación de los daños colectivos. Así, por ejemplo, el propietario de una embarcación irregulamente ubicada en el espacio público marítimo es obligado a desocupar inmediatamente el lugar¹⁴²; quien tiene colocada una cadena que impide el paso por un camino rural debe retirarla¹⁴³; quien ha construido un muro sobre un espacio público debe proceder a su demolición¹⁴⁴, etc. De otra parte, aún más interesante, se encuentran los ejemplos en los cuales los tribunales condenan a la reparación pecuniaria de los bienes públicos dañados. En estos casos no solo se exige que cese la afrenta al derecho colectivo, como ocurre cuando una sociedad daña el sistema aéreo de telecomunicaciones del Estado¹⁴⁵, se ordena “pagar a France Telecom la suma de 17 191 F para reparar los daños causados a una cabina telefónica”¹⁴⁶, o se inician investigaciones por la extracción de materiales del lecho de un río sin que se hayan construido las protecciones necesarias¹⁴⁷. En tales hipótesis es normal que el juez dé un término al contraventor para que repare las molestias ocasionadas y, en caso de desacato, para que los trabajos se hagan de oficio y por su cuenta¹⁴⁸. El campo de aplicación de este contencioso podría ser el de los daños ecológicos y así se llegaría a proteger el medio ambiente, al menos tratándose de los ríos y del mar: es el caso de “la extracción de arena del lecho del río Loire que afecta la estabilidad de sus bordes facilitando la subida de la marea y erosionando su lecho”¹⁴⁹, o aún aquél de los “daños...causados al dominio público fluvial de Vorey”¹⁵⁰. Es necesario, evidentemente, que se establezca un nexo de causalidad entre el hecho dañino y la actuación de la persona investigada¹⁵¹.

situación anterior’ (art. 24 9e L.); la demolición de construcciones y el restablecimiento de los terrenos a su estado anterior están previstos por el Código del urbanismo (art. L. 160-1, L. 480-4-2, L. 430.9); el Código forestal ordena la resiembra de árboles en caso de tala ilegal (art. L. 313-1, al. 3); y la legislación sobre industrias dispone que el industrial cuya empresa causa daños puede ser condenada, bajo multa, a efectuar los trabajos necesarios para cesarlos”, in “Réparation du préjudice écologique”, *JC Environnement Editions Techniques-Juris-Classeurs*, n° 37, fascículo 1060, 1992..

142. Consejo de Estado francés, 10 de septiembre de 1999, Voies navigables de France, 8/9 SSR 179628 B, Mme Belliard, rapp., M. Arrighi de Casanova, c. du g.; Corte administrativa de apelaciones de París, 26 de diciembre de 1995, M. Krylischin, 95PA01518 B, M. Spitz, rapp., M. Paitre, c. du g.

143. Consejo de Estado francés, 29 de diciembre de 1999, *Commune de Breteau, c/ Mme Gérardin*, 5/3 SSR 145760 C, M. Sansón, rapp., M. Chavaux, c. du g.

144. Corte administrativa de apelaciones de París, 1ª Sección, 23 de julio de 1991, Mme Foucq, 89PA01591 B, Mme Jeangirard-Dufal, rapp., Mme Mesnard, c. du g.

145. Corte administrativa de apelaciones de París, 2ª Sección, 22 de julio de 1993, Société Immobilière Meaux Jaurés, 92PA00075 B, Mme Matilla-Maillou, rapp., Mme Moureix, c. du g.

146. Corte administrativa de apelaciones de Nantes, 2ª Sección, 23 de abril de 1997, Entreprise Stalter, 95NT00917 C, M. Margueron, rapp., Mme Devillers, c. du g.

147. Consejo de Estado francés, 3 de febrero de 1978, *Mariani ès qualités et société de terrassement et de mécanique dite Durance Agrégats*, *Rec.* p. 48, *AJDA* 1978, p. 225.

148. Corte administrativa de apelaciones de Nantes, 2ª Sección, 8 de diciembre de 1999, M. et Mme Luois Depalle, 97NT01274 B, M. Margueron, rapp., M. Lalauze, c. du g.: “Considerando, de todo lo que precede, que hay lugar a condenar a M. Depalle a restablecer los terrenos, si no lo ha hecho, al estado anterior a la construcción de la casa, situada en el sitio llamado *Kérion* en Arradon, sobre el dominio público marítimo, en el término de tres meses contados a partir de la notificación de la presente decisión, pudiendo la administración, vencido dicho término, proceder a su ejecución a sus expensas y por su cuenta y riesgo”.

149. Consejo de Estado francés, 7 de enero de 1983, Société des sablières d’Ancenis, 6 / 2 SSR 30441, 35700 B, M. Cazin d’Hoincthun, rapp., M. Robineau, c. du g.

150. Consejo de Estado francés, Sección, 26 de junio de 1984, M. Maire, 6 / 2 SSR 32568 C, M. Van Ruymbeke, rapp., M. Dandelot, c. du g.

151. Corte administrativa de apelaciones de Lyon, 1ª Sección, 9 de mayo de 1989, *Secrétaire d’Etat à la mer c/ Société Borg Shipping Ltd*, 89LY00244 A, M. Jannin, rapp., M. Jouguelet, c. du g.

Si tal es la presentación general del sistema procesal francés, que permite ilustrar la protección de los derechos colectivos y de grupo en dicho país, corresponde ahora estudiar cuáles son los poderes del juez para hacer cumplir los derechos reclamados por las vías procesales reseñadas, pues dependiendo de ellos podremos analizar si la cobertura de los derechos es similar en ambos países, puesto que la posibilidad de *injunctions* amplía la posibilidad de cubrimiento de las acciones.

El principio general es que, “en principio, toda persona condenada tiene la obligación de ejecutar la decisión de la justicia”¹⁵². Dicho principio es sustancial a un Estado de derecho que no podría permitir que las decisiones de los jueces quedaran sin respaldo de la fuerza pública. Pero en derecho francés, debido a que también existe el principio de la separación de poderes, se ha considerado tradicionalmente que, “el administrado no puede obligar al poder público, naturalmente, a que use la fuerza pública contra sí mismo” porque “en razón de una regla constante, las vías de ejecución de derecho común no se pueden aplicar a las personas públicas”¹⁵³. Sin embargo, esta posición ha tenido un reciente y sustancial cambio, dando una dimensión nueva a los poderes del juez que, hoy en día, dispone de *injunctions* y de *astreintes*.

En efecto, la ley del 8 de febrero de 1995 autorizó expresamente al juez declarar *injunctions*¹⁵⁴, lo cual ha permitido escribir que, “su consagración supone un cambio que se puede calificar de espectacular. No hay duda de que, con la ley del 8 de febrero de 1995, se pasó una página de la historia del contencioso administrativo”¹⁵⁵. Respecto de las *injunctions* se ha considerado que, a pesar del notable avance realizado por dicha ley en derecho francés, “por gravemente herido que se encuentre el principio de la prohibición de establecer ordenes a la administración, no se podría sin embargo estimar que tal principio ha sido desechado”¹⁵⁶. En efecto, múltiples ejemplos jurisprudenciales recuerdan que la *injunction* está limitada legalmente¹⁵⁷. Sin embargo, varias críticas doctrinales se encuentran respecto de la rigidez del sistema francés en el punto¹⁵⁸, las cuales conllevan también a buscar que el principio conocido como la *intangibilidad de la obra*

152. DUGRIP, Olivier, “Exécution des décisions de la juridiction administrative”, *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 13, tomo II, Dalloz, París 1985.

153. DUGRIP, Olivier, “Exécution des décisions de la juridiction administrative”, *Répertoire de Contentieux Administratif*, n° 3, tomo II, Dalloz, París 1985.

154. Dice el artículo 77 de la ley 8 de febrero de 1995: “Cuando toma la decisión de fondo en un litigio que implica necesariamente una medida de ejecución en un sentido determinado, el Consejo de Estado, a solicitud de parte, ordena dicha medida y puede acompañarla de una multa a partir de la fecha que determine”.

155. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 872.

156. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 9ª edición, Montchrestien, París 2001, p. 867.

157. Consejo de Estado francés, 31 de marzo de 1995, M. Hatterer-Four, 3 SS 116161 C, M. Gervasoni, rapp., M. Savoie, c. du g.: “Considerando que por fuera del caso previsto en el artículo 77 de la mencionada ley del 8 de febrero de 1995, cuyas disposiciones no son aplicables al caso concreto, no corresponde al Consejo de Estado ordenar requerimientos a la administración; que, en consecuencia, la solicitud de M. Hatterer-Four pidiendo que el Consejo de Estado obligue a la administración a tomar en cuenta, para el cálculo de su pensión, los servicios prestados posteriormente al límite de edad y que fueron descontados de su pensión, no pueden, en ninguna circunstancia, ser declarada”. V. en el mismo sentido: 5 de mayo de 1995, *Commune d'Arques c/Mme Dupuis-Matton*, 10/7 SSR 111720 B, M. Simon-Michel, rapp., M. Scanvic, c. du g.

158. ROUSSET, Michel, *Droit Administratif*, II, Le contentieux administrative, Presses Universitaires de Grenoble, 1994, p. 57: “En definitiva, podemos preguntarnos si a nuestro sistema administrativo no le hacen falta los medios de los cuales dispone el juez británico: la posibilidad de ordenar *injunctions* a la administración. Un autor escribía a inicios de siglo que esta situación era *injustifiable* (G. JÈZE); existe allí en efecto una especie de tabú que hoy en día debería ser abandonado; no se puede en efecto admitir que el Estado está sometido al derecho si tiene la posibilidad de no cumplir una decisión judicial”.

pública sea fuertemente cuestionado, en la medida en que impide que el juez pueda dar la orden a la administración de destruir un inmueble bajo la consideración de que, “es mejor un inmueble mal construido que un inmueble destruido”. Por ello, “el abandono de este principio es sugerido igualmente, para el campo del medio ambiente, por la Comisión de *Acciones Públicas y Ecología*”¹⁵⁹.

De cualquier forma, gracias a la nueva ley, los poderes del juez se han incrementado notablemente. Así, en virtud de un tal poder de *injunctio*, se ordena a un ministro retirar un acto administrativo¹⁶⁰ o se le obliga a dictar uno¹⁶¹, se ordena dar un título provisional de residencia¹⁶², validar un título de aptitud profesional de un peluquero¹⁶³, iniciar una acción ante la jurisdicción ordinaria para recuperar un espacio público ilegalmente ocupado¹⁶⁴, restablecer un funcionario en sus funciones¹⁶⁵, entregar al demandan-

159. “Contentieux-Problématique et perspectives”, *JC Environnement Editions Techniques-Jurisclasseur*, n° 42, fascículo 1005, 1992..

160. Consejo de Estado francés, 20 de marzo de 2000, Groupe d’information et de soutien des immigrés, 2 / 1 SSR 205266 A Mlle Verot, rapp., M. Martin Laprade, C. du G.: “se requiere al ministro del empleo y de la solidaridad y al ministro de presupuesto la abrogación del acto del 17 de marzo de 1997, que fijó el monto de la cotización a pagar a la oficina de migraciones internacionales con ocasión del examen médico realizado por los extranjeros que solicitan un permiso de estadía, lo cual deberá hacerse en un término de quince días contados a partir de la presente decisión”; ver en el mismo sentido: 7 de junio de 2000, M. Zurmely, 4 / 6 SSR 206362 B, M. Olson, rapp., M. Schwartz, C. du G.: “que la anulación parcial de la decisión del Primer Ministro negando retirar ciertas disposiciones de los decretos n° 90-1011 del 14 de noviembre de 1990 y n° 92-657 del 13 de julio de 1992, implica necesariamente la promulgación de medidas que terminen la aplicación de las disposiciones reglamentarias cuya ilegalidad ha sido constatada; que hay lugar para que el Consejo de Estado ordene esta promulgación en el término de seis meses”.

161. Consejo de Estado francés, 16 de junio de 2000, Syndicat national CGT du Ministère des Affaires Etrangères, 10 / 9 SSR 204962 B, M. Gounin, rapp., Mme Daussun, C. du G.: “Considerando que la ejecución de la presente decisión implica necesariamente que el gobierno profiera el o los decretos de aplicación, previstos por los artículos 79 et 80 de la ley del 11 de enero de 1984, necesarios a la titularización de los agentes no titulares del ministerio de la cooperación que tengan vocación a ser nombrados en un cuerpo de categoría A; que hay lugar de ordenar esta medida”. V. en el mismo sentido: 22 de marzo de 2000, Mme Dury, 10 SS 210950 C, Mme Denis, rapp. Mme Daussun, C. du G.: “Considerando que la ejecución de la presente decisión implica necesariamente que los ministros en cuestión profieran la reglamentación prevista por el artículo 1 del decreto del 28 de marzo de 1967, necesaria para la determinación de los grados y empleos del personal así como la de los países extranjeros a los que se aplicarán las disposiciones del mencionado decreto; que hay lugar a ordenar esta medida”.

162. Consejo de Estado francés, 19 de junio de 2000, *Préfet du Val d’Oise c/ M. Laaji*, 10 SS 214365 C, Mme Dayan, rapp., Mme Mitjavile, C. du G.: “Considerando que la decisión que anula el acto administrativo que rechazó otorgar un permiso de residencia, en violación del respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 de la Convención europea de la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, implica al menos, bajo condición de que no cambien las circunstancias de hecho y de derecho para el otorgamiento de un permiso de residencia, el otorgamiento de un permiso temporal indicando la mención *vida privada y familiar* previsto por el artículo 12 bis de la ordenanza del 2de noviembre de 1945; que en consecuencia, se otorga el derecho a M. Laaji en el sentido de requerir al Prefet Du Val D’oise otorgarle un permiso temporal de residencia”. V. en el mismo sentido: 29 de marzo de 2000 M. Ludiakueno, 1 / 2 SSR 209583 A, Mme Prada Bordenave, rapp., Mlle Fombeur, C. du G.

163. Consejo de Estado francés, Mme Grimaud, 5 de mayo de 2000, 6 SS 214236 C, M. Benassayag, rapp., M. Lamy, C. du G.: “...que teniendo en cuenta la parte motiva de la presente decisión, la ejecución de la misma implica necesariamente la validación de la capacidad profesional de Mme Grimaud; que, en consecuencia, hay lugar de ordenar a la Comisión nacional de peluquería validar la capacidad profesional de Mme Grimaud en un término de dos meses”.

164. Corte Administrativa de apelaciones de Marseille, 1a Sección, 23 de julio de 1998, M. Paravisini, 97MA01853 C, M. Moussaron, rapp., M. Bocquet, c. du g.: “Considerando que la ejecución de la presente decisión implica que el municipio Velone Orneto tome las medidas necesarias para hacer cesar la ocupación irregular de la vía pública en la parcela n° 713, específicamente demandando ante la jurisdicción ordinaria competente”.

te las calificaciones dadas por un jurado sobre su trabajo científico¹⁶⁶, etc. Si el demandante ha solicitado en su demanda también una *astreinte*, el juez puede darla, llegando a representar sumas considerables¹⁶⁷.

Se concluye entonces que en derecho francés la inexistencia de la acción popular y de la acción de grupo no puede permitir, sin embargo, estimar que los derechos colectivos o de grupo no son protegidos. Si bien, como se verá, la protección no es la misma que si existieran acciones procesales concretas, tampoco se puede considerar que el derecho francés se desentiende de tal problemática.

Queda entonces por precisar en la conclusión cuál es el alcance de las diferencias entre los dos sistemas.

IV. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores se puede entrever que existen diferencias importantes entre los dos sistemas jurídicos estudiados.

En lo que respecta a las demandas en favor de los derechos de grupo, la gran diferencia es que la acción de grupo existe en derecho colombiano y no en derecho francés. En este derecho, aun en el caso de los productos defectuosos, se requiere que cada víctima otorgue poder, con lo cual se desnaturaliza la acción. Por tanto, cuando los miembros de un grupo son lesionados, corresponde a cada uno de ellos otorgar poder para buscar el resarcimiento de su daño individual. En este aspecto el derecho colombiano es más eficaz y conforme con la tendencia general que se ha podido constatar en derecho comparado, porque sí tiene una acción en la cual un grupo, sin necesidad de que todos sus miembros otorguen poder, puede ser indemnizado por los perjuicios que sufren los individuos que lo componen. Lo anterior no impide que, en Francia, las asociaciones pueden demandar en recursos por exceso de poder buscando la anulación de actos administrativos, cuando el acto está relacionado con su objeto estatutario, pero en este evento no pueden pedir indemnización de daños, sino la anulación de los actos máxime acompañada de una *injunction*, que hasta el presente no han sido utilizadas para facilitar

165. Corte Administrativa de Apelaciones de París, Cuarta Sección B, 23 de septiembre de 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Isaac*, 98PA01174 C, Mme Adda, rapp., M. Lambert, c. du g.: Considerando que, por una petición registrada el 10 de septiembre de 1999, M. Isaac solicitó a la Corte ordenar al Ministro del Interior de trasladarlos a la comisaría de Pointe-à-Pitre bajo multa de 1.500 F por día de atraso contados a partir de la decisión que se habrá de tomar; que se debe comunicar la presente decisión al Ministro del Interior y requerirlo de responder a la solicitud en el término de un mes contado desde la notificación de la presente decisión.

166. Corte Administrativa de apelaciones de París, 9 de febrero de 1999, M. Stefant, 98PA00128 C, Melle Payet, rapp., M. Brotons, c. du g.: "Considerando que M. Stefant demanda que se requiera, bajo multa, al Centro nacional de investigación científica de entregarle íntegramente, incluido el nombre de quienes suscriben, la fotocopia de las notas dadas por los expertos consultados sobre el valor de sus trabajos científicos; que la ejecución de la presente decisión implica necesariamente que se de razón a la solicitud del demandante; que, en consecuencia, se debe ordenar dicha medida en el término de un mes contado a partir de la notificación de la presente decisión, so pena de multa de 500 francos por día de retraso".

167. Corte Administrativa de apelaciones de París, 4a Sección, 22 de octubre de 1998, SA Borie SAE et autres, 6PA03378 C, Mme ADDA, rapp., M. Lambert, c. du g.: "Decisión (...) Artículo 2: Una multa se decreta contra la Régie immobilière de la ville de París si no justifica haber, en el término de los tres meses siguientes a la notificación del presente fallo, pagado las sumas relacionadas en los considerandos del presente fallo, para asegurar la ejecución de los fallos del tribunal administrativo de París del 25 de junio de 1991 y del 30 de marzo de 1996. El monto de tal multa es de 10.000 francos por día".

la restitución y/o reparación de derechos colectivos lesionados. Si se pretendiera la indemnización de daños, tendría que acudirse a la acción de pleno contencioso para que la asociación o el sindicato sea directamente resarcido por la afrenta a los intereses lesionados que representa conforme con los estatutos (daño moral o gastos para la defensa del derecho que se defiende), pero sin que por esta vía se pueda llegar a la indemnización de los daños individuales sufridos en tanto se pertenece a un grupo. Se constata entonces que la acción de grupo no tiene cabida en Francia puesto que el principio *nadie litiga por representante* impide que el miembro de un grupo sea representado por este. El estado actual del esquema procesal francés no permite una posibilidad tal porque, como se vio, el ejercicio de las demandas de *personas-categorías*, que permite justificar el interés para actuar en el contencioso objetivo, no puede ser aplicado en el contencioso subjetivo.

Otra diferencia, aún más importante, se relaciona con el significado y el lugar que en los dos sistemas representa el concepto de derecho colectivo y su eventual reparación. Como se ha dicho, en el sistema francés, a diferencia del colombiano, no ha sido consagrada ni constitucional ni legalmente la acción popular.

En efecto, en el actual esquema del contencioso administrativo francés no se encuentran casos en los cuales las personas físicas o las morales hayan solicitado la reparación de daños colectivos en beneficio de la colectividad, tomada en su acepción colombiana. Es una de las diferencias más significativas con el derecho colombiano, porque en Francia no hay decisiones que pronuncien condenas a favor del colectivo. Quizás el principio estudiado de la *especialidad de las personas morales* impide que las mismas se arroguen derechos colectivos que más bien serían, bajo la acepción francesa, interés general, representado por el Estado. Como se ha visto, lo máximo que puede ocurrir es que una asociación que ha actuado en la defensa de un derecho colectivo sea indemnizada por los gastos que invirtió en su protección, pero todo ello de conformidad con la teoría del Colaborador Ocasional y siempre y cuando dichos gastos sobrepasen los que normalmente destina la asociación para cumplir con su objeto. En el campo del contencioso objetivo, no se encuentran casos en los cuales una asociación haya demandado al juez ordenar a la administración actuar en un sentido determinado para reparar o cesar la afrenta a un derecho colectivo.

Las conclusiones anteriores pueden ser apoyadas y reiteradas en la descrita lógica del precitado fallo Ville de Saint Quentin, en el cual “los daños consistentes en la *pérdida de riqueza biológica*...no pueden en sí mismos abrir derecho a ninguna reparación”. Se anota igualmente que, “el simple hecho de que la flora y la fauna acuática hayan sido destruídas, no puede ser un rubro de daño indemnizable, salvo si se establece que se ha causado un daño directo a una persona física o moral determinada”¹⁶⁸. También se pueden recordar en este sentido los casos estudiados cuando ilustrábamos la protección de los derechos colectivos en el recurso por exceso de poder. Todo parece indicar que, en el actual esquema contencioso francés, no hay acogida a la indemnización de los daños colectivos, porque la ausencia de la acción popular lo impide y el esquema procesal no da para suplirla.

En efecto, aún si “la polución de un río, lo mismo que la del aire o de la tierra, son obstáculos al cumplimiento del objeto estatutario de las asociaciones y afrentas a las

168. G.F., comentario del fallo Corte Administrativa de apelaciones de Lyon, *Fédération du Pays-de-Dôme pour la pêche et la protection du milieu aquatique*, n° 96LY01886, *Droit de l'environnement*, n° 98, 2002, p. 112.

causas que estas defienden, y según el criterio definido por Mme Latournerie, deberían permitir que ellas obtengan reparación¹⁶⁹ ...la jurisprudencia es constante en relación con las asociaciones de pesca: sólo pueden obtener indemnización por los perjuicios materiales que la polución les ha causado y no por la reparación de un perjuicio moral o ecológico¹⁷⁰. No existe pues en derecho francés la posibilidad de reparar directamente a favor de la comunidad los daños colectivos.

El vacío que en este aspecto presente el derecho francés puede sin embargo, en nuestro entender, ser llenado de dos maneras.

La primera sería que por vía legislativa se introduzca la noción de acción popular. Parte de la doctrina es partícipe de esta idea: “el derecho contencioso francés está, desde el punto de vista de sus capacidades, muy por debajo de aquéllas ofrecidas, por ejemplo, en derecho anglosajón, que distingue entre las acciones de las molestias *privates* y *publics*; las acciones por *public nuisances* están abiertas en Estados Unidos a los ciudadanos en general, a quienes se les reconoce, en cierta medida, el derecho de suplantar a las autoridades públicas para iniciar acciones que solo éstas podrían iniciar¹⁷¹. Marcel Sousse toma el mismo punto de vista al afirmar que, “como lo consideran E. du Pontavice y P. Cordier, ‘sólo el reconocimiento de un derecho general al medio ambiente en el cual los particulares, como las asociaciones, podrían demandar ante los tribunales, permite calificar los intereses calificados de colectivos’. Un paso hacia el reconocimiento de este derecho ha sido ya realizado en el marco internacional y en el extranjero¹⁷². Los clamores de la doctrina, generalmente expresados en materia del medio ambiente, podrían ser extendidos a todos los derechos colectivos, a la usanza colombiana, como lo sugiere Mr. Tanquerel: “si está demostrado que permitir a la sociedad civil el uso de estos mecanismos puede generar mejores decisiones y una aplicación más rigurosa de las mismas, entonces una apertura es deseable. Es en función de la concepción según la cual se permite a todos y no solo a las *personas interesadas*, hacer comentarios de pura oportunidad en la fase no contenciosa de toma de decisiones administrativas, lo cual permitirá otorgar calidad para actuar a los demandantes *ideológicos*, es decir, a los organismos u organizaciones que hacen valer el interés público y no sus intereses materiales¹⁷³”.

No es de extrañar, bajo esta presentación, que en Colombia exista acción pública de inconstitucionalidad, que no existe en Francia, quizás porque, como se ha dicho, éste país reposa más sobre una democracia representativa que participativa, lo cual también ha empezado a generar críticas en la doctrina¹⁷⁴. Sin embargo, una reforma legal no

169. Quien suscribe estas líneas está en desacuerdo con la afirmación, sólo en el sentido en que en tal hipótesis no es la asociación la que debería ser indemnizada, sino precisamente el colectivo, con independencia de quién administre el objeto de la condena.

170. BORE, Louis, “L’action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative”, *RFDA*, 1996, p. 551.

171. “Contentieux - Problématique et perspectives”, *JC Environnement Editions Techniques-Jurisclasseur*, n° 40, fascículo 1005, 1992.

172. SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, París 1994, p. 389.

173. TANQUEREL, Thierry, *Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis*, Helbing&Lichtenhahn, Collection Genoise, 1996, p. 206.

174. V. en este sentido: ROUSSEAU, Dominique et SPITZ, Eric “Le crépuscule du Conseil constitutionnel”, *Le Monde*, vendredi 7 de diciembre de 2001, Horizons-Débats, p. 19. “Se debe tener temor de una verdadera Corte Constitucional buscada por ciudadanos que entienden hacer respetar sus derechos que según ellos la ley les ha

tendría necesariamente que reflejar una situación como la colombiana, en donde cualquier persona puede iniciar acciones en defensa de los derechos colectivos.

Como lo dice pertinentemente el profesor Jourdain a propósito de los daños ecológicos, “existe por demás una poderosa corriente doctrinaria favorable a la indemnización de este daño, que podría generarse, como lo prevé la ley Barnier del 2 de febrero de 1995, permitiendo a los organismos privados o públicos representativos de la defensa del medio ambiente demandar reparaciones”¹⁷⁵.

La segunda vía se insertaría en el esquema contencioso actual. En efecto, se estima que el esquema procesal francés, en estricto sentido, no impide la reparación de los derechos colectivos, a pesar de que, sin discusión, permitirlo requeriría de soluciones osadas y audaces. La hipótesis que se estima pertinente consiste en que, por la vía del recurso por exceso de poder y sin necesidad de inscribirse en la lógica de la acción popular -inimaginable en la Francia actual, se admita que una persona o una asociación demande, en nombre del derecho colectivo lesionado, el restablecimiento no pecuniario del mismo o la condena a la administración para que actúe en determinado sentido. Como se ha visto, las *injunctions* que puede pronunciar el juez francés permitirían la reparación de los daños colectivos siempre que, constatado el daño, se ordenen las medidas necesarias para volver a la situación anterior, sin que tenga relevancia el campo de la actuación administrativa del que se trate. Si bien es cierto que por la vía del recurso por exceso de poder no se pueden obtener condenas económicas, sí se podría obtener que la administración sea obligada a actuar en aras de restaurar el derecho colectivo lesionado. Así los lobos y los pájaros tendrían por fin un juez que los escuche! A pesar de que una tal solución nos deja en mitad de camino, en la medida en que no garantiza, como en derecho colombiano, las indemnizaciones pecuniarias frente a la lesión de los derechos colectivos, el avance sería notable.

lesionado? (...) Para que los ciudadanos dejen de ser la hipoteca de los partidos políticos cuando sus derechos fundamentales están en juego, deben ser los actores de sus propios derechos”.

175. JOURDAIN, Patrice, “Le préjudice et la Jurisprudence” in *La Responsabilité civile à l'aube du XXI^e Siècle*, Bilan Prospectif, Colloque organisé para la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry les 7 et 8 décembre 2000, Editions du Juris-Classeur, Responsabilité civile et assurances, n° 6 bis, junio de 2001, p. 47.

§ 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES

Mariolga Quintero Tirado
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

“¡Qué difícil es para un ‘juez constitucional’, en la vorágine de estas horas y en el fuego cruzado de tantos intereses nada inocentes, guiarse políticamente con el espíritu y la fuerza propios de la discreción judicial!”

Augusto Morello

I. INTRODUCCIÓN

El proceso es un juicio de existencia. Por ello, el abogado en ejercicio se batalla con una realidad concreta, irrepetible, en que está rodeada, además de su cliente, de sujetos vinculados directamente a la lid judicial, jueces, secretarios, funcionarios auxiliares de diversa índole, los contrarios y sus apoderados, y el mundanal secreto de gente que gravita influyendo la decisión, más convocado según la valía económica, social o política del proceso¹.

El abogado es un defensor de los intereses de su cliente, que despliega un prolongado esfuerzo, producto de una estrategia, de una visión normativa y realista del caso y ajusta su comportamiento procesal al logro de convencer al juez de la verdad de sus alegaciones.

El abogado, entonces, es un ser programado, determinado por el factor subjetivo que le atribuye al objeto defendido y por tanto, no desarrolla una conducta neutra, sino absolutamente parcializada.

Dentro del contexto actual en que una visión de vida más humanizada nos orchestra armónicamente en un haz de garantías procesales de estirpe constitucional, que potencian la seguridad jurídica y donde centramos el núcleo soleado del deber ser del principio del debido proceso, o de un proceso justo, o con garantías o de una tutela judicial eficaz, circunvalados como estamos por esa constitucionalización del proceso, no sería difícil -en lo abstracto y virtuoso de ese querer- posesionarnos de nuestro rol de abogados en un carril sin tropiezos, ni sombras.

Pero, ese no es el mundo que nos oxigena, no hay ese sabor grato del nuevo emblema doctrinal y legislativo de la ciencia procesal, sino “*un estrujón malévol que nos asfixia*”², donde el proceso está lleno de desencantos, de miles de rostros que lo rasguñan, de una falencia técnica, de un inmenso desamparo, y en el que la dignidad de la justicia se ha escapado, como que si su Palacio estuviera de fuego ardiendo.

1. CUETO RÚA, Julio César, *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

2. BENEDETTI, Mario.

Sin embargo, el juego efectivo de las garantías procesales requiere de esa dignidad, de unos jueces independientes, autónomos e imparciales y que sepan gobernar el proceso, como intérpretes de sus límites y contenido; y además reclama de los demás operadores jurídicos conciencia y conducta proba y leal.

¿Son nuestros jueces venezolanos los garantes de esas garantías?

¿Las predicen, las conocen, las imponen?

¿Somos nosotros los abogados condicionantes de peso para que se materialice ese juego de las garantías?

¿Las actuamos y las requerimos?

¿Sabemos cómo hacerlo?

II. EL ABUSO Y LA MORALIZACIÓN DEL PROCESO

1. Presentación

Nos dice el gran doctrinante Landoni, que el querido profesor Adolfo Gelsi Bidart instruíra que era menester colocar:

...el acento -de la mayor significación ética- en el problema de la utilización del proceso, que como es un medio o instrumento jurídico, debe estar sujeto al enfoque adecuado al medio, a la ética de los medios, que abarcan *lo que se hace* (el *modus operandi*), además de aquello para lo cual se hace.

En rigor no puede nunca prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquel funciona como *causa* final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado). Pero, además, el medio tiene consistencia propia, en parte modelada en vista del fin, pero que de ningún modo se confunde con éste. Por ende, la eticidad del medio deberá establecerse más que en el fin perseguido (el objetivo que a veces se confunde con el objeto) que tiene su propia eticidad, en relación a: a) aquello en que el medio consiste; b) el modo de usar, de ejercer o de ejecutar, de realizar el mismo instrumento³.

Por tanto, la regla moral es parámetro necesario de la conducta de los operados jurídicos en el proceso.

Ahora bien, ya situados en el fraude procesal, que en una noción muy simple significa utilizar el proceso para desviarlo de su finalidad, algunos autores lo inscriben en el marco del abuso del derecho (abuso del proceso), mientras que otros lo enfocan como un agravio al principio de moralidad, aunque emparentándolo a la noción de uso procesal abusivo.

Igualmente, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia exigen que esté presente en el acto abusivo el elemento subjetivo "*dolo o culpa*", pero ya parece que adquiere importancia "*la tesis funcional que reconoce su origen en los conceptos de Jossierand, como criterio identificador del abuso en las vías procesales. De conformidad con este criterio, un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culpable cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido.*"

3. LANDONI SOSA, Ángel, "La regla moral y el abuso de las vías procesales", *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, p. 391.

*Esto supone como único requisito que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico*⁴.

Y en revisión del criterio de quienes proscriben del abuso del derecho como principio del proceso, tomamos las palabras del jurista Abraham Luis Vargas, quien nos dice:

¿Otro principio procesal?

La pregunta -muy actual- la hace y responde el célebre Jorge W. Peyrano en una de sus últimas contribuciones.

Este autor se manifiesta sin ambages cuando afirma que ‘ya está aquí con nosotros y en operaciones, un nuevo principio procesal (el que prohíbe el accionar procesal abusivo)’, aunque reconoce que ‘por lo común, doctrina y jurisprudencia se abstienen de invocarlo prefiriendo efectuar aplicaciones puntuales del mismo’.

Sin embargo y aun cuando parezca una herejía –y realmente lo es de mi parte–, es ésta una de las excepcionadísimas ocasiones en que uno no está de acuerdo con el ilustre procesalista. Vayamos por partes: en primer lugar, el mismo Peyrano admite que el principio existe ‘por más que el legislador no lo haya mencionado explícitamente como regla genérica en una norma particular, siendo que los *principios generales* no están condicionados en modo alguno a su recepción positivista (cualquiera sea la opción que se tome en orden a su naturaleza jurídica y a su función u operatividad: antes de, en lugar de, al lado de, integrando a, interpretando a o supliendo a: las normas jurídicas).

Luego, recurre -y aquí creemos que está la posición correcta- a calificar al principio de marras *a lo menos* como un *principio consecuencial o derivado del unánimemente aceptado y admitido principio de moralidad*, habiéndose *normativizado* a través de la instrumentación legal de deberes procesales con contenido ético (habitualmente los de conducirse con lealtad, probidad y buena fe).

En efecto, no es necesario -desde mi punto de vista- traer *nuevos baldes de agua* desde el Derecho sustantivo (desde donde vienen incluso algo *agujereados*) para apagar los *incendios procesales civiles* (ejercicio abusivo *del y en el* proceso), siendo que en nuestra propia casa (la legislación adjetiva) tenemos un *obrero bien pago* (el juez como director del proceso, figura ya distinta del viejo *elector* de la clásica procesalística) presto a actuar con todo el rigor que le permiten las más modernas herramientas (sus *poderes-deberes* preventivos y sancionadores de las inconductas procesales, y los consecuentes *deberes* -de lealtad, probidad y buena fe- de las partes que ingresan al escenario judicial) para solucionar la dificultad (léase, aplicación de las típicas responsabilidades: civil -indemnización de daños y perjuicios-, penal -en su caso-, administrativa dentro del litigio -sanciones disciplinarias, vgr. multas- y fuera de él -vgr. ante los colegios de abogados respectivos-).

Finalmente, el eminente procesalista sigue las reflexiones de Eduardo Vallejo y Osvaldo Gozáini en orden a que ‘la sanción de la norma del artículo 1071 del ordenamiento civil -por más que esté materialmente incluida en el Código Civil- determina que su espíritu y trascendencia impregne todo el edificio jurídico; debiendo tenerse presente que el Código civil argentino, es, en verdad, un repositorio de disposiciones correspondientes a una suerte de ‘teoría general del Derecho’, las cuales pueden ser válidamente aplicadas en otros sectores del mundo jurídico’.

Por nuestra parte, volvemos a insistir en que la interpretación de la norma de marras no fue pacífica ni antes ni después de su consagración, llegando la discusión -y también las críticas- hasta nuestros días.

Pero ello no es todo; el artículo 1.071 del Código Civil adopta tan sólo una de las posibles variantes del *abuso del derecho* -en particular el criterio objetivo o funcionalista, lo cual, de

4. GASPARINI, Marisa G.; BILEGIO, Juliana, “Reflexiones sobre el abuso en materia Procesal” en *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2001, p. 19.

trasvasarlo sin más, nos dejaría huérfanos para aplicar el instituto en problemas netamente procesales (vgr., el postulado *objetivo* engendra responsabilidad *objetiva*, mientras que en el proceso la mayoría de las aplicaciones implicarían responsabilidades *subjetivas*, por culpa o dolo -la *temeridad* y la *malicia* o la *mala fe* son prueba acabada de este razonamiento-) ⁵.

En esa tónica, considero innecesario ocurrir ante una teoría foránea (en el sentido de emigrar desde la órbita del Derecho sustancial) para exigirle soluciones que bien pueden encontrarse mediante los conocidos principios de *moralidad* y de *economía*. Por lo demás, repárese en que, de aceptar la *abusión* como principio, *podría producirse colisiones insalvables con otros principios* universalmente aceptados en el proceso civil: verbigracias, los de *contradicción*, *preclusión* y *adquisición*.

2. Del fraude

El principio de moralidad es el basamento, conforme a nuestra legislación adjetiva y jurisprudencia del fraude procesal.

Muy explicativo sobre el entendimiento de esta figura es el procesalista Gozaíni, quien nos dice que:

Debe entenderse como fraude procesal ‘toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares, que se incline a obtener o a dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada, o a la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o impedir su pronunciamiento o ejecución’.

De esta interpretación concluimos que el fraude procesal puede plantearse:

a) Unilateralmente: mediante el acto llevado a cabo por una de las partes en el proceso, el que, calificado en su entidad ilícita, puede ocasionar responsabilidades civiles y penales.

Por ejemplo: 1) La insolvencia fraudulenta prevista en el art. 179, 2ª parte del Código Penal; o el delito de desobediencia procesal fraudulenta, incorporado al Código Penal por la ley 17.567; 2) La negativa maliciosa a firmar que, a pesar de constituir un supuesto legislado, tendría que reprimirse con mayor severidad; 3) El proceso de usucapión que, sobre bases artificiosas y con aparentes fundamentos, promueve una pretensión que no encuentra réplica adecuada por la mentira que oculta su formulación; 4) La adulteración de piezas del expediente, testimonios mal logrados, deformación de escritos, etc.

Bilateralmente; por medio de la actitud engañosa que dirigen las partes, perjudicando a un tercero o burlando la ley, el orden público o fiscal.

La conciencia de la propia sinrazón (temeridad) agrega como elemento característico la *colusión*, derivando la posibilidad de a) procesos aparentes: es decir, aquellos que no componen un litigio real y concreto, y que buscan una finalidad diversa a la natural eficacia que sirve a la justicia. (Vgr. procesos que buscan solamente la declaración jurisdiccional para verbalizar en otro proceso su jurisprudencia); b) procesos simulados: donde la concertación entre las partes persigue distraer derechos de terceros o evadirlos directamente mediante un proceso que, por sus consecuencias, permite sustraer judicialmente la acción de los acreedores; c) procesos fraudulentos (propriamente dichos): en los que se utiliza la estructura adjetiva con el fin de provocar daño a terceros. Vgr. juicio ejecutivo que hace iniciar el deudor a un tercero, persiguiendo la ejecución de sus bienes para sustraerlos de otras obligaciones asumidas.

Esta misma clasificación de fraude unilateral o bilateral o concertado, atiende también las posibilidades de defraudación por vía de los funcionarios judiciales.

5. VARGAS, Abraham Luis, “El ejercicio abusivo del proceso”, *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 306-309.

Los auxiliares de la justicia (peritos, testigos, intérpretes, traductores, depositarios, martilleros, síndicos, etc.) pueden ser agentes del desvío procesal a través de la multiplicidad de actos que cumplen en el desarrollo procedimental (Vgr.: perito que informa en sentido diverso al apreciado; testigo que calla la verdad o la oculta para beneficiar a alguna de las partes; intérpretes que modifican el sentido de una expresión, etc.).

Atendido objetivamente el fraude, se puede actuar en el proceso, o utilizándolo abusivamente para lograr una decisión jurisdiccional que puede ser oponible a terceros (fraude con el proceso).

El primer caso encuentra el fraude generándose en un proceso en marcha o que se promueve. Se debate en curso procedimental y puede multiplicar sus efectos corrosivos mediante el sistema de avance exclusivo que tiene la litis. Evidentemente, una etapa del proceso que se encuentra viciada transmite sus efectos nulificantes.

Un caso común de fraude procesal en todos los países, es el divorcio en el que las partes se ponen de acuerdo para fraguar una causal inexistente, o invocar una nulidad para disolver el vínculo allí donde no existe otra posibilidad legislativa.

El fraude con el proceso aparece comprendido en todo su trámite, o sólo en tramos de sus pasajes. El proceso simulado defrauda el orden legal previsto; en cambio, la ocultación de bienes prendados, la verificación de créditos inexistentes, las medidas cautelares pedidas para sustraer bienes de la agresión de terceros, etc. ocupan sólo una etapa, pero, claro está, desvían el destino teleológico del proceso.

Es indudable -dice Vescovi- que la realización del fraude mediante el proceso tiene algunas desventajas frente al realizado fuera de él, en el campo negocial, puesto que al mayor costo se agrega un cierto contralor, que hace que las partes, aún en los procesos dispositivos, no actúen en la absoluta impunidad. Pero por otro lado existen ventajas, especialmente la de que por medio del negocio fraudulento en realidad no se obtiene nada, puesto que la nulidad sancionada por el derecho civil hace inhábil el resultado buscado, mientras que el proceso agrega al acto un elemento de indiscutible estabilidad; la cosa juzgada. Esto sin olvidar, todavía, que ciertos resultados jurídicos (divorcio, prueba de determinados estados civiles, etc.) sólo pueden obtenerse mediante el proceso y no mediante el simple acuerdo de voluntades contractuales⁶.

Volviendo ahora al deber de lealtad y probidad, tenemos que no está incluido directamente en las garantías procesales constitucionales.

Pero que tan pronto ahondamos en la noción de un proceso justo y en las garantías de acceso a la jurisdicción y de la defensa, se hace prístino que los sujetos procesales en ejercicio de las mismas, tengan no sólo la carga sino el deber de decir la verdad. Por ende, cuando se falsean los datos fácticos de las alegaciones se está hablando inconstitucionalmente.

Además, cuando el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil consagra el deber de probidad y lealtad en el proceso está estableciendo un mandato que si es inobservado genera una actividad revestida de antijuricidad, por ello, como indica el jurista Walter Zeiss, el derecho procesal no es un derecho *libre de moralina*⁷.

Este deber también está reconocido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, en el Capítulo dedicado a los principios que rigen los procesos contentiosos en asuntos de familia (artículo 450, literal m, *Moralidad y probidad procesal*); en el artículo 1 del Código de Ética de los Jueces venezolanos o Juezas venezolanas, que reza:

6. GOZAÍNI, Osvaldo, *La conducta en el proceso*, Librería Editora Platense, La Plata 1988, pp. 246-249.

7. ZEISS, Walter, *El dolo procesal; aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*, Trad. y presentación de Tomás A. BANZHAF, EJEA, Buenos aires 1979, pp. 24 y 25.

Los principios éticos deben orientar todos los actos del juez o jueza, para lograr la confianza pública en su integridad e independencia y en el sistema de justicia.

Igualmente, en el artículo 4 del Código de Ética Profesional del Abogado, que dispone:

Son deberes del abogado:

1.- Actuar con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad.

Además, el artículo 5 del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica expresa:

Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

En esta región importa también preguntar si en la noción del fraude está implicado un daño. Lo cierto es que puede predicarse que existe un abuso procesal sin que se configure culpa grave o dolo en el operador o justiciable actuante, pero debe atenderse si la desviación ha provocado un daño procesalmente computable, como lo denomina Marcos L. Peyrano⁸, como lo sería obstruir el ejercicio de cualquiera de las garantías procesales constitucionales o gravar los derechos de ese rango.

No obstante el criterio funcional que acogemos, debe aclararse que *“para que surja responsabilidad aquiliana derivada de ‘abusos procesales’ deberá existir siempre -aquí sí- dolo o culpa del ‘abusador’, pero este aspecto subjetivo no es de ninguna manera un requisito indispensable para que se configure un abuso procesal. A su vez, el abuso deberá -para dar lugar a un resarcimiento- generar (como es lógico) un perjuicio injustificado para aquel que aspire a constituirse como sujeto activo de una acción de responsabilidad”*⁹.

Y esa es la forma de entender el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en su párrafo único, cuando norma:

Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

- 1° Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;
- 2° Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;
- 3° Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.

III. PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL FRAUDE

No podemos dejarnos capturar ilusionada o mágicamente por la receta de la moralidad, si no tenemos un juez con esa regla comprometido y seducido, que extreme su rol

8. PEYRANO, Marcos, “El abuso del derecho y su inserción como nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal” en *Abuso procesal*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001, pp. 205.

9. PEYRANO, Marcos L., *Ibidem*, pp. 205.

de director imparcial del debate y que con lúcida anticipación, en caso de percibirlo, ponga de manifiesto la maniobra abusiva y valle su objetivo.

La exigencia de actuar de buena fe impone al juez no un comportamiento displicente, sino oportuno y diligente, por la implicancia de la garantía procesal constitucional de la legalidad del proceso (artículo 49 ordinal 3°), y tiene el deber de revelar la conducta indebida, aun de oficio, aunque en mi opinión con audiencia previa de ambas partes (a través del incidente innominado contemplado en el artículo 607 de la Ley Adjetiva Civil), para lo cual también está permisado por los Códigos sobre la materia (artículos 206 y 212 del Código de Procedimiento Civil y, 207 y 212 del Código Orgánico Procesal Penal); y por entrañar la violación del imperativo ético al que deben ajustar sus conducta los sujetos del proceso.

Pero, además, dentro del tipo del fraude, es perfectamente posible que si el proceso viciado por esa reprochable actitud todavía está en curso se provoque un incidente, dentro del régimen de las nulidades procesales, para controlarla y reprimirla, siguiendo el trámite de los incidentes innominados (artículo 607 ya referido).

Empero, si el proceso ha pasado en autoridad de cosa juzgada, habrá que recurrir a una pretensión autónoma nuláfica.

Si bien, esa postura había presentado alguna resistencia en el campo doctrinal, la subida de nivel de las garantías procesales al marco constitucional ha hecho viable la revisión de la cosa juzgada fraudulenta o aparente.

Esto no debilita el campo operativo del recurso de invalidación que sigue en vigor en las situaciones que contempla, sino que cobija con buen sentido la necesidad de que se celebre un proceso justo.

IV. DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Es por ello que, el análisis del contenido, naturaleza jurídica y método procesal del concepto en cuestión, debe permitir un criterio suficientemente estricto para delimitar sus consecuencias dentro de todo *iter* y sobre todo, en beneficio de las partes.

Así, el desarrollo del fraude procesal apuntala una forma de accionar que motiva la garantía de los postulados constitucionales referentes a la conducta *jurisdiccional* y *operacional* de todos sus involucrados, presentando un perfil conceptual y procedimental que recientemente ha sido diseñado por la jurisprudencia venezolana, pero sin lugar a dudas susceptibles de revisión y aceptación, por lo que debe imponerse una reorganización de los fundamentos y considerandos que definitivamente establezcan un nivel medio como constante doctrinal.

Bajo estas premisas, debemos comenzar señalando la noción dada en sentencia número 908, dictada por la Sala Constitucional en fecha 4 de agosto de 2001, en la que se incluye dentro del fraude procesal o dolo genérico, el dolo específico, la colusión, la simulación y el abuso del derecho, pues se trata del mantenimiento del orden público a cargo del juez, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva y por tanto, dejó sentado que: “...*el fraude procesal (dolo) puede ser atacado con el fin de hacerle perder sus efectos, sin necesidad de acudir a especiales supuestos de hecho señalados en la ley, para específicas situaciones, las cuales de todos modos siguen vigentes*”. Igualmente, la misma decisión circunscribió tal generalidad conceptual bajo la definición siguiente: Se

trata de un conjunto de “...maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio de éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero...” y se refiere al dolo específico en el caso del fraude ejercido por uno de los litigantes y por otro lado, a la colusión, vista como el fraude creado por el concierto de dos o más sujetos procesales.

Precisamente, partiendo de la noción del fraude procesal antes aludida, el control judicial del fraude impone el examen de un punto único fundamental, como es el análisis del procedimiento mediante el cual se le condena para así comprender sus consecuencias, siendo el amparo constitucional y el procedimiento ordinario las vías de impugnación a las cuales alude la jurisprudencia.

En este sentido, la decisión antes citada, con argumentación doctrinal llega a la conclusión de que la cosa juzgada dolosa es revisable y que si el ardid individual o la colusión afecta a un tercero o a una de las partes durante la pendencia del proceso, es factible suscitar el incidente de dolo en el mismo juicio; y añade que cuando se hayan creado varios procesos con el objeto de lograr un propósito deshonesto, es factible iniciar una acción autónoma de nulidad.

Sin embargo, aun cuando la jurisprudencia ha tratado de consolidar un criterio específico, no siempre ha sido así, pues en sentencia de fecha 23 de agosto de 2001¹⁰ la Sala Constitucional señaló que no compartía el criterio del a quo en cuanto a la negativa del amparo como vía procedente para denunciar el fraude y al respecto señaló:

...Ciertamente el Código de Procedimiento Civil establece el procedimiento para invalidar decisiones judiciales, y específicamente el numeral 3 del artículo 328, establece como causal de invalidación de una decisión judicial cuando la misma haya estado fundamentada en la falsedad del instrumento en virtud del cual dicha decisión haya sido pronunciada cuando se haya declarado la falsedad en juicio penal. Tomando en cuenta esto, una acción de amparo constitucional no procedería contra la sentencia cuando el fraude procesal denunciado es la falsificación del documento en sí, ya que el medio ordinario sería denunciar penalmente la falsificación y luego obtener sentencia firme que verifique dicha falsedad, pudiese interponerse un recurso de invalidación dentro de los tres (3) meses siguientes. Sin embargo, no necesariamente el fraude procesal se origina o se estructura utilizando un documento falso. Puede que la falsedad del documento sea sólo parte de la maquinación utilizada por la parte o partes involucradas para construir el fraude procesal, para fingir un proceso entre partes que no tienen entre ellas conflicto alguno, y son las actuaciones procedimentales fingidas -con independencia de los documentos u otros elementos que se utilicen en el proceso simulado- las que constituyen el meollo del fraude procesal.

Pareciera éste ser un caso casuístico, pero consideramos que justamente si el documento es parte del dolo, será probado en un proceso independiente al amparo constitucional.

No obstante, si bien es cierto la referencia constitucional de evitar daños por causa de litigios inexistentes o fraudulentos, debe señalarse en primer lugar, que la admisión del amparo se ha cuestionado. Por ejemplo, en un caso de colusión la Sala Constitucional resolvió mediante fallo número 2.281, de fecha 16 de noviembre de 2001, que el fraude procesal debe ventilarse por vía del procedimiento ordinario y no así por acción de amparo como pretendían los presuntos agraviados. El argumento central de la decisión, con apoyo en la misma sentencia de fecha 4 de agosto de 2000 antes citada, fue la am-

10. Expediente número 2.226, Caso *Aurea Elisa Fuenmayor*.

plitud del lapso probatorio que existe en el procedimiento común, en el que deben examinarse diversos hechos complejos que constituyen el fraude.

De igual modo, en sentencia número 1.539, dictada por la Sala Constitucional el 8 de julio de 2002, se ratificó la tesis antes expuesta justificada en la exigencia probatoria, en conjunto con otro criterio reflejado en fallo número 1.085 del 22 de junio de 2002, dictado por la misma Sala, en el cual se estableció que la vía del amparo constitucional no es procedente para anular juicios fraudulentos, “...debido a las formalidades cumplidas y a la apariencia que crea la colusión no se pone de manifiesto la violación directa de la Constitución y resulta necesario, la mayoría de las veces, demostrar el armazón para que emerja la infracción constitucional, de manera que no es posible restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”; luego de haber mencionado lo establecido en otra sentencia¹¹, en la cual se señaló lo que sigue:

En decisiones anteriores, esta Sala ha establecido que el procedimiento del amparo constitucional no es la vía para declarar judicialmente la existencia del fraude procesal, sino el juicio ordinario. Sin embargo, también ha señalado que, aun cuando resulte inadmisibles el amparo constitucional con ese propósito, si, a juicio de la Sala, del expediente surgen elementos que demuestren inequívocamente la utilización del proceso con fines diversos a los que constituye su naturaleza, podrá ser declarado el fraude procesal y, por ende, la inexistencia del juicio, no obstante tal inadmisibilidad, cumpliendo así la función tuitiva del orden público que compete a este Alto Tribunal.

En este sentido, se observa la tendencia en apreciar la importancia constitucional del fraude, por violación del debido proceso y sea éste el principal argumento para admitir una acción de amparo, lo esencial para identificar la vía procedente para solicitar la declaratoria de nulidad del fraude no debe ser exclusivamente la complejidad del caso, ni la violación flagrante de la Constitución tampoco, pues la vía de amparo es restablecedora y no de condena y de lo contrario, resultaría una verdadera subversión procedimental violatoria del Texto Fundamental el ejercicio de tal vía para controlar el fraude. En efecto, si partimos de la premisa general que impone ver al fraude procesal como un todo, independientemente de las especies que lo configuren, se debe -en consecuencia- considerar la pretensión de una demanda por fraude como una sola, es decir, la nulidad.

Siguiendo este orden, somos partidarios del régimen procesal garantista y sobre esta base, la pretensión y vía idónea en defensa del fraude es pedir la nulidad de procesos fraudulentos por vía incidental o principal (autónoma), pues un procedimiento ordinario creado especialmente para anular los efectos de cosa juzgada emanados de los procesos impugnados genera mayores garantías a las partes por la libertad en las actuaciones procesales y no resulta tan restringida como la acción de amparo, que en todo caso no debe formularse causada en el hecho doloso.

V. RESPONSABILIDADES

El *estándar* de la moralidad procesal, parámetro a partir del cual, el Juzgador habrá de servirse para apreciar la conducta de los operadores jurídicos y de los justiciables, exige para que se haga efectivo en la realidad jurisdiccional, un régimen legislado que imponga sanciones por la violación de los imperativos éticos.

11. Número 2.749, *Caso Urbanizadora Colinas de Cerro Verde*.

Por supuesto, que ello no significa un positivismo extremo, sino abrir el juego de la interpretación, al compás de los principios básicos que orientan el sistema de las garantías procesales básicas, para provocar una solución jurídica que resuelva el caso. Aquí es importante, entonces, mencionar el nuevo esquema de la nulidad procesal acomodado a aquella óptica.

Basados en esas premisas, brilla al ojo que todos los sujetos procesales pueden incurrir en responsabilidades por abuso y sobre este particular el citado autor Abraham Luis Vargas nos da una buena síntesis, que es la siguiente:

Y a ello añadimos la responsabilidad disciplinaria del juez.

Dentro del proceso, al igual que en cualquier otro ámbito sociológico iluminado por la intervención necesaria del haz de normas jurídicas, se dan frecuentemente inconductas de diferente naturaleza o gravedad (desde las provistas de dolo hasta las imbuidas de culpa -leve o grave-).

Y, también aquí, dichas actitudes son reprochadas mediante -al menos- seis consecuencias:

1. La nulificación de los actos jurídicos (al respecto, ya enunciamos en el ap. III, 7, las dificultades que presenta este cuadrante);
2. la responsabilidad penal (siempre y cuando se configuren los tipos previstos en la ley sustantiva);
3. la responsabilidad administrativa *endógena* (o sea la aplicable por el juez -como director del proceso- para con los apoderados o mandantes de las partes que son *auxiliares de la justicia* mediante los *llamados de atención, prevenciones, apercibimientos, multas*, etc.);
4. la responsabilidad administrativa *exógena* (esto es, la reprimida por los colegios de profesionales respectivos ante el giro de copias de las actuaciones jurisdiccionales donde luce el mal desempeño de los curiales);
5. la responsabilidad civil contractual (entre el abogado, procurador o letrado patrocinante y su mandante o poderdante), y
6. la responsabilidad civil extracontractual (de las partes y sus apoderados, o bien, de cualquier otro sujeto procesal -ya aludimos antes a la configuración del *juez abusador*-) por el *ejercicio abusivo* del o en el proceso¹².

Ciertamente, el respeto al principio del debido proceso y sus garantías procesales cardinales y de los derechos humanos constituye un derecho fundamental de los justiciables y un deber elemental y esencial de todo órgano jurisdicente. Así se desprende de las declaraciones e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de las disposiciones constitucionales relativas al derecho al debido proceso y al funcionamiento del sistema judicial, en las cuales se menciona las condiciones mínimas del administrador de justicia, a saber, *independencia* e imparcialidad.

Dispone el artículo 49 de la Constitución vigente lo siguiente:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia, (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, *independiente e imparcial* establecido con anterioridad (...) (resaltados agregados).

12. VARGAS, Luis Abraham, "El ejercicio abusivo del proceso. Criticismo y relativismo filosófico-científico vs existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario" en *Abuso procesal*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001, pp. 321.

Por su parte, el artículo 255 *eiusdem*, establece en su último aparte:

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, *por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones* (resaltados agregados).

En ese mismo orden de ideas, los artículos 30 y 31 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura disponen lo siguiente:

Artículo 30: La responsabilidad disciplinaria tiene por objeto velar porque los jueces cumplan estrictamente con sus deberes y con el decoro que exige su ministerio, *de modo que con su conducta promuevan la confianza pública en la integridad e imparcialidad de la administración de justicia*; así como establecer y aplicar sanciones a las acciones y omisiones que los infrinjan...

Y ello es así, porque la actuación del juez debe promover la confianza pública en su imparcialidad y objetividad y ser respetuoso del sistema de garantías, velando por la moralidad procesal.

Por otro lado, el artículo 31 *eiusdem*, insiste en el deber de los jueces de actuar con imparcialidad, y al respecto dispone:

El juez deber es independiente en la interpretación de la ley y el derecho, *deberá actuar imparcialmente, sin temor o favoritismo*, ni obedeciendo interés sectorial alguno, clamor público o miedo de crítica.... (resaltados agregados).

El incumplimiento de los deberes enunciados por el juez constituye una grave falta, que lo hace desmerecer del concepto público que el ejercicio de la función jurisdiccional implica y atenta contra la respetabilidad de los órganos encargados de la misma, pidiéndose encuadrar así la conducta que se denuncie, cuando el juez incurra en una conducta éticamente censurable en la causal de destitución del cargo para el Juez tipificada en el numeral 2° del artículo 39 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura.

La norma invocada es del tenor siguiente:

Son causales de destitución, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar: ...2° Incurrir en actos que lesionen la respetabilidad del Poder Judicial o que, aún no constituyendo delito, comprometan gravemente la dignidad del cargo....

De otra parte, también está la responsabilidad del Estado por error judicial, retardo u omisión injustificados (ordinal 8° del artículo 49 de la Constitución vigente).

VI. DE LA TRANSPARENCIA PROCESAL

En un importante significado de la referencia transparencia al proceso podemos entender que en el sector del litigio constituye un manto con influencia en la determinación si el mismo se ha desarrollado inmaculadamente, sin poner en entredicho la conducta de los distintos sujetos intervinientes.

Por ello, nos permitimos algunas breves palabras sobre esta referencia.

La jurisprudencia encontrada permite observar referencias y alegatos sobre presuntas vulneraciones a la transparencia procesal. Sin embargo, la Sala Constitucional no define qué es propiamente la transparencia procesal. Tampoco se establece cómo debe ser alegada en juicio la falta de transparencia procesal.

En nuestro ordenamiento existen pocas referencias al principio de la transparencia procesal. Constitucionalmente, el artículo 26 de la Constitución de la República Boliva-

riana de Venezuela menciona la *transparencia* como un elemento necesario para la tutela judicial efectiva.

Las otras referencias que podemos mencionar guardan relación con la verdad procesal (12 y 170.1 del C.P.C.), y las mismas pueden ser interpretadas concatenadamente con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela si se parte de la base de que la falta de verdad procesal conduce, por fuerza, a la falta de transparencia procesal.

Pareciera que la transparencia procesal más que una institución jurídica propiamente, es un valor que debe informar las actuaciones en el proceso para poder obtener un proceso justo.

Haciendo una relación conceptual, pensamos que sí se podría incluir el valor de la transparencia procesal dentro del derecho al debido proceso. Es más, pareciera que no existen mecanismos judiciales que permitan hacer observar la transparencia procesal, distintos de los que se pueden hacer valer judicialmente en materia de debido proceso, razón por la cual pensamos que para alegar la transparencia procesal hay que encausarla dentro del debido proceso.

La falta de transparencia procesal pudiera provenir del Juez o de las partes. Si estamos en presencia de intransparencias por parte del Juez, podemos comentar lo siguiente:

1. El Juez está incumpliendo su obligación legal (art. 12 C.P.C.) de tener *por norte de sus actos la verdad*.
2. El Juez violenta la garantía del derecho al debido proceso.
3. El Juez obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que si se llegara a decidir el fondo de la causa, los elementos motivantes para decidir serían falsos y no se corresponderían a la realidad de la relación jurídica controvertida en el proceso.
4. Habría que estudiar la posibilidad de que el Juez incurra en responsabilidad (penal administrativa, civil, etc.) en virtud del perjuicio causado a las partes, por la falta de transparencia procesal (voluntaria, deliberada y conocida por parte del Juez).

Si la falta de transparencia procesal proviene de las partes, habría que comentar lo siguiente:

1. La parte o el litigante está faltando a su deber legal (170, numeral 1ero C.P.C.), según el cual éstos deben *exponer los hechos de acuerdo a la verdad*.
2. Se violentarían igualmente los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (arts. 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).
3. El litigante estaría faltando a su obligación de actuar lealmente en el proceso (art. 15 Ley de Abogados).
4. Si el Juez no advierte la falta de transparencia de las actuaciones de una de las partes, éstas podrían inducir aquél al *error judicial* consagrado en el numeral 8 del artículo 49 de la Constitución.
5. Habría que estudiar la posibilidad de que el litigante o la parte incurran en algún tipo de responsabilidad frente a la otra parte; a la vez que opere una sanción en contra de éste.

Añadiendo y entendiendo que la transparencia procesal forma parte de dos derechos constitucionales (debido proceso y tutela judicial efectiva), pareciera que nada obsta

para que en el momento que se verifique la falta de transparencia por parte del Juez, la parte esté legitimada para ejercer una acción de amparo constitucional ante el Juez de instancia superior al que conoce la causa en la cual se presenta la falta de transparencia, alegando una violación de los derechos comentados anteriormente.

Un último comentario respecto a la falta de transparencia procesal por parte del Juez hace referencia al hecho de que éste se podría sentir agredido por parte del litigante que denuncia la falta de transparencia procesal, pues se podría estar poniendo en entredicho la integridad moral de dicho Juez. Todo lo cual resulta inconveniente, pues el Juez se puede privar de la independencia psicológica necesaria para juzgar al sentirse agredido por dicho litigante.

Bajo este supuesto, el Juez debe inhibirse o, de lo contrario, procedería perfectamente la recusación.

VII. CONCLUSIONES

- La doctrina del abuso procesal es acogida por la doctrina procesal internacional.
- La regla de la moralidad está vigente en Venezuela y la violación del imperativo ético la atropella.
- El fraude procesal es un tipo de uso abusivo del proceso e implica un apartamiento del medio de utilizar persiguiendo una decisión procesal injusta.
- Aunque el dolo y la culpa en la desviación procesal provoque responsabilidad civil (o penal tipificada), no son determinantes para la definición de abuso de las vías procesales.
- Debe sumarse que la conducta reprochable haya causado un daño procesal computable.
- La responsabilidad es la consecuencia del uso abusivo.
- Para viabilizar el acceso debido a la justicia hay que reglamentar sus sanciones.
- Consecuencialmente, toda interpretación de la figura del abuso debe adecuarse a las garantías constitucionales que instituyen el principio del debido proceso.
- El uso abusivo puede derivar en nulidad, sea por vía incidental o principal, si se dio durante el transcurso del proceso o una vez producida la cosa juzgada.
- Debería preverse la intervención de terceros perjudicados en las pretensiones nuléficas derivadas del abuso procesal.
- La transparencia procesal es un elemento que sirve de marco referencial para evaluar la conducta de los sujetos en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

AGATIELLO, Osvaldo R.; LÓPEZ-MIRÓ, Horacio G.; DEL CARRIL, Enrique V., *La ética del abogado*, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Librería Editoria Platense Abeledo Perrot, Argentina 1995.

CUETO RÚA, Julio César, *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados*. Abeledo Perrot, Argentina 2000.

DROMI, Roberto, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1992.

GASPARINI, Marisa G.; BILESIO, Juliana, "Reflexiones sobre el abuso en materia Procesal" en *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2001.

GOZAÍNI, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*. Librería Editora Platense. La Plata. Argentina, 1998.

HITTERS, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, Segunda edición, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina 2001.

LANDONI SOSA, Ángel, "La regla moral y el abuso de las vías procesales", *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria.

MORELLO, Augusto M., "Constitución y proceso", *La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Abeledo Perrot, Argentina 1998.

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil II. Sujetos del proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987.

PEYRANO, Marcos L., "El abuso del derecho y su inserción como nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal" en *Abuso procesal*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

PRIETO QUINTERO, Andrés, "La cosa juzgada y el nuevo derecho constitucional", Temas procesales, *Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal*, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 23 abril 1999.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., "La cosa juzgada y sumariedad", *JUS*, Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas, La Plata 1983.

ROMERO ARIAS, Esteban, "La presunción de inocencia", *Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Editorial Aranzadi, 1985.

SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2001.

VARGAS, Abraham Luis, "El ejercicio abusivo del proceso", *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria.

ZEISS, Walter, "El dolo procesal", aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico. Trad. y presentación de Tomás A. Banzhaf, EJE, Buenos Aires 1979.

Otros (Revistas)

El Juez y la Magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI). Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, Viena 1999.

Estudios Procesales. Homenaje al Dr. Jorge Fabrega Ponce, Encuentro Internacional de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Santiago de Veraguas (Panamá), Enero, 1995. Editorial Jurídica Bolivariana. 1995.

DESPEDIDA

TE LLAMAN PORVENIR PORQUE NO VIENES NUNCA

Ángel González

Lo dicho, aunque pudiera intentar de comprenderse *-en mis limitaciones-* claramente no lo es, porque la regla moral no se ve, sino que se proyecta y es a través de ella como lente que se puede mirar e interpretar la conducta procesal en entredicho.

El constitucionalismo moderno, casi orillado en la cátedra y en la praxi apenas comienza hacer espacio en alguna esquina de cualquier Sala o Tribunal, donde entronado en sus creencias y con sus virtudes, sus ansiedades, sueños y soledades y sobrecargas vive un juez, y los demás.

Y entre ellos, aunque a pié y ofuscados, también habitamos los abogados, algunos ajenos a la ciencia, otros prácticos en las mañas y otros más dotados pero todos como extraños -entre dagas y puñales y muy secretos enemigos y escasísimos amigos-, a la cooperación que entre nosotros debería reinar.

Y la rutina, como uno de los adversarios para abstenerme de mencionar otros de peso más amenazante, hiere a muerte las técnicas garantistas que son puestas de lado como una sombrilla rota por la falta de uso.

Más en ese porvenir, que yo apenas avizoro y al que no podré darle bienvenida, aunque en las noches que no son hurafías me llena de primavera, serán ustedes sin rencores colmados los que con un poco de valentía y sonoro orgullo, por el rojo de la cinta que nos distingue, armarán un proceso de honor y expulsarán, una vez vencidas las atrocidades que nos obstruyen muy especialmente la independencia e imparcialidad, la inteligencia y probidad del poder judicial, a los sabios de pacotilla, a los creadores de ostracismo, a los traficantes de justicia.

Y sacarán de las memorias estas cordilleras, este hogar académico, para vestirse de luz y de prestigio, cuando interrogados sobre su escogencia todavía puedan decir *abogado*, como quisiera en mis noches de esperanza lo fuera también mi estirpe.

5. *Libertad de cultos*

§ 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA

Humberto Briceño León
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Compararemos en este trabajo las concepciones que actualmente se tienen sobre las cláusulas constitucionales de libertad de culto en los Estados Unidos y en Venezuela.

Como se sabe tanto la Constitución Americana como la Constitución Venezolana han previsto expresamente la libertad de cultos, sin embargo debemos destacar que el sistema de libertad de cultos en Venezuela difiere de la concepción constitucional que se tiene sobre este tema en los Estados Unidos de América.

La libertad de culto en Venezuela está prevista en nuestra Constitución, y en la realidad existe la posibilidad de practicar religiones distintas a la religión Católica que es la que mayoritariamente se practica en Venezuela. También es verdad que en los tiempos contemporáneos la forma de relacionarse el Estado venezolano con la Iglesia Católica implica que el Estado venezolano ha favorecido la Iglesia Católica así como la participación de la ciudadanía en esa religión. En Estados Unidos de América la participación del Estado en las actividades religiosas es completamente diferente y así en ese sistema constitucional se ha dispuesto la llamada *establishment clause*. En efecto la Constitución de los Estados Unidos de América básicamente impide al gobierno desarrollar actividades que permitan a una determinada religión prevalecer sobre la práctica de otras religiones. Es también cierto, como veremos adelante, que el sistema constitucional venezolano se ha movido lentamente y ha ido disminuyendo los privilegios para la Iglesia Católica. También el sistema de libertades en la práctica y en la vida cotidiana venezolana no se materializa del mismo modo como resulta en el sistema constitucional de los Estados Unidos de América, ya que obviamente los privilegios que el Estado ha otorgado a la Iglesia Católica en Venezuela no implica una competencia balanceada y de alguna manera no fomenta de similar forma el desarrollo de otras iglesias en Venezuela. Es importante destacar en relación con el sistema de libertad de culto en Venezuela que efectivamente en los últimos años, en las más recientes constituciones, se ha producido una disminución de los privilegios de la Iglesia Católica que ha permitido el desarrollo, aunque parcial, de otros cultos, iglesias o religiones.

A efectos demostrar las diferencias en las regulaciones constitucionales haremos unas breves referencias al origen de las relaciones Iglesia-Estado que en América Latina prevalecieron y señalaremos también sucintamente la evolución que en los sistemas constitucionales latinoamericanos tal relación ha alcanzado¹.

1. RODRÍGUEZ ITURBE, José, *Iglesia y Estado en Venezuela 1824-1964*, Caracas 1968.

Para todo ello es importante tener en cuenta que un tercio de toda la población católica del mundo se encuentra en América Latina y por ello podemos entender la gran influencia que en la vida de las naciones latinoamericanas tiene actualmente la Iglesia Católica. Al mismo tiempo esa evolución demuestra que cada vez más las nuevas constituciones latinoamericanas están reduciendo los privilegios que tuvo la Iglesia durante el siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX. En efecto han desaparecido en algunas de estas nuevas constituciones parte de esos privilegios, aun cuando, repetimos, creemos que conserva preponderancia en nuestro sistema constitucional la Iglesia Católica sobre el resto de los cultos. El papel del Estado en América Latina en el mantenimiento de esos privilegios ha sido un motor importante en la preponderancia de la Iglesia Católica sobre el resto de las iglesias importantes del mundo de hoy.

De seguida presentaremos un resumen de la evolución constitucional del tema en América latina y particularmente en Venezuela, luego haremos algunas reflexiones sobre el tema en los Estados Unidos de América para poder luego hacer la comparación.

En mi opinión, la comparación muestra la preponderancia de la Iglesia Católica sobre el resto de las iglesias debido, entre otras razones no de menor peso, a los privilegios que el Estado latinoamericano le ha acordado a los católicos, sin olvidar que esos privilegios han disminuido en comparación con lo que ocurrió al menos durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

II. LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EN VENEZUELA SOBRE LA LIBERTAD DE CULTO

La relación entre las iglesias y el Estado en los países latinoamericanos fue teñida por una muy importante influencia de las monarquías que colonizaron nuestros países. En efecto el Imperio Español al colonizar América latina impuso la religión Católica en la mayoría de los países de Sur de América, y también sembró las instituciones jurídicas que desarrolló el Estado monárquico en las sociedades y la vida religiosa de nuestras naciones.

Con la independencia de la mayoría de las naciones latinoamericanas a principio del siglo XIX, las nuevas repúblicas de entonces, heredaron esas relaciones que había impuesto la Corona Española sobre nuestros países, de ese modo continuaron las relaciones de la Iglesia Católica con nuestras repúblicas más o menos con los mismos moldes que había antes impuesto la Corona Española a las colonias latinoamericanas. Básicamente las relaciones entre la Iglesia Católica y los recién independizados estados latinoamericanos se rigieron por lo que fue llamado la ley del *Patronato* eclesiástico. Estas normas establecían en primer lugar una preeminencia, casi absoluta, de la Iglesia Católica, en segundo lugar también una casi absoluta prohibición sobre la libertad de practicar otros cultos religiosos y en tercer lugar estas leyes pretendieron someter en algunos aspectos los estados recién independizados a la voluntad de la Iglesia Católica y efectivamente algunas de esas expresiones de la Ley de Patronato suponían en algunas áreas la obediencia del Estado a la Iglesia Católica de la época.

Puede hablarse, en cuanto al tema que nos ocupa, de una primera etapa de las relaciones Estado-Iglesia a principio del siglo XIX en la cual básicamente rigió la Ley de Pa-

tronato que tuvo su expresión más acabada en 1824 que como en la mayoría de los países latinoamericanos la ley fue acogida por Venezuela².

Podemos luego hablar de una segunda etapa en la que se fue admitiendo la idea de un *Concordato* entre la Iglesia Católica y el Estado, lo que fue acogido por las constituciones latinoamericanas. El Concordato fue básicamente un convenio o acuerdo bilateral con el Vaticano el cual definía total o parcialmente las relaciones entre el Estado y la Iglesia y fue desde 1852 bajo el Papado de Pío IX cuando se firmaron y ratificaron los primeros *Concordatos* en América Latina, en concreto con Guatemala y Costa Rica.

Lucio Moreno Quintana define a los *Concordatos* como los tratados para resolver las cuestiones eclesíásticas entre la Santa Sede y los dictados de la religión Católica³. Estos Concordatos o convenios internacionales son verdaderos tratados internacionales y ellos no reflejan la doctrina de la *establishment clause* de los Estados Unidos de América, al contrario implican poca o ninguna libertad para practicar otros cultos en América Latina distintos al católico. Fue mucho después, a mediados del siglo XX cuando el Papa Juan XXIII avanzó hacia la declaratoria, en el concilio Vaticano II, de la libertad de cultos que para América Latina conllevó la posibilidad de practicar otras religiones desde la perspectiva de la religión Católica.

En Venezuela fue la Constitución Federal de 1864 la que expresamente por primera vez admitió la libertad de cultos, aún cuando de manera restringida, ya que sólo permitía para la religión Católica la práctica pública, lo que suponía que las otras religiones no podían públicamente ejercer su práctica sino en un esquema muy restringido. Es importante aclarar que aún cuando la Ley de Patronato no fue expresamente derogada por prácticamente ninguna nación de América Latina, la gran parte de las naciones latinoamericanas a partir de los años 50 fueron asumiendo el *Concordato* o convenio internacional como fórmula para regular la relación entre Estado-Iglesia y también la mayoría de las naciones latinoamericanas reconocieron muy limitadamente la libertad de culto frente a la religión Católica. También resulta interesante anotar que esta institución de los *Concordatos* y acuerdos internacionales de la Iglesia Católica no sólo los hizo en el mundo con los estados católicos, también lo hizo el Vaticano con Alemania en 1933 cuya mayoría es protestante y también con la Túnez Musulmana de nuestros días. Por supuesto en la práctica estos *Concordatos* fueron sustituyendo en América Latina a la Ley de Patronato, sin que esa ley se haya derogado expresamente. Los acuerdos internacionales, en nuestro criterio, derogan tácitamente las leyes anteriores en conflicto con esos acuerdos, por ello se entendió en algunos aspectos que tales Concordatos abrogaron las Leyes del Patronato. Algunos autores discutieron inclusive la vigencia de la Ley de Patronato de 1824, repetimos, a pesar de los *Concordatos*⁴.

El contemporáneo régimen constitucional venezolano ha expresado un régimen dual en el que ha reconocido por una parte la Ley de Patronato y al mismo tiempo la posibilidad de celebración del *Concordato* o pacto internacional con el Vaticano.

En efecto, la Constitución venezolana de 1947 en su artículo 85 así lo estableció. Esta disposición fue repetida por la constitución 1961 en el artículo 130 que dispuso:

2. SÁNCHEZ, Jesús Leopoldo, "El Convenio Eclesiástico, las Constituciones Hispanoamericanas y Constituciones Nacionales", *Estudios sobre la Constitución*, tomo 3, Caracas 1979, pp. 1723 y ss.

3. *Tratado de derecho internacional*, Buenos Aires 1963, p. 539.

4. SÁNCHEZ, Jesús Leopoldo, *Id.*

En posesión como esta la República del Derecho de Patronato Eclesiástico, lo ejerciera conforme lo determine la ley. Sin embargo podrán celebrarse convenios o tratados para regular las relaciones entre la iglesia y el Estado.

Es importante considerar este sistema dual que estableció la Constitución de 1947 y la Constitución 1961 en Venezuela que aún cuando confirmaban la vigencia de la Ley de Patronato en 1824 al mismo tiempo admitieron la posibilidad del *Concordato*, es decir, que convenios internacionales derogaran la Ley de Patronato, que tal cual antes dijimos fue la fórmula original a través de la cual las rigieron las relaciones Iglesia Católica-Estado en América Latina.

La Constitución Venezolana de 1999 en mi criterio recogió la tendencia de abandonar la Ley de Patronato, esta carta fundamental no repitió la norma sobre el *Patronato* y *Concordato*, por el contrario, eliminó la referencia a la Ley de Patronato y al *Concordato*.

La Constitución del 1999 estableció en su artículo 59 la libertad de religión y de culto al prescribir textualmente:

El Estado garantizará la libertad de religión y de culto. Toda persona tiene derecho a procesar su fe religiosa y culto, de manifestar sus creencias en privado y en público mediante al enseñanza u otras prácticas siempre y cuando no se opongan a la moral, las buenas costumbres y al orden público. Se garantizan, asimismo, la independencia y la autonomía de las iglesias y confesiones religiosas sin más limitaciones que las derivadas de esta Constitución y la ley. El padre y la madre tienen derecho a que sus hijos o hijas reciban la educación religiosa que estén de acuerdo con sus convicciones.

Nadie podrá invocar creencias o valores religiosos para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otros u otras el ejercicio de sus derechos.

Como se ve la norma constitucional de 1999 amplió la libertad de culto y aun cuando hasta la fecha no ha tenido ninguna interpretación de nuestras Cortes de Justicia su extensión es indudable. Debemos esperar por la interpretación constitucional que nuestros tribunales hagan de esta circunstancia jurídica, en la que sin duda estará envuelto el rol del Estado. Creo que en el futuro habrá de discutirse judicialmente el rol del Estado y su posibilidad de promover una sola iglesia y por supuesto resultara interesante profundizar sobre la cláusula constitucional según la cual los padres tienen derecho a que sus hijos practiquen la religión de su escogencia sin que pueda el Estado imponérselos.

Hasta la fecha no ha habido ninguna sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia que haya establecido o declarado la existencia de una especie de *establishment clause* como la de Estados Unidos de América que impida el Estado privilegiar económicamente o a través de otros medios a una iglesia sobre las otras. Sin embargo ha habido dos importantes sentencias, las únicas destacadas en la historia contemporánea que han interpretado la libertad de culto, una en 1953 y otra en 1990 ambas de la Corte Suprema de Justicia.

Como hemos visto la Constitución de 1999 eliminó la expresa referencia al sistema dual que predicó la existencia de una Ley de Patronato y a la vez la existencia de los *Concordatos* o acuerdos internacionales. La Constitución de 1999 no hace ninguna referencia ni a la Ley de Patronato ni a los *Concordatos*. Esta supresión de la cláusula del *Patronato* y *Concordato* de la Constitución de Venezuela de 1999 no significa que pueda sostenerse que el *Concordato* o tratado internacional que Venezuela firmó bajo el régimen de la Constitución de 1961 haya quedado sin vigencia. En efecto se puede sostener que aun cuando la Constitución del 1999 no hizo referencia expresa a los acuerdos con la Santa Sede sin embargo permanece inalterada la vigencia de los

acuerdos internacionales bajo el sistema de las regulaciones constitucionales generales de los acuerdos internacionales que también regula la Constitución Venezolana de 1999. En mi opinión la supresión de la cláusula es un síntoma o evidencia de apertura, ya que por lo menos desde el punto de vista de la letra de la Constitución de 1999, es decir de su contenido estrictamente literal, no podemos decir que exista una iglesia oficial, no obstante sí pensamos posible sostener que continua vigente el Concordato con la Santa Sede, y por ello y en la práctica real una protección del Estado venezolano a la Iglesia Católica y así desde una perspectiva real si podemos afirmar la existencia de una iglesia oficial. También es posible que en el futuro algunas iglesias distintas a la católica pudieran sostener una causa jurídica debido a un eventual problema interpretativo argumentando contradicciones entre la existencia del Concordato con la Santa Sede y la redacción del vigente artículo 59 de la Constitución Venezolana. Como se ha dicho esta disposición aún no se ha interpretado como equivalente con la *establishment clause* de la Constitución de los Estados Unidos de América.

La Corte Suprema de Justicia de Venezuela en 1990 declaró válida una resolución del Ministerio de Justicia de Venezuela que le negó el derecho a una misión religiosa Bautista a establecerse en una zona indígena venezolana. El Ministerio de Justicia de Venezuela alegó, para negar la posibilidad de establecer una misión Bautista en esa zona indígena, la Ley Aprobatoria del Convenio celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede en 1964, según la cual el gobierno de Venezuela está obligado a prestar especial apoyo y protección a las misiones católicas, implícitamente aceptando la exclusividad de la Iglesia Católica en la zona geográfica indígena a la que se refirió la Corte Suprema de Venezuela; al parecer también consideró argumentos distintos a la libertad de culto. La misma Corte Suprema de Justicia para sustentar su decisión se basó en una sentencia anterior que había dictado en 1953 en la cual la Corte declaró:

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la libertad religiosa o de conciencia no implica en modo alguno un derecho consagrado en la constitución a hacer campañas y realizar otras actividades con fines proselitistas pues la catequización no es de orden constitucional, toda vez que ella requiere una actividad exterior para llevar a efecto, por lo cual la nación no está obligada a reconocerla, sometida como esta a su control y vigilancia: esa propaganda por el triunfo de cual o tal idea religiosa la limita al Estado de igual manera que la libertad de enseñanza como la de culto es relativa incondicional.

Como se ve en esa sentencia dictada en 1953 e implícitamente ratificada en 1990 el Estado conservó un alto poder de control sobre las iglesias lo que en la práctica se ha traducido en un predominio de la Iglesia Católica por efecto, entre otras circunstancias, del apoyo del Estado a la Iglesia Católica. Es también importante saber que el gobierno venezolano otorga donaciones a la Iglesia Católica y a muchas de sus instituciones como son colegios y organizaciones caritativas. Existen algunos indicios que señalan que el Estado venezolano también realiza otras donaciones pero en menor cuantía a otras iglesias como la judía y evangélica, no obstante es desproporcionado el gran monto que se acuerda a la Iglesia Católica en comparación con el que suponemos se le hace a otras iglesias, no obstante alguien pudiese alegar, sin que faltara alguna razón para ello, que es proporcional al número de feligreses de esas religiones.

III. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y THE FREE EXERCISE CLAUSE

En Estados Unidos *The first amendment* ha consagrado la libertad de religión, es decir la libertad para creer, y su contenido ha sido entendido en el sistema constitucional americano en dos sentidos: uno como la libertad para practicar las religiones, y dos como la neutralidad del Estado frente a las iglesias, denominada esta doctrina la *establishment clause*.

El *free exercise clause* básicamente establece la imposibilidad para el gobierno de sancionar a los ciudadanos porque practiquen algún tipo de religión o credo. El segundo de los contenidos es la llamada *establishment clause* que básicamente impone al gobierno no ayudar o actuar en favor de algún tipo de dogma o iglesia concreta.

1. The Free Exercise Clause

Modernamente *the free exercise clause* comenzó a aplicarse en 1963 con una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Sherbert vs. Verner*⁵. La Corte mantuvo: “sería una violación a la libertad religiosa negar el beneficio del séptimo día de no trabajo a los adventistas, únicamente por la negativa a trabajar el Sabbath”⁶. Básicamente esa sentencia impone al gobierno la imposibilidad de sancionar a un individuo por actuar de acuerdo con su creencia religiosa al menos que el gobierno pueda demostrar *a compelling need before it may penalize an individual*.

2. Establishment Clause

Esta cláusula básicamente prohíbe al gobierno ayudar a una religión más que a las otras, dicho de otra manera, obliga al Gobierno a mantenerse neutral frente a las Iglesias.

Esta doctrina se ha desarrollado en mi opinión como una manera, fórmula o modelo para asegurar la libertad religiosa impidiendo que una religión predomine sobre las otras por efecto del apoyo del Gobierno, impidiendo así una suerte de monopolio que pueda imponer alguna religión por efecto de la ayuda preferente o privilegiada que le pueda dar ese Estado. De esta manera la libertad religiosa está absolutamente vinculada al *establishment clause* consagrada en la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, y es esa una de las más activas doctrinas que se ha desarrollado en esa nación del mundo para proteger la libertad de cultos y constituye una fórmula para garantizar la libertad, es decir la neutralidad del Gobierno se erige como parte de la libertad religiosa.

En el caso *Lemon vs. Kurtzman*⁷ se debatió si una impugnada práctica del Gobierno estaba en contradicción con al libertad de religión, la Corte de los Estados Unidos de América desarrolló una prueba para dar respuesta a ese debate judicial, formulando tres preguntas en torno a la práctica gubernamental: (i) ¿Tiene la práctica del Gobierno un propósito secular?; (ii) ¿Tiene esa práctica efectos que permitan a una religión predominar?; (iii) ¿Tiene esa práctica un efecto excesivo en estrechar los lazos entre Estado e

5. 374 U.S. 398 (1963).

6. Traducción libre del autor.

7. 403 U.S. 602 (1971)

Iglesia?⁸ La Corte Suprema de los Estados Unidos estableció este test para determinar si la práctica del Gobierno, está o no en contra de la *establishment clause*. Como se ha expresado básicamente lo que intenta la cláusula es la neutralidad del Estado y así incluso lo vemos en la decisión de *Abington Township vs. Schempp*⁹ en la que la Corte prohibió lecturas oficiales de la Biblia como parte de la ceremonia de apertura del año escolar en las escuelas públicas.

Esta idea de la neutralidad del Estado está destinada a impedir que una Iglesia sea más beneficiada por el Gobierno que otra. Esto fue confirmado recientemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en su decisión de 27 de junio del 2002, en este caso se trataba de un programa de ayuda económica escolar para que los padres pudiesen pagar parte de la inscripción y escoger el colegio de su preferencia con ayuda económica del Gobierno. La Corte decidió que no podía evidenciar que el Estado deliberadamente quisiera dar un incentivo a un tipo de colegio religioso, afirmó la Corte que cualquier escuela privada religiosa o no religiosa podría participar en el programa.

Esta sentencia que hemos citado es conocida como *Zelman vs. Simón-Harris* del 27 de junio del 2002 la Corte dijo en resumen lo siguiente:

En suma, el programa de Ohio es completamente neutral con respecto a la religión. El programa provee beneficios directos a un vasto espectro de individuos, definidos solamente con base en sus necesidades financieras y la residencia de una particular escuela distrital.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto el sistema de Estados Unidos de América ha concebido la libertad religiosa con base en el libre ejercicio de la práctica y para ello ha entendido que el papel del Estado debe ser neutral y en consecuencia el sistema constitucional de esa nación impide que el Estado promueva, financie o colabore con una iglesia en particular para que no predomine sobre las otras. De modo que el sistema de Estados Unidos de América ha controlado el rol del Estado para que sea sólo neutral frente a las creencias religiosas, lo que claramente permite la inexistencia de una iglesia oficial.

En la historia constitucional de Venezuela vemos como se ha admitido, al menos en la práctica, la idea de una religión oficial o por lo menos privilegiada frente a las otras. Así en la Constitución de 1947 y en la Constitución de 1961 hay una mención directa a los acuerdos internacionales que la Santa Sede del Vaticano podía firmar con Venezuela. Esto explica cómo jurídicamente una iglesia en particular era y creo que aún es promovida y privilegiada por el Estado Venezolano. Es decir, fueron las propias constituciones que directamente reconocieron privilegios para la Iglesia Católica.

En la Constitución de 1999 ha habido algunos cambios leves; en efecto, se eliminó la referencia directa que las Constituciones de 1947 y de 1961 hicieron a la Ley de Patronatos y a los Concordatos o convenios internacionales con la Santa Sede del Vaticano. Esta eliminación de la Constitución no impide que siga en vigencia el Concordato que Venezuela firmó con la Santa Sede en 1964, lo que supone que aún existen los privilegios legales para la Iglesia Católica en Venezuela.

8. Traducción libre del autor.

9. 374 U.S. 203 (1963).

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela han apoyado la existencia de esos privilegios para la Iglesia Católica Venezolana, en efecto se han dictado dos sentencias que ya citamos en 1953 y más reciente 1990, en ambos casos se admitieron esos privilegios exclusivos de la Iglesia Católica en relación con el resto de las iglesias en Venezuela.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

§ 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO¹

Asdrúbal Grillet Correa

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN: LA SANCIÓN DEL ADOLESCENTE EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

El *derecho penal juvenil* es casi desconocido, por no decir totalmente desconocido, por los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Se conoce su contenido en el cuarto nivel, concretamente en el Curso de Especialización en Derecho del Niño y del Adolescente y por el dictado de algunas materias optativas contenidas en el *Pensum* de Estudios del Curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Con las *sanciones aplicables a los adolescentes en el derecho penal juvenil venezolano*, se espera contribuir a la difusión, desarrollo y aplicación del nuevo derecho penal juvenil. En este sentido, se trata de dar a conocer parte de una investigación descriptiva, que se centra en las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes que han entrado en conflicto con la ley penal y las leyes penales especiales, especificadas en el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), teniendo como marco de referencia a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención sobre los Derechos del Niño (la Convención) y demás instrumentos jurídicos internacionales, suscritos por Venezuela y, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP). A tal efecto, es necesario tener presente que el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, forma parte de la política criminal represiva del Estado, destinada al control social de los jóvenes infractores, dando respuesta al hecho criminal ya producido. No obstante, el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es un sistema garantista de justicia penal, que define las conductas penalizadas, el proceso para la determinación de la responsabilidad de los adolescentes infractores, las medidas socioeducativas aplicables y la forma de ejecución de las mismas, con estricto apego a los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales suscritos por Venezuela.

Previamente, se precisan: los conceptos de niño y adolescente como sujetos de derecho, con base en un criterio objetivo, *juris et de jure* y, la problemática de la imputabilidad-inimputabilidad de los adolescentes. Asimismo, se estudian los derechos, garant-

1. El autor agradece a la Doctora MÁRQUEZ DE VIETE, Celia, profesora del Curso de Especialización en Derecho del Niño y del Adolescente del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, la tutoría prestada para la elaboración de la presente investigación. Asimismo, a Ada Vanessa y Valentina, continuación de mi ser, por servir de inspiración.

ías y deberes de los niños y adolescentes contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debidamente concordados con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos jurídicos internacionales, suscritos por Venezuela y, el Código Orgánico Procesal Penal.

En la medida de lo posible se presentan cuadros-resumen como recurso pedagógico, para facilitar a los interesados en el tema, la comprensión y el manejo de los aspectos investigados.

La muerte del viejo paradigma tutelar y el nacimiento del paradigma de la protección integral, forzosamente hacen concluir, que el modelo de la protección integral debe ser considerado como un paradigma transitorio, que debe ser revisado continuamente, para dar paso a nuevos modelos globales, que hagan ciudadanos plenos a los niños y a los adolescentes, incluso antes del nacimiento. Los modelos emergentes deben ser producto de la interacción de todos los componentes de la sociedad, sin ningún tipo de discriminación, teniendo como génesis nuestras especificidades, adoptados en forma soberana por la sociedad venezolana, tomando en cuenta las experiencias de otros países, pero sin imposiciones foráneas. Finalmente, es necesario resaltar que la participación de los niños y de los adolescentes en la construcción de los nuevos paradigmas, debe tener carácter protagónico y no jugar el papel de simples espectadores, como ha ocurrido hasta la fecha.

Analizadas las sanciones punibles del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como parte integrante de la doctrina de la protección integral, que viene a sustituir el binomio compasión-represión por el binomio severidad-justicia, se recomienda al Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela: la reforma del *Pensum* de Estudios de la Escuela de Derecho, de manera de incluir en el mismo, con carácter obligatorio, la asignatura Derecho Penal Juvenil, como un derecho penal especial, que incluya entre otras, el estudio de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el derecho comparado. Además, se debe proceder a integrar el *pensum* del tercer nivel con los estudios de cuarto nivel, de manera de evitar repeticiones innecesarias. Asimismo, la designación de grupos de trabajo para estudiar y difundir el derecho penal juvenil.

II. ANTECEDENTES Y CONTENIDO

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente aparece publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 5.266 Extraordinario, el 02 de octubre de 1998² y entró en vigencia el 1 de abril de 2000, teniendo como marco la Conven-

2. CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, en el trabajo intitulado, *Los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: una aproximación general*, recopilado en el libro Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas 2001, p. 52, señala que aunque “la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente es anterior a la Constitución, ambas son perfectamente congruentes y compatibles ya que se fundamentan en los mismos valores, en la misma visión de la democracia participativa y, sobre todo, en los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos. Se puede afirmar que la Asamblea Nacional Constituyente incorporó al

ción de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, instrumento este último, aprobado por unanimidad el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas³, ratificado el 26 de enero de 1990 por el Ejecutivo Nacional y convertido en Ley de la República de Venezuela, al ser publicada en la Gaceta Oficial, N° 35.541, el 29 de agosto de 1990.

Como es conocido por todos, en la época de la Capitanía General de Venezuela al igual que en los primeros años del nacimiento de la República de Venezuela, se aplicó el derecho penal español hasta prácticamente la entrada en vigencia del Código Penal de 1863, que es el primer Código Penal venezolano, instrumento que contemplaba la normativa aplicada a los adultos y a los adolescentes, política criminal que con pequeñas variantes también se recoge en los subsiguientes Códigos Penales de 1873, 1897, 1904, 1912, 1915 y 1926⁴, concretándose en los Artículos 69, 70 y 71 del Código mencionado en último término. De acuerdo a Luis Ángel Naranjo Díaz⁵, los artículos *in comento* consagran todo “lo referido a la responsabilidad penal de las personas mayores de doce años y menores de quince, en una redacción ambigua que hace depender la responsabilidad de los adolescentes de esa edad al hecho, poco concreto, de que aparezca que obró con discernimiento. Situación delicada que podía crear, como en efecto creó, una grave discriminación en contra del menor de bajos recursos, a quien en la mayoría de los casos se le consideró en actuación con discernimiento; mientras que el menor perteneciente a una familia de recursos económicos, sociales o políticos de cierta relevancia, era declarado sin responsabilidad por actuar sin discernimiento”.

El 10 de enero de 1939, entra en vigencia el Código de Menores, señalando:

Artículo 1º. Al Estado le corresponde la vigilancia, educación, protección integral de los menores de 18 años que se encuentren en abandono moral o material o que hubieren delinquido.

...

Artículo 8º. Para los fines de esta Ley, se considerará delincuente a todo menor que resultare autor, cómplice o encubridor de hechos calificados como delito o falta por el Código Penal y por otras Leyes. Para la determinación de esta clase de delincuente deben tomarse en cuenta las disposiciones de los artículos 69, 70 y 71 del mismo Código.

...

Artículo 38. A los menores de 18 años que se encuentren en estado de abandono moral o material o que hubieren delinquido, serán juzgados por Tribunales especiales para menores, conforme a las disposiciones de este Código.

El Código de Menores fue derogado el 30 de diciembre de 1949, por el Estatuto de Menores, instrumento este último, que fue reformado el 23 de diciembre de 1975 y de acuerdo con Luis Ángel Naranjo Díaz⁶, el Estado venezolano con el Estatuto de Menores, introduce en el “derecho de menores criterios científicos sobre el estudio de la personalidad del sujeto menor de edad, infractor o con problemas de conducta. También

nuevo texto constitucional los principios fundamentales de esta Ley o, dicho de otro modo, esta Ley desarrolló anticipadamente las disposiciones constitucionales referidas a los derechos de niños, niñas y adolescentes”.

3. A la fecha, todos los países pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, con las excepciones de los Estados Unidos de América y Somalia, han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

4. La última Reforma del Código Penal fue publicada en la *G.O.* n° 5.494 *Extraordinario*, el 20 de octubre de 2000.

5. NARANJO DÍAZ, Luis Ángel, *Responsabilidad penal del adolescente en Venezuela. Análisis exegético de la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Distribuidora Nabriel, Caracas 2001, p. 16.

6. NARANJO DÍAZ, Luis Ángel, *op. cit.*, p. 28.

establece la investigación del ambiente social y familiar del menor en esas condiciones. Con estas consideraciones científicas ingresa en el estudio de las ciencias jurídicas consideraciones meta-jurídicas propias del estudio de la conducta humana, como peritajes multidisciplinarios entre la Ciencia Médica, la Psicología y en especial, la Psiquiatría”.

El Estatuto de Menores fue derogado el 30 de diciembre de 1980, al ser publicada la Ley Tutelar de Menores en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 2.710 Extraordinario, ley adscrita a la doctrina de la situación irregular, al paradigma tutelar. Y finalmente, como se anotó *supra*, el 29 de agosto de 1990, la Convención se convierte en Ley de la República y, a partir del 01 de abril de 2000, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente deja sin efecto a la Ley Tutelar de Menores y se produce el advenimiento de un nuevo paradigma: la doctrina de la protección integral.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (EMLOPNA), al ratificar Venezuela la Convención sobre los Derechos del Niño, en el período que va desde el 29 de agosto de 1990 hasta el 31 de marzo de 2000, se produce una realidad jurídica anómala: la vigencia simultánea de dos leyes, la Ley Tutelar de Menores (vigente hasta el 31 de marzo de 2000) y la Convención (vigente desde el 29 de agosto de 1990), antagónicas entre sí, regulando el mismo tema, generando una verdadera *esquizofrenia jurídica*⁷.

Para superar la situación *supra* indicada y cumplir con los compromisos internacionales adquiridos, Venezuela tiene que ajustar su legislación interna a los principios y normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención significa un cambio radical de paradigma, se pasa de la doctrina tutelar, la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, la doctrina para la protección de los derechos del niño.

Para José Arcadio Sánchez Valencia⁸, la doctrina tutelar es *peligrosista*, nacida de la corriente filosófica del positivismo, basada en la creencia que el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones, “debido a su incompleto desarrollo físico, intelectual y afectivo. Por eso pretende ser un derecho tutelar del menor mismo, que aspira a ser formativo del hombre. Esta teoría ha surgido como una respuesta al conocimiento del fracaso de la institución de la familia, debido a ello, este derecho especial, en algún momento histórico y en algunos países, se ha traducido en un derecho penal paternalista”.

Por su parte, Emilio García Méndez⁹, sostiene que la doctrina de la protección integral propone “un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles... Se jerarquiza la función judicial,

7. Esta situación se presentó en el resto de los países de América Latina durante el proceso de transformación de la Convención en ley nacional, de acuerdo con lo expuesto por GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, quien utiliza la expresión *esquizofrenia jurídica* para referirse a este problema, en el trabajo intitulado, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, segunda edición, aumentada, corregida y actualizada, Editorial Temis y Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires 1999, p. 10.

8. SÁNCHEZ VALENCIA, José Arcadio, en el trabajo intitulado, “Derecho Penal de Menores en El Salvador”, recopilado en el libro *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad. El proceso de adecuación de la legislación interna a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. La experiencia de El Salvador*. Publicación realizada por el Ministerio de Justicia de la República de El Salvador, PNUD, Prodere Edinfodoc, con la colaboración de la Cooperación Italiana, UNICEF e ILANUD, Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, San Salvador 1995, p. 114.

9. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América latina. De la situación irregular a la protección integral*, segunda edición. Ibagué 1997, pp. 27-28.

devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica... Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentran en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión... Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia... Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión -debidamente comprobada- de delitos o contravenciones... Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos... Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos de derecho contenidos en la Convención Internacional... Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional... según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad”.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, las acotaciones preinsertas se resumen, así: “Se abandonó el concepto del niño como sujeto de tutela para adoptar el concepto del niño como sujeto de derechos, entendiéndose por tal la habilitación para demandar, actuar y proponer. Hoy se ve al niño como persona en desarrollo, con derechos y responsabilidades inherentes a todos los seres humanos”.

Con la denominación *doctrina de la protección integral*, se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, que como ya se anotó, expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño¹⁰, esta doctrina condensa la existencia de los siguientes instrumentos básicos:

- 1) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño;
- 2) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing¹¹;
- 3) Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad¹²;
- 4) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Justicia Juvenil o Directrices de Riyadh¹³;
- 5) El Convenio N° 138 y la Recomendación N° 146 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la edad mínima de admisión al empleo¹⁴; y,
- 6) La Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza¹⁵.

10. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

11. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.

12. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

13. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

14. Adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1973 y aprobados por el Congreso de la República de Venezuela como ley al ser publicada en la *G.O. de la República de Venezuela*, n° 3.326 Extraordinario, de fecha 18 de enero de 1984.

No cabe duda, que la Convención sobre los Derechos del Niño, a pesar de no ser el primer instrumento en términos cronológicos, constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa. Además, la Convención ha tenido el mérito de llamar la atención acerca de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia.

Pacíficamente se acepta que la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a las llamadas leyes de segunda generación, por estar claramente inspiradas en la doctrina de la protección integral, paradigma dentro del cual se inscribe la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que como se ha dicho, entró en vigencia a partir del 01 de abril del 2000, instrumento que consta de 685 artículos, distribuidos en 6 títulos, con sus correspondientes capítulos y secciones, con el siguiente detalle:

El *Título I*, establece las Disposiciones Directivas: los principios y regulaciones fundamentales aplicables a toda la Ley y determinan las bases del desarrollo de su contenido y consta de nueve (9) artículos.

El *Título II*, Derechos, Garantías y Deberes de todos los niños y adolescentes, de manera de cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención, tiene 3 capítulos y consta de ciento siete (107) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Derechos, Garantías y Deberes; y, Capítulo III, Derecho a la Protección en Materia de Trabajo.

El *Título III*, Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, tiene 13 capítulos y consta de doscientos veinte y ocho (228) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Políticas y Programas de Protección del Niño y del Adolescente; Capítulo III, Medidas de Protección; Capítulo IV, Órganos Administrativos de Protección. Consejos de Derechos del Niño y del Adolescente; Capítulo V, Órganos Administrativos de Protección. Consejos de Protección del Niño y del Adolescente; Capítulo VI, Órganos Judiciales de Protección y Ministerio Público; Capítulo VII, Entidades de Atención; Capítulo VIII, Defensorías del Niño y del Adolescente; Capítulo IX, Infracciones a la Protección Debida. Sanciones; Capítulo X, Acción de Protección; Capítulo XI, Procedimientos Administrativos; Capítulo XII, Procedimiento Judicial de Protección; y, Capítulo XIII, Previsión y Aprovechamiento de Recursos Económicos. Fondo de Protección del Niño y del Adolescente.

El *Título IV*, Instituciones Familiares, tiene 6 capítulos y consta de ciento ochenta y uno (181) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Patria Potestad; Capítulo III, Familia Sustituta; Capítulo IV, Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales; Capítulo V, Procedimiento de Adopción; y, Capítulo VI, Procedimiento Especial de Alimentos y de Guarda.

El *Título V*, Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, tiene 4 capítulos y consta de ciento cuarenta y seis (146) artículos: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Procedimiento; Capítulo III, Sanciones; y, Capítulo IV, Justicia Penal del Adolescente.

15. Proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.

Por último, el *Título VI*, se refiere a las Disposiciones Transitorias y Finales y, consta de catorce (14) artículos.

III. EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE COMO SUJETOS DE DERECHOS

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se abandonó el concepto de niño como sujeto de tutela para adoptar el concepto de niño como sujeto de derechos, entendiéndose por tal la habilitación para demandar, actuar y proponer, señalando taxativamente la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, lo siguiente:

Artículo 1º. Objeto.

Esta Ley tiene por objeto garantizar a todos los niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles, desde el momento de su concepción.

...

Artículo 10. Niños y adolescentes sujetos de derecho.

Todos los niños y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 11. Derechos y garantías inherentes a la persona humana.

Los derechos y garantías de los niños y adolescentes consagrados en esta Ley son de carácter enunciativos. Se les reconoce, por lo tanto, todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en esta Ley o en el ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, destacan dos (2) ideas básicas:

- 1) Que la Ley consagra y reconoce expresamente a todos los niños y adolescentes, la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales, garantizándoles adicionalmente, el ejercicio personal de los mismos en forma progresiva; y,
- 2) Que la responsabilidad de lograr este propósito, corresponde en forma concurrente pero diferenciada, al Estado, a la familia y a la sociedad.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, define al niño y al adolescente, así:

Artículo 2º. Definición de niño y de adolescente.

Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad.

Si existieren dudas acerca de si una persona es niño o adolescente se le presumirá niño, hasta prueba en contrario. Si existieren dudas acerca de si una persona es adolescente o mayor de dieciocho años, se le presumirá adolescente, hasta prueba en contrario.

...

Artículo 533. Grupos etarios.

A los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones se distingue los adolescentes en dos grupos: los que tengan de doce hasta menos de catorce años y los que tengan catorce y menos de dieciocho años de edad.

Es importante destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño no hace distinción entre las personas de menos de diez y ocho (18) años. No obstante, en el proceso de discusión de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se consideró conveniente crear dos (2) categorías dentro de este grupo etario: los niños y los adolescentes, de manera de regular con mayor sencillez, las materias relativas al ejercicio de derechos y garantías, los deberes y las responsabilidades. Asimismo, desagregó el último de los grupos etarios, en dos subgrupos: un subgrupo, que comprende a los adolescentes mayores de doce (12) años y menores de catorce (14) años; y el otro subgrupo, que comprende a los adolescentes mayores de catorce (14) años y menores de diez y ocho (18) años. Se deslindan a los grupos y subgrupos etarios siguiendo criterios pacíficos de la *psicología evolutiva*¹⁶, adoptados en forma casi unánime en la legislación comparada. Es decir, que con un criterio objetivo, mediante la aplicación del *sistema biológico*¹⁷, *juris et de jure*¹⁸, se infieren en la población los siguientes rangos de edades de los grupos etarios, así: *niños* (menores de 12 años), *adolescentes* [con dos subgrupos: mayores de doce (12) años y menores de catorce (14) años y, mayores de catorce (14) años y menores de diez y ocho (18) años]; y, *adultos* (mayores de 18 años).

De acuerdo a la información publicada por la Oficina Central de Estadística e Informática¹⁹⁻²⁰, la población total de Venezuela al 21 de octubre de 1990²¹, se cifró en 18.105.265 personas, de las cuales 5.497.153 personas pertenecían al grupo de los niños, 2.414.197 personas al grupo de los adolescentes, que incluye dos (2) subgrupos de adolescentes²², y 10.193.915 personas al grupo de los adultos. Es decir, que para 1990 un poco menos de la mitad de la población (43,7%) eran personas menores de diez y ocho (18) años y el resto (56,3%) personas mayores de diez y ocho (18) años.

16. Cf., Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

17. Cf., RAFFO, Héctor A., en el trabajo intitulado, "El derecho de menores. Un derecho singular", recopilado en el libro RAFFO, Héctor A.; IGLESIAS, Ascensión M.; GAMAS, Rafael E. y SÁNCHEZ, Rosa E., *Menores infractores y libertad asistida. Los cinco puntos*, Ediciones La Rocca, denomina sistema rígido al sistema biológico, Buenos Aires 2000, p. 47.

18. LONGO F., Paolo, en el trabajo intitulado, "El Ministerio Público dentro del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia", recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA*, pp. 177-178, sostiene que "ya no se puede recurrir únicamente a la presunción iuris et de iure de mayoría por razones de estricta cronología etaria, sino que debe atenderse a los mecanismos técnico científicos que permiten considerar la mayor o menor comprensión de los actos y la certeza de la expresión de la voluntad de infante o del joven, basado en la concepción de que los seres humanos y sujetos de derecho con participación preponderante en el sistema de derecho que les atañe".

19. A la Oficina Central de Estadística e Informática le cambiaron el nombre y a la fecha se denomina Instituto Nacional de Estadística.

20. Oficina Central de Estadística e Informática, *El Censo 90 en Venezuela*, Caracas 1993, pp. 5-7.

21. Fecha en que se realizó el censo poblacional de 1990.

22. El subgrupo de adolescente formado por los mayores de 12 años y menores de 14 años suma 840.348 personas y, el subgrupo de adolescente integrado por mayores de 14 años y menores de 18 años se cifró en 1.573.849 personas.

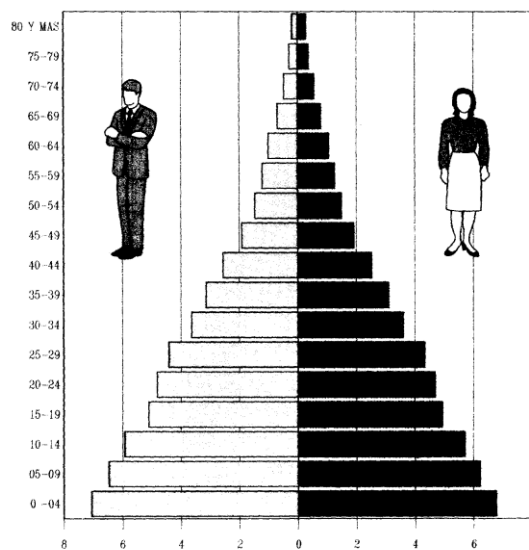
CUADRO 1
REPÚBLICA DE VENEZUELA
POBLACIÓN AL 21 DE OCTUBRE DE 1990

Grupos etarios		Población		
Categorías	Edades	Total	Varones	Hembras
Adultos	Mayores de 18 años	10.193.915	5.004.188	5.189.727
Adolescentes	Mayores de 14 años y menores de 18 años	1.573.849	791.394	782.455
	Mayores de 12 años y Menores de 14 años	840.348	425.875	414.473
Niños	Menores de 12 años	5.497.153	2.798.300	2.698.853
T O T A L		18.105.265	9.019.757	9.085.508
Fuente:	Oficina Central de Estadística e Informática. <i>El Censo 90 en Venezuela</i> . Caracas, 1993. Págs. 5-7.			

Las estadísticas anotadas forzosamente llevan a concluir, que Venezuela tiene una pirámide poblacional de base muy ancha (población joven) y un vértice estrecho (población adulta). En consecuencia, *Venezuela es clasificada como un país de población predominantemente joven.*

GRÁFICO 1
REPÚBLICA DE VENEZUELA
PIRÁMIDE DE POBLACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 1990

EDADES



PORCENTAJE DE POBLACIÓN

Fuente: Oficina Central de Estadística e Informática y Centro Latinoamericano de Demografía. *Venezuela: Estimaciones y proyecciones de población 1950-2035*. Caracas, 1995, pág. 41.

Para Carmen Luisa Reyna de Roche²³ la

alta proporción en la cual la población de Venezuela está integrada por niños y jóvenes acentúa la importancia que es necesario dar a los problemas que afectan a la infancia venezolana y a la protección de los derechos de los niños que habitan el país, a la supervivencia, al desarrollo, a la protección y a la participación, que es de lo que fundamentalmente se trata cuando se hablaba del interés del menor o, ahora, del Interés Superior del Niño.

A continuación se presentan las estimaciones de la población de Venezuela, realizadas por la Oficina Central de Estadística e Informática para los años 2000, 2010 y 2020.

CUADRO 2
REPÚBLICA DE VENEZUELA
POBLACIÓN ESTIMADA PARA LOS AÑOS 2000, 2010 Y 2020

Grupos etarios		Población		
Categorías	Edades	2000	2010	2020
Adultos	Mayores de 18 años	14.441.292	18.601.680	22.702.261
Adolescentes	Mayores de 14 años y Menores de 18 años	2.022.623	2.202.128	2.260.458
	Mayores de 12 años y Menores de 14 años	1.069.533	1.111.161	1.138.363
Niños	Menores de 12 años	6.636.296	6.800.918	6.809.706
TOTAL		24.169.744	28.715.887	32.910.788
Fuente:	Oficina Central de Estadística e Informática y Centro Latinoamericano de Demografía. <i>Venezuela: Estimaciones y proyecciones de población 1950-2035</i> . Caracas, 1995. Págs. 23-24 y 27-30.			

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como las leyes nacionales de los países pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas tienden a utilizar las palabras niño(s), niña(s), niñez, juventud y adolescente(s), en lugar de las palabras menor y menores, por cuanto estas últimas se asocian a la incapacidad del(los) niño(s) y adolescente(s) para ejercer personalmente sus derechos y asumir sus responsabilidades y en consecuencia, reflejan la confrontación entre la doctrina tutelar y la doctrina de la protección integral. Por iguales razones, evitan usar las palabras mayor y mayores y, en su lugar propenden a utilizar la palabra adulto. Sobre el particular, Elías Neuman²⁴ dice que los preconceptos y discriminaciones se advierten desde el lenguaje y que él utiliza niño(s) y menor(es) y, adulto(s) y mayor(es) como palabras sinónimas, sin discriminación posible y lo hace porque se hallan en el idioma.

No obstante, en algunos instrumentos jurídicos de países de América latina se utilizan las palabras *estigmatizadas*, a pesar de haber ratificado la Convención, como es el caso de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y El Salvador.

23. REYNA DE ROCHE, Carmen Luisa, en el trabajo intitulado, "Del interés del menor al interés superior de los niños, niñas y adolescentes", recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA*, p. 80.

24. NEUMAN, Elías, *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires 1994, p. 67.

CUADRO 3

LEYES, PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE LEYES SOBRE NIÑOS Y ADOLESCENTES DE ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS, ELABORADOS DESPUÉS DE RATIFICADA LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998^{A,B}

País	Instrumento jurídico	Año ¹
Argentina	Ley N° 10.903 Patronato de Menores ²	1919
Bolivia	Ley N° 1403 Código del Menor	1992
Brasil	Estatuto del Niño y del Adolescente	1990
Colombia	Código del Menor ²	1989
Chile	Ley de Menores N° 16.618 Ley de Erradicación de Personas Menores de Dieciocho Años de las Cárceles de Adultos	1996 Nd
Costa Rica	Código de la Niñez y la Juventud Ley de Justicia Penal Juvenil	1997 1996
Ecuador	Código de Menores	1992
El Salvador	Ley del Menor Infractor	1995
Guatemala	Código de la Niñez y la Juventud	1996
Honduras	Código de la Niñez y la Adolescencia	1996
México	Nd	Nd
Nicaragua	Código de la Niñez y la Adolescencia	1998
Panamá	Código de la Familia	1994
Paraguay	Código del Menor ²	1981
Perú	Código de los Niños y los Adolescentes Decreto Legislativo N° 899 Ley contra el Pandillaje Pernicioso Decreto Legislativo N° 895 Ley contra el Terrorismo Agravado	1993 1998 1998
República Dominicana	Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	1994
Uruguay	Código del Niño ²	1934
Venezuela	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	1998
a	Cuadro elaborado con base en el texto del libro señalado como fuente.	
b	En algunos países están tramitando proyectos o trabajan en la elaboración de anteproyectos de leyes, para adaptarlos a la Convención o para actualizar sus correspondientes leyes, como es el caso de Argentina (Proyecto de Código del Niño y del Adolescente); Brasil (Anteproyecto de Ley de Ejecución de Medidas Socioeducativas); Ecuador (Matriz Legislativa del Nuevo Código del Niño y del Adolescente); México (Anteproyecto de Ley Reglamentaria del Artículo 40 Constitucional, para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas, y los y las Adolescentes), Panamá (Proyecto de Ley Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia); Paraguay (Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia); y, Uruguay (Proyecto de Ley Código de la Niñez y la Adolescencia).	
1	Se refiere al año en que fue aprobado el instrumento.	
2	Instrumento vigente a la fecha, aprobado antes de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.	
Nd	Información no disponible.	
Fuente:	<i>Infancia, ley y democracia en América Latina</i> . Tomos I y II. Editorial Temis-Ediciones Depalma. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1999.	

IV. ¿IMPUTABILIDAD-INIMPUTABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES?

Se discute en el foro sobre si los adolescentes son imputables o si son inimputables. Ahora bien, ¿Por qué surge la duda? La duda nace, porque la lógica dice, que: Si todos los adultos que violan la ley penal son infractores y en principio todos los adultos infractores, son imputables. Entonces, si los adolescentes tienen los mismos derechos y deberes que los adultos, cuando los adolescentes infringen la ley penal, se convierten en infractores²⁵ e imputables, como los adultos.

Sobre el particular es conveniente precisar, que es pacíficamente aceptado por la doctrina, que *inimputable* es una persona que está exenta de responsabilidad por sus actos o sus acciones o por circunstancias existentes en el momento del hecho punible. Ahora bien, esto es aplicable a cualquier persona imputable (con capacidad de culpabilidad), se trate de un adolescente o de un adulto y se aplica tanto en el sistema penal de adultos como en el sistema penal de adolescentes. No obstante, tratándose de adolescentes, se da una presunción de no imputabilidad a toda persona mayor de doce (12) años y menor de diez y ocho (18) años y de acuerdo a Delia Mateo de Ferroni²⁶, ello resulta ser una característica propia del derecho de menores. En el mismo sentido, Edson Seda²⁷ señala que para la Constitución brasileña “el adolescente imputable (al cual se puede imputar o atribuir un acto que llevó a cabo en el pasado e imputarle responsabilidad por ese acto), se debe atribuir (cosa que tiene que ver con el futuro) una medida socioeducativa, no una pena”²⁸.

Además, la duda también se basa en la polémica de vieja data, dada por las dos posiciones doctrinarias irreconciliables, que consideran al derecho penal como compartimentos estancos, negando la lógica del derecho penal como un todo. Las posiciones *in comento*, se presentan a continuación:

1) Quienes consideran que los ilícitos penales de los adolescentes integran un cuerpo dogmático autónomo²⁹, con proyección jurisdiccional específica y procedimientos propios; y,

25. BERISTAIN, Antonio, en el trabajo intitulado, “Desarrollo del niño, desarrollo social y criminal. Ruptura epistemológica del desarrollo/economía”, recopilado por la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas en el *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, tomo 2, Caracas 1998, p. 87, señala al joven que no ha cumplido diez y seis (16) años, incluso diez y ocho (18) años, “nunca se le debe calificar como delincuente. Si se hace se le estigmatiza, se le margina. Y eso sobre una base falsa, pues se le supone capaz de una responsabilidad y culpabilidad igual que la de un adulto. Esto carece de confirmación científica”.

26. MATEO DE FERRONI, Delia, *Régimen penal de menores*, Editorial Juris, Rosario 1998, pp. 101-102.

27. SEDA, Edson, en el trabajo intitulado, “Comentarios al proceso de reforma legislativa en Brasil”, recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 260.

28. SANDOVAL, Miguel Ángel, en el trabajo intitulado, *Nuevo derecho penal del adolescente*, recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA*, p. 332, sostiene que las medidas socioeducativas son penas, que tienen carácter aflictivo y una finalidad preventiva especial y no son medidas de seguridad. Por su parte, MORAIS, María G., en el trabajo intitulado, “La ejecución de las medidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”, recopilado en el mismo libro (p. 368), señala que “eufemismo aparte, la LOPNA prevé como medida sancionatoria una medida de seguridad postdelictual, de finalidad educativa aplicada y ejecutada por un juez especializado, sin ninguna consideración a la peligrosidad del adolescente, dentro de los límites fijados por la norma y ejecutada de acuerdo a las condiciones, derechos y garantías establecidos en la ley”.

29. ALVEAR VALENZUELA, María Soledad, en el trabajo intitulado, “Comentarios al proceso de reforma legislativa en Chile”, recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 326, señala que durante el Siglo XIX, “se proclamó la autonomía del derecho de menores ante el derecho penal, que en la práctica se expresó en la promulgación de leyes especiales de menores en los países de América Latina y en algunos países

2) Quienes consideran que tales inconductas integran un capítulo especial dentro del derecho penal de adultos y una jurisdicción penal similar a la ordinaria.

Por otro lado, los niños, definidos como personas con menos de doce (12) años de edad, como se anotó *supra*, son *no imputables por presunción absoluta, en razón de su edad* y en consecuencia, no se les aplica el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Los niños están en una etapa de transición, denominada *moratoria psicosocial* por E. Erickson³⁰, se trata de un período previo a la asunción real de los roles y responsabilidades de los adolescentes y de los adultos. Los roles de los adolescentes y adultos van relacionados con las normas, “implican aquello que la sociedad dispone para sus miembros y espera su cumplimiento, son roles que le son propuestos como posibilidades futuras, aquello que puede llegar a ser. La moratoria es un período de demora que se concede a alguien que no está listo para cumplir una obligación o que se impone a aquél que debería darse tiempo a sí mismo”.

La no imputabilidad de los niños es magistralmente explicada en el Proyecto de Reforma del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil del Código del Menor de la República de Colombia³¹, así:

Es sabido, que el procesamiento penal, es una forma de tratar a las personas, que produce consecuencias negativas, estigma o juicios de valor negativos sobre ellas. Y esta forma de tratamiento, influirá en la formación de la personalidad del sujeto, puesto que todos construimos nuestra personalidad en interacción con otras personas, y la forma como los otros nos ven y tratan es decisiva para la formación del sujeto. A edades más tiernas, se es más vulnerable a la forma como los otros nos ven y tratan. Con anterioridad a los doce años no tiene mayor sentido vincular a un proceso penal a una persona y en cambio si lo deja sometido a todas sus consecuencias negativas.

Excluir a los menores de 12 años del juzgamiento penal, implica en cierta forma reconocer que antes de esa edad, la mayor cuota de responsabilidad por sus actos recae en la familia, la sociedad y el Estado.

Las medidas aplicadas al niño victimario se parifican con las medidas aplicadas al niño víctima. Es decir, que a ambos se les aplican medidas de protección y por ello, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señala:

Artículo 532. Niños. Cuando un niño se encuentre incurso en un hecho punible sólo se le aplicarán medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en esta Ley.

Ahora bien, la LOPNA define las medidas de protección así:

Artículo 125. Definición.

Las medidas de protección son aquellas que impone la autoridad competente cuando se produce en perjuicio de uno o varios niños o adolescentes individualmente considerados, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo *puede provenir* de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los padres, representantes, responsables o *de la propia conducta del niño o del adolescente* (subrayado del autor).

de Europa”. Esta legislación estaba basada en lo que se conoce como la doctrina de la situación irregular y en Chile se dictó en 1928, la Ley de Protección de Menores.

30. Citado por VARELA, Osvaldo H.; ÁLVAREZ, Héctor R. y, SARMIENTO, Alfredo J., *Psicología forense. Consideraciones sobre temáticas centrales*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997, p. 48.

31. Proyecto de Reforma al Código del Menor. Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 372.

En consecuencia, según el

Artículo 126. Tipos.

Una vez comprobada la amenaza o violación a que se refiere el artículo anterior, la autoridad competente puede aplicar las siguientes medidas de protección:

- a) inclusión del niño o adolescente y su familia, en forma conjunta o separada, según el caso, en uno o varios de los programas a que se refiere el artículo 124 de esta Ley;
- b) orden de matrícula obligatoria o permanencia, según sea el caso, en escuelas, planteles o institutos de educación;
- c) cuidado en el propio hogar del niño o adolescente, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño o adolescente, a través de un programa;
- d) declaración de los padres, representantes o responsables, según sea el caso, reconociendo responsabilidad en relación al niño o al adolescente;
- e) orden de tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, ambulatorio o en régimen de internación en centro de salud, al niño o al adolescente que así lo requiera o a sus padres o representantes, en forma individual o conjunta, según sea el caso;
- h) abrigo,
- i) colocación familiar o en entidad de atención;
- j) adopción;

Se podrá aplicar otras medidas de protección si la particular naturaleza de la situación la hace idónea a la preservación o restitución del derecho, dentro de los límites de competencia del Consejo de Protección que las imponga.

Las ideas preinsertas las resume Emilio García Méndez³², así:

1) Los menores de 18 años (y mayores de 12) son inimputables penalmente, siendo, sin embargo, penalmente responsables.

2) La responsabilidad penal significa que a los adolescentes (de 12 a 18 años incompletos), se le atribuyen, en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de sus hechos que siendo típicos, antijurídicos y culpables, significan la realización de algo denominado crimen, falta o contravención. Siendo las leyes penales, el punto de referencia común para adultos y menores de 18 años, el concepto de responsabilidad difiere sustancialmente del de imputabilidad, en tres puntos fundamentales: a) los mecanismos procesales, b) el monto de las penas (adultos) difiere del monto de las medidas socioeducativas (adolescentes), y c) el lugar físico del cumplimiento de la medida.

3) Los menores de 12 años, no sólo son inimputables sino que además son penalmente irresponsables. Cuando un menor de 12 años, comete un hecho (debidamente comprobado), que si [es] cometido por un adolescente pudiera constituir una infracción penal, no corresponde en estos casos una medida socioeducativa, sino una medida de protección penal.

V. DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES

Los niños y adolescentes como sujetos de derechos, son titulares de un conjunto de derechos, agrupados por la doctrina en cuatro (4) grandes categorías: derecho de super-

32. GARCIA MÉNDEZ, Emilio, "Bases para la construcción de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil", citado por BUAIZ VALERA, Yury Emilio, en el trabajo intitulado, "Política social, política criminal y la Convención sobre los Derechos del Niño", recopilado en el libro *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, p. 326.

vivencia, derecho al desarrollo, derecho a la protección y derecho a la participación. Ahora bien, en forma coetánea le nacen un conjunto de deberes, resumidos por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, así:

Artículo 93. Deberes de los niños y adolescentes.

Todos los niños y adolescentes tienen los siguientes deberes:

- a) honrar a la patria y sus símbolos;
- b) respetar, cumplir y obedecer todas las disposiciones del ordenamiento jurídico y las órdenes legítimas que, en la esfera de sus atribuciones, dicten los órganos del poder público;
- c) respetar los derechos y garantías de las demás personas;
- d) honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsables, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan al ordenamiento jurídico;
- e) ejercer y defender activamente sus derechos;
- f) cumplir sus obligaciones en materia de educación;
- g) respetar la diversidad de conciencia, pensamiento, religión y culturas;
- h) conservar el medio ambiente;
- i) cualquier otro deber que sea establecido en la ley.

A tal efecto, Alberto Baumeister Toledo³³ dice que bajo la “nueva óptica, por igual la Ley procura establecer que a estos titulares de derechos *de rango y condiciones especiales*, como contrapartida de los derechos y prerrogativas que se les conceden, les nazcan y vayan asumiendo en su desarrollo las correspondientes responsabilidades frente a sus grupos familiares y sociales, con particular relevancia en lo que atiende a su responsabilidad por hechos ilícitos, anómalos socialmente...”

CUADRO 4

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA INFANCIA RECONOCIDOS POR LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO¹

Categoría	Artículo ²
1) <i>Derecho de supervivencia:</i>	
Derecho a la vida	6
Derecho a que los padres tengan la asistencia debida para que puedan asumir su crianza	18
Derecho a la salud	24
Derecho a la seguridad social	26
Derecho a un nivel de vida adecuado	27
Derecho a la protección en casos de conflicto armados	38
2) <i>Derecho al desarrollo, entre otros:</i>	
Derecho al nombre y nacionalidad	7
Derecho a preservar su identidad	8

33. BAUMEISTER TOLEDO, Alberto, en el trabajo intitulado “Anotaciones sobre la nueva normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente” relacionadas con los procedimientos en materia de familia y menores”, recopilado por CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, en el libro *Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Vadell Hermanos Editores, C.A., Valencia-Caracas 2000, p. 11.

Derecho a no ser separado de sus padres	9
Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión	14
Derecho de acceso a la información	
Derecho a la educación	17
Derecho a la recreación y la cultura	28 y 29 31
<i>3) Derecho a la protección:</i>	
Derecho a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia y correspondencia	16
Derecho contra todas las formas de explotación y crueldad	19
Derecho de protección especial del niño refugiado	
Derecho de protección al niño mental y físicamente impedido	22
Derecho contra el uso ilícito de estupefacientes	23
Derecho contra el abuso sexual	33
Derecho contra la venta o trata de niños	34
Derecho contra abusos en el sistema de justicia penal	35 37 y 40
<i>4) Derecho a la participación:</i>	
Derecho a expresar su opinión y ser escuchados en asuntos que le conciernan	12
Derecho a la libertad de expresión	13
Derecho a la libre asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas y Derecho a desempeñar un papel activo en la sociedad en general.	15
1	Cuadro elaborado con base en el texto de la EMLOPNA.
2	Corresponde al artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño.
Fuente:	Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

A continuación se presentan los principios básicos y las garantías fundamentales del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

VI. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL JUVENIL

La doctrina de la protección integral convierte a los niños y a los adolescentes en sujetos de derechos, que los hace beneficiarios de un conjunto de principios básicos, de los cuales analizaremos cuatro (4), vinculados estrechamente con el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, por estar relacionados con el objeto de esta investigación, a saber: el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, la oportunidad y, la mínima intervención.

1. Principio de interés superior del niño

El interés superior del niño, llamado también el *principio de los principios*³⁴ o el *principio rector-guía*³⁵, no es una *creación ex novo* de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha sido “recogido del anterior derecho de familia o de menores... adquiere un nuevo significado al ser incorporado en el artículo 3º de la Convención”³⁶. El interés superior del niño, en palabras de Miguel Cillero Bruñol³⁷, es un principio garantista, es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades; constituye un conjunto de derechos-garantías frente a la acción del Estado y representa un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad. Una correcta interpretación del principio *in comento*, lleva a entender que en todas las decisiones, los derechos del niño deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. En consecuencia, una correcta aplicación del principio del interés superior del niño, especialmente en sede judicial, requiere de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad.

Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

2. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación significa, que todos los niños y adolescentes tienen en el proceso, los mismos derechos y garantías que los adultos, además de los propios que se generen por su condición de niños y/o adolescentes, con la excepción de la restricción al principio de publicidad, para “proteger a los menores [léase niños y adolescentes] de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados)”³⁸.

Por otro lado, los niños y/o los adolescentes no pueden ser discriminados por ningún respecto.

34. Cf. Instituto Nacional del Niño y la Familia. “Protección especial y derechos de niños, niñas y adolescentes”. INNFA-UNICEF, citado por PARRAGUEZ RUÍZ, Luis S. y CAMPAÑA, Farith Simón, en el trabajo intitolado, “Comentarios sobre la matriz legislativa del nuevo Código del Niño y del Adolescente del Ecuador”, recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 593.

35. CILLERO BRUÑOL, Miguel, en el trabajo intitolado, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, recopilado en el libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, p. 71, señala que el Comité de los Derechos del Niño considera que el interés superior del niño es el principio rector-guía de la Convención.

36. CILLERO BRUÑOL, Miguel, *op. cit.*, p. 70.

37. CILLERO BRUÑOL, Miguel, *op. cit.*, p. 71-84.

38. *Regla 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores. Adicionalmente, V. infra* el Numeral 6.8) Confidencialidad, en el Cuadro 6. Garantías Fundamentales del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, concordadas con la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal.

3. Principio de mínima intervención y principio de oportunidad

El principio de mínima intervención intenta la puesta en práctica de un derecho penal mínimo, en el entendido que el recurso de la justicia penal debe ser el aplicado en última instancia y es lo que se ha llamado “*desjudicialización o derecho penal subsidiario*”, por cuanto las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del mismo”³⁹.

Es una referencia obligada en el derecho penal juvenil y trata de evitar en lo posible, la incoación de expedientes a adolescentes, por hechos inocuos y en consecuencia, guarda estrecha relación con el principio de oportunidad.

De acuerdo con Gimeno Sendra⁴⁰, el principio de oportunidad es la facultad que tiene el titular de la acción penal, “para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un actor determinado”. Ahora bien, de acuerdo con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, corresponde al Ministerio Público el monopolio del ejercicio de la acción pública para exigir la responsabilidad de los adolescentes en conflicto con la ley penal y en consecuencia, debe investigar las sospechas fundadas de perpetración de hechos punibles con participación de adolescentes, para ejercer la acción pública, salvo los criterios de oportunidad reglada previstos en el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. De acuerdo al principio de oportunidad, pueden ponerse en práctica fórmulas de solución anticipada, para darle al asunto soluciones distintas a la acusación, mediante la aplicación de la conciliación y la remisión. La conciliación se aplica cuando se trata de hechos punibles, para los que no sea procedente la privación de libertad como sanción. Por su parte, la remisión se desarrolla dentro de la hipótesis de la *teoría de la insignificancia*⁴¹, que considera que no existen delitos insignificantes, nimios o de bagatela, que lo irrelevante son los hechos. Sobre la última hipótesis de solución anticipada, Edson Seda⁴² dice que las remisiones se están aplicando en muchos lugares en forma reiterada y sistemática, violando de ese “modo el derecho al debido proceso legal para determinar la culpa del acusado y se contribuye a agravar el fenómeno de la reincidencia criminal”.

Seda se basa en la no existencia de proceso para el acusado de delito, cuando el fiscal, en su convicción, entiende que es mejor aplicar la remisión.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se anota, que los supuestos de conciliación y remisión, están “fundamentados en los principios de humanidad y proporcionalidad permiten no sancionar la criminalidad de bagatela o la culpabilidad exigua y decantar el proceso, de modo de elevar a juicio sólo lo más significativo del resultado de una investigación”.

A continuación se expone el contenido jurídico, de los principios anotados *supra*, contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debidamente concordados con la Convención sobre los Derechos del Niño:

39. Cf., ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch 2001, p. 85.

40. GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados. Principio de oportunidad y proceso penal monitorio”, *Revista Poder Judicial*, Número Especial II, p. 34, citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.* p. 82.

41. Cf., CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia*, Editorial AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires 1967, p. 15.

42. SEDA, Edson, *op. cit.*, pp. 262-263.

CUADRO 5

**PRINCIPIOS BÁSICOS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL,
CONTENIDOS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN
DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y EN LA CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO¹⁻²**

5.1) Interés superior del niño:
<p>5.1.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 8º. Interés Superior del Niño.</i></p> <p>El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.</p> <p><i>Parágrafo Primero:</i> Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) la opinión de los niños adolescentes; b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes; c) la necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente; d) la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente; e) la condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo. <p><i>Parágrafo Segundo:</i> En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.</p>
<p>5.1.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 3.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
5.2) Igualdad y no discriminación:
<p>5.2.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 3º. Principio de igualdad y no discriminación.</i></p> <p>Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición del niño o adolescente, de sus padres, representantes o responsables, o de sus familiares.</p>
<p>5.2.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 2.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

	<p>2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o de sus tutores o de sus familiares.</p>
<p>5.3) Mínima intervención y oportunidad:</p>	
<p>5.3.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 564. Conciliación.</i></p> <p>Cuando se trate de hechos punibles para los que no sea procedente la privación de libertad como sanción, el Fiscal del Ministerio Público promoverá la conciliación. Para ello, celebrará una reunión con el adolescente, sus padres, representantes o responsables y la víctima, presentará su eventual acusación, expondrá y oírá proposiciones.</p> <p><i>Parágrafo Primero:</i> En caso de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos propondrá la reparación social del daño.</p> <p><i>Parágrafo Segundo:</i> Si se llega a un preacuerdo, el Fiscal lo presentará al Juez de Control, conjuntamente con la eventual acusación.</p> <p>...</p> <p><i>Artículo 569. Remisión.</i></p> <p>El Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Control que se prescinda del juicio, o se limite éste a una o varias infracciones menores, o sólo a alguno de los adolescentes partícipes, cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) se trate de un hecho insignificante o de una participación mínima; b) el adolescente colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la perpetración o consumación de otros hechos conexos, ayude a su esclarecimiento, o brinde información útil para probar la participación de otras personas; c) el adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave; d) la sanción que se espera por el hecho, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la sanción ya impuesta o a la que cabe esperar por los restantes hechos. <p>Acordada la remisión, termina el procedimiento respecto al hecho o al adolescente a cuyo favor obra.</p>	
<p>5.3.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 40.</i></p> <p>...</p> <p>3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que ha infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:</p> <p>...</p> <p>B. Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.</p>	
1	Cuadro elaborado con base en los instrumentos señalados en la fuente.
2	En la transcripción de los instrumentos jurídicos anotados, se respeta la grafía.
Fuente:	Convención sobre los Derechos del Niño Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

VII. GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL JUVENIL

Paúl Von Büren⁴³ señala que el Derecho Procesal Penal moderno, “pretende crear y mantener un equilibrio de poderes en la relación jurídica que surge entre un individuo y el Estado, como consecuencia de que el primero se vea sometido de una investigación penal por parte de los órganos competentes del sistema de administración de justicia. A tal efecto, ha desarrollado una serie de principios y garantías procesales en beneficio del imputado, quien es considerado el débil jurídico frente a la capacidad represiva de los órganos policiales o administrativos del Estado”.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente consagra una serie de garantías fundamentales de orden sustantivo y procesal, siguiendo lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera de hacer garantista como mínimo, al Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes, como el de los adultos, con la particularidad de la especialidad en razón de la edad. En otras palabras, desde el inicio de la investigación y durante el desarrollo del proceso judicial, las garantías procesales aplicadas a los adolescentes se han parificado con las correspondientes a los adultos, además, de las que gozan por su condición especial de adolescentes.

A tal efecto, *infra* se detallan las garantías *in comento*, debidamente concordados con la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores (Reglas de Beijing), según fuere el caso y, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, de la vinculación correspondiente con el Código Orgánico Procesal Penal:

CUADRO 6

GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA PENAL DE
RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PRO-
TECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE, CONCORDADAS CON LA CONVEN-
CIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, LAS REGLAS MÍNIMAS DE LAS NA-
CIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA A MENORES, LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EL
CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL¹⁻²

6.1) Dignidad:
<p>6.1.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 538. Dignidad.</i></p> <p>Se debe respetar la dignidad inherente al ser humano, el derecho a la igualdad ante la ley, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad. Ningún adolescente puede ser limitado en el ejercicio de sus derechos y garantías más allá de los fines, alcances y contenidos de las medidas cautelares o definitivas que se deba imponer.</p>
<p>6.1.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:</i></p> <p>A. Ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;</p>

43. VON BÜREN, Paúl, *El hecho objeto del proceso y la defensa: en la investigación en el juicio, en la sentencia, en los recursos*, ponencia presentada en el Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura, Caracas agosto de 2000, p. 1. (mimeo).

<p>C. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.</p>
<p>6.1.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 46.</i> Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; en consecuencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación. 2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorios, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley. 4. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo a la ley. <p><i>Artículo 55.</i> Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas...</p> <p><i>Artículo 332.</i> Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.</p>
<p>6.1.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 10.</i> Respeto a la dignidad humana. En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza.</p> <p><i>Artículo 125.</i> Derechos. El imputado tendrá los siguientes derechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 10. No ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal;
<p>6.2) Proporcionalidad:</p>
<p>6.2.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 539.</i> Proporcionalidad. Las sanciones deben ser racionales, en proporción al hecho punible atribuido y a sus consecuencias.</p>
<p>6.2.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 40.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto sus circunstancias como con la infracción.
<p>6.2.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 49.</i> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia.</p>

<p>4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas al efecto.</p> <p>6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.</p> <p>8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.</p>
<p>6.2.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 244. Proporcionalidad.</i></p> <p>No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.</p> <p>En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años.</p>
<p>6.3) Presunción de inocencia:</p>
<p>6.3.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 540. Presunción de inocencia.</i></p> <p>Se presume la inocencia del adolescente hasta tanto una sentencia firme no determine la existencia del hecho y la participación culpable del imputado, imponiendo una sanción.</p>
<p>6.3.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 40.</i></p> <p>2. Con el fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular:</p> <p>B. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:</p> <p>I. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe, su culpabilidad, conforme a la Ley;</p>
<p>6.3.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 49.</i> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: ...</p> <p>2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.</p>
<p>6.3.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 8.</i> Presunción de inocencia. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.</p>
<p>6.4) Información:</p>
<p>6.4.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 541. Información.</i></p> <p>El adolescente investigado o detenido debe ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma, del derecho a no incriminarse y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, representantes o responsables y su defensor.</p>
<p>6.4.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 40.</i></p> <p>2. Con el fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular:</p> <p>B. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:</p>

<p>II. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que se dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;</p>
<p>6.4.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 49.</i> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: ...</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ...Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...
<p>6.4.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 125. Derechos.</i> El imputado tendrá los siguientes derechos: ...</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan; 4. Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma castellano; 7. Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue; 9. Ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aún en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;
<p>6.5) Derecho a ser oído:</p>
<p>6.5.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 542. Derecho a ser oído.</i> El adolescente tiene derecho a ser oído en la investigación, en el juicio y durante la ejecución de la sanción. Cada vez que deba oírsele se le explicará el precepto contenido en el artículo 60, ordinal 4° de la Constitución [Artículo 49, ordinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela]. Cuando no entienda el idioma castellano tendrá asistencia gratuita de intérprete.</p>
<p>6.5.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 12.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consecuencia con las normas de procedimiento de la ley nacional
<p>6.5.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 49.</i> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
<p>6.5.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 125. Derechos.</i> El imputado tendrá los siguientes derechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan; 6. Presentarse directamente ante el Juez con el fin de prestar declaración; 7. Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue; 9. Ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;

6.6) Juicio educativo:
<p>6.6.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículos 543. Juicio educativo.</i></p> <p>El adolescente debe ser informado de manera clara y precisa, por el órgano investigador y por el tribunal, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, y del contenido y de las razones legales y ético sociales de las decisiones que se produzcan.</p>
<p>6.6.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 29. ...</i></p> <p>1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:</p> <ul style="list-style-type: none"> A. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; B. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; C. Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de las suyas; D. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; E. Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.
<p>6.6.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 22.</i></p> <p>La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.</p> <p><i>Artículo 78.</i></p> <p>Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.</p>
<p>6.6.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 13. Finalidad del proceso.</i></p> <p>El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenderse el juez al adoptar su decisión.</p>
6.7) Defensa:
<p>6.7.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 544. Defensa.</i></p> <p>La defensa es inviolable desde el inicio de la investigación hasta el cumplimiento de la sanción impuesta. A falta de abogado defensor privado, el adolescente debe tener la asistencia de un defensor público especializado.</p>
<p>6.7.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:</i></p> <p>D. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.</p>

<p><i>Artículo 40.</i></p> <p>2. Con el fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular:</p> <p>B. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:</p> <p>I. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe, su culpabilidad, conforme a la ley;</p> <p>II. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que se dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;</p> <p>III. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerara que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;</p> <p>IV. Que no será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;</p> <p>V. Si se considerara que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;</p> <p>VI. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;</p> <p>VII. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.</p>
<p>6.7.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:</p> <p><i>Artículo 49.</i> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:</p> <p>1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.</p>
<p>6.7.4) Código Orgánico Procesal Penal:</p> <p><i>Artículo 12. Defensa e igualdad entre las partes.</i> La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.</p> <p>Corresponde a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades.</p> <p>Los jueces profesionales, escabinos, jurados y demás funcionarios judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas.</p>
<p>6.8) Confidencialidad:</p>
<p>6.8.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:</p> <p><i>Artículo 545. Confidencialidad.</i></p> <p>Se prohíbe la publicación de datos de la investigación o del juicio, que directa o indirectamente, posibiliten identificar al adolescente. Se dejan a salvo las informaciones estadísticas y el traslado de pruebas previsto en el artículo 535 de esta Ley.</p>
<p>6.8.2) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores (Reglas de Beijing):</p> <p><i>Regla 8. Protección a la intimidad.</i></p> <p>8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.</p> <p>8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.</p>

<p><i>Regla 21. Registros.</i></p> <p>21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas</p> <p>21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.</p>
<p>6.8.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 22. Vide supra.</i> <i>Artículo 78. Vide supra.</i></p>
<p>6.8.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 13. Finalidad del proceso. Vide supra.</i></p>
<p>6.9) Debido proceso:</p>
<p>6.9.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 546. Debido proceso.</i> El proceso penal de adolescentes es oral, reservado, contradictorio y ante un tribunal especializado. Las resoluciones y sentencias son impugnables y las sanciones impuestas revisables, con arreglo a esta Ley.</p>
<p>6.9.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 40.</i> 2. <i>Vide supra.</i> B. <i>Vide supra.</i></p>
<p>6.9.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 49. Vide supra e infra.</i></p>
<p>6.9.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 1. Juicio previo y debido proceso.</i> Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones indebidas, ante un Juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.</p>
<p>6.10) Única persecución:</p>
<p>6.10.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 547. Única persecución.</i> La remisión, el sobreseimiento y la absolución impiden nueva investigación o juzgamiento del adolescente por el mismo hecho, aunque se modifique la calificación legal o se conozcan nuevas circunstancias.</p>
<p>6.10.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 41. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:</i> A. El derecho de un Estado Parte; o B. El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.</p>
<p>6.10.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:</i> 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.</p>
<p>6.10.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 20. Única persecución.</i> Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.</p>

<p>Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por este motivo concluyó el procedimiento. 2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio.
6.11) Excepcionalidad de la privación de libertad:
<p>6.11.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 548. Excepcionalidad de la privación de libertad.</i></p> <p>Salvo la detención en flagrancia, la privación de libertad sólo procede por orden judicial, en los casos, bajo las condiciones y por los lapsos previstos en esta Ley. La prisión preventiva es revisable en cualquier tiempo a solicitud del adolescente.</p>
<p>6.11.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:</i></p> <p style="padding-left: 40px;">B. Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.</p>
<p>6.11.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 22. Vide supra.</i> <i>Artículo 78. Vide supra.</i></p>
<p>6.11.4) Código Orgánico Procesal Penal: <i>Artículo 9. Afirmación de la libertad.</i></p> <p>Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.</p> <p>Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.</p>
6.12) Separación de adultos:
<p>6.12.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 549. Separación de adultos.</i> Los adolescentes deben estar siempre separados de los adultos cuando estén en prisión preventiva o cumpliendo sanción privativa de libertad.</p> <p>Las oficinas de policía de investigación deben tener áreas exclusivas para los adolescentes detenidos en flagrancia o a disposición del Fiscal del Ministerio Público para su presentación al juez, debiendo remitirlos cuanto antes a los centros especializados.</p> <p>Tanto la prisión preventiva como las sanciones privativas de libertad deben cumplirse exclusivamente en establecimientos adscritos al sistema previsto en esta Ley.</p>
<p>6.12.2) Convención sobre los Derechos del Niño: <i>Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:</i></p> <p style="padding-left: 40px;">C. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.</p>
<p>6.12.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 22. Vide supra.</i> <i>Artículo 78. Vide supra.</i></p>
6.13) Proceso a indígenas:
<p>6.13.1) Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: <i>Artículo 550. Proceso a indígenas.</i> Cuando se trate de adolescentes pertenecientes a comunidades indígenas, se debe observar, además de las reglas de esta Ley, sus usos y costumbres y se oirá a las autoridades propias, siempre que sea posible su comparecencia.</p>
<p>6.13.2) Convención sobre los Derechos del Niño:</p>

<i>Artículo 30.</i> En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.	
6.13.3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: <i>Artículo 260.</i> Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.	
1 2	Cuadro elaborado con base en los instrumentos señalados como fuente. En la transcripción de los instrumentos jurídicos anotados, se respeta la grafía.
Fuente:	Código Orgánico Procesal Penal. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Convención sobre los Derechos del Niño. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores (Reglas de Beijing).

VIII. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICABLES AL ADOLESCENTE INFRACTOR

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se fundamenta en dos (2) sistemas básicos, cada uno con especificidades propias: 1) el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente (Título III, artículos 117-344); y, 2) el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente (Título V, artículos 526-671). El primero de los sistemas está destinado a la protección de los niños y de los adolescentes que son víctimas, a quienes se amenazan o violan derechos y, el segundo de los sistemas está destinado a los adolescentes que son victimarios, quienes violan los derechos de los demás. El Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente forma parte de la política criminal represiva del Estado⁴⁴, destinado al control social de los jóvenes que han entrado en conflicto con la ley penal y las leyes penales especiales, dando respuesta al hecho criminal ya producido. No obstante, el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es un sistema garantista de justicia penal, define las conductas penalizadas, el proceso para la determinación de la responsabilidad de los adolescentes infractores, las medidas socioeconómicas aplicables y la forma de ejecución de las mismas, con estricto apego a la Convención sobre los Derechos del Niño, basado en el principio de legalidad y su correspondencia con el principio de seguridad jurídica.

Para Quintero Olivares⁴⁵, el principio de legalidad tiene las siguientes garantías, a saber:

44. Como es sabido, una parte de la política criminal del Estado desarrolla políticas públicas preventivas y la otra parte, desarrolla políticas públicas represivas. Las políticas preventivas buscan reducir al mínimo posible, la incidencia de los hechos criminosos en la sociedad. Por su parte, las políticas represivas dan respuesta al hecho criminal ya producido.

45. QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal*, Parte general, Cedecs, Barcelona 1996. pp. 34 y ss, citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, pp. 144-145.

- 1) La *garantía criminal*, implica que para que un hecho sea delictivo es necesario una ley previa que lo haya descrito precisamente como tal;
- 2) La *garantía penal*, comporta la prohibición de imponer penas que no hayan sido previstas con anterioridad para aquella clase de delito;
- 3) La *garantía jurisdiccional*, implica que las sentencias no pueden ser dictadas más que por un juez competente y tras cumplir los requisitos y garantías del proceso; y,
- 4) La *garantía de ejecución*, que exige que el cumplimiento de la pena se verifique del modo exactamente previsto en la ley.

Ahora bien, es conveniente acotar que el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente está organizado bajo un modelo especial y tiene su base de sustentación en el Artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dice así:

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de plenos derechos y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

El paradigma anotado había sido previamente recogido por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, *contrariando* la lógica que considera que primero se aprueba la Constitución y luego, la ley instrumenta el precepto constitucional. Sin embargo, la ley está inserta dentro del espíritu, razón y propósito de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴⁶. En este sentido, la ingeniería institucional contemplada en el Artículo 526 de la LOPNA, presenta un modelo organicista, estructurado, conformado y hecho para un fin, que se va a llevar a cabo a través de funciones, al señalar que el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es el conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes.

Pero, ¿Cómo va a organizarse ese conjunto de órganos para generar el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente?

La respuesta está contenida en el Artículo 527 *ejusdem*, donde se detallan los órganos que conforman el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y metafóricamente hablando, pudiera decirse, que tiene un cerebro, un órgano rector y otros órganos complementarios, que van a generar funciones para lograr el fin buscado, para poder dar respuesta, para que el organismo funcione y está integrado por la Sección de Adolescentes del Tribunal Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁷, el Ministerio Público, los Defensores Públicos, la Policía de Investigación y, los Programas y las Entidades de Atención, con el siguiente detalle:

- 1) Sección del Adolescente del Tribunal Penal

Corresponde a la Sección de Adolescentes de los Tribunales Penales ordinarios y a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [Tribunal Supremo de Justicia],

46. V. *supra* nota de pie de página n° 3.

47. Hoy, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en el *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, a las leyes de organización judicial y a la reglamentación interna (Artículo 665 *ejusdem*).

Asimismo, el control de la investigación y la audiencia preliminar estarán a cargo de un juez profesional que se denominará Juez de Control. Si la investigación se lleva a cabo en lugar donde no funcione este tribunal, asumirá esta función el Juez de Municipio. La fase de juzgamiento estará a cargo de un Tribunal de Juicio, integrado por un juez profesional, acompañado, en los casos previstos, por dos escabinos. El control de cumplimiento de las medidas estará a cargo de un juez profesional que se denominará Juez de Ejecución. En cada tribunal funcionará una Corte Superior constituida por una o más Salas de Apelación, integradas por tres jueces profesionales (Artículo 666 *ejusdem*).

2) La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia [Tribunal Supremo de Justicia] conocerá el recurso de casación (Artículo 667 *ejusdem*).

3) El Ministerio Público

Al Ministerio Público le corresponde el monopolio del ejercicio de la acción pública para exigir la responsabilidad de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal (Artículo 648 *ejusdem*). El Ministerio Público debe investigar las sospechas fundadas de perpetración de hechos punibles con participación de adolescentes, para ejercer la acción penal pública, salvo los criterios de oportunidad reglada previsto en el *Capítulo IV. Justicia Penal del Adolescente* del *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Artículo 649 *ejusdem*).

Las funciones del Ministerio Público se detallan a continuación:

Artículo 650. Funciones del Ministerio Público.

En relación con este Título, son funciones del Ministerio Público:

- a) velar por el cumplimiento de sus disposiciones;
- b) investigar hechos punibles con participación de adolescentes;
- c) ejercer la acción salvo los casos previstos;
- d) solicitar y aportar pruebas y participar en su producción;
- e) solicitar la cesación, modificación o sustitución de las medidas cautelares o sanciones decretadas;
- f) interponer recursos;
- g) vigilar el cumplimiento de las funciones de la policía de investigación;
- h) asesorar a la víctima durante la conciliación, cuando ella lo solicite;
- i) las demás que esta Ley u otras le fijen.

4) Defensores públicos

Si el imputado no elige un abogado de confianza como su defensor o rechaza el que le suministren sus padres, representantes o responsables, el Juez de Control notificado o el que conozca en ese momento del proceso, le designará un defensor público a lo cual no podrá oponerse. Para tal efecto, el servicio de Defensoría Pública contará con una sección especializada (Artículo 656 *ejusdem*). Una vez designado el defensor privado o público, éste manifestará su aceptación ante el juez, sin más formalidades (Artículo 657 *ejusdem*). Si en la localidad donde se lleva a cabo la investigación no hubiere defensor público, se nombrará defensor de oficio a quien se notificará y se tomará juramento (Artículo 658 *ejusdem*). Para las diligencias que hayan de practicarse fuera del lugar del

proceso, si el defensor manifiesta que no puede asistir a ellas, se nombrará defensor auxiliar en los casos que fuere necesario (Artículo 659 *ejusdem*).

5) Policías de investigación

Para el descubrimiento y la verificación científica de los hechos punibles y sus presuntos responsables, el Ministerio Público contará con el auxilio de la Policía de Investigación, cuyos integrantes deben estar especialmente capacitados para trabajar con adolescentes (Artículo 651 *ejusdem*). La Policía de Investigación podrá citar o aprehender al adolescente presunto responsable del hecho investigado, pero en ningún caso, podrá disponer su incomunicación. En caso de aprehensión, lo comunicará inmediatamente al Fiscal del Ministerio Público (Artículo 652 *ejusdem*).

Para evitar conflictos interpoliciales, si un adolescente es aprehendido por miembros de otros cuerpos policiales, éstos lo remitirán inmediatamente a la Policía de Investigación para que proceda conforme lo dispone el Artículo 652 (Artículo 653 *ejusdem*).

En los Artículos 648 y 651 *supra* reseñados, está presente el principio de especialidad, que hay que tenerlo siempre concordado con el Artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también reseñado *supra*.

6) Programas y entidades de atención

No están dentro de las atribuciones de los órganos.

En el nuevo paradigma, se considera al adolescente infractor como una *categoría jurídica*⁴⁸, pasando a ser sujeto de derecho, con derecho a la defensa y al debido proceso y demás derechos, garantías y deberes contemplados en *el Título II. Derechos, Garantías y Deberes* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Se rompe con la concepción del adolescente infractor como categoría sociológica vaga, implícita en la Ley Tutelar del Menor, que amparada en una falsa y eufemística ideología tutelar, aceptaba reclusiones de menores, desprovistas de todas las garantías que una medida de tal naturaleza debe necesariamente incluir y que implicaban una verdadera privación de libertad. “La reeducación en vez de castigo, y las medidas de seguridad en el lugar de las penas, constituirán los eufemismos específicos, que legitimarán en la práctica privaciones de libertad sin proceso, sin garantías y sobre todo, sin tiempo definido de duración”⁴⁹. Todo el sistema estaba organizado para tratar a un delincuente y no para atender a un adolescente que transgredió una norma.

La doctrina moderna aconseja asumir que los adolescentes tienen responsabilidad penal, de la misma naturaleza que el adulto, pero atenuada, como lo recoge la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, al señalar:

Artículo 528. Responsabilidad del Adolescente.

El adolescente que incurra en la comisión de hechos punibles responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada del adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone.

Es decir, que al adolescente infractor se le debe y tiene que aplicar el derecho penal de menores, un derecho especial.

48. Cf., VOLPI, Mario, *O adolescente e o ato infracional*, Cortez Editora y el Instituto do Estudos Sócio-econômicos, Sao Paulo 1997, p. 15.

49. Cf., GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América latina. De la situación irregular a la protección integral*, p. 97.

Es conveniente repetir, que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente entiende por niño a toda persona con menos de doce (12) años de edad y por adolescente a toda persona con doce (12) años o más y menos de dieciocho (18) años de edad (Artículo 2 *ejusdem*), distinguiendo dos (2) subgrupos etarios de adolescentes: los que tengan doce (12) hasta menos de catorce (14) años y, los que tengan catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad (Artículo 533 *ejusdem*). Las disposiciones del *Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, serán aplicadas a las personas definidas como adolescentes al momento de cometer el hecho punible, aunque en el transcurso del proceso alcancen los dieciocho (18) años o sean mayores de edad cuando sean acusados (Artículo 531 *ejusdem*). También asienta la Ley *in comento*, que cuando un niño se encuentre incurso en un hecho punible, sólo se le aplicarán medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en la misma (Artículo 532 *ejusdem*).

El catálogo de sanciones aplicado a los adolescentes, se detalla *infra* y tiene una finalidad primordialmente educativa y se complementará, según el caso, con la participación de la familia y el apoyo de especialistas. Los principios orientadores de dichas medidas son el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social (Artículo 621 *ejusdem*). La finalidad educativa de las medidas genera una apertura, para que haya esa interacción entre el sujeto que debe cumplir la sanción y los entes y familiares que trabajen en el proceso.

Del análisis del Artículo 621 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se observa un cambio radical en la naturaleza de la sanción, de la típicamente punitiva del Derecho Penal común a las medidas de carácter socioeducativo del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente.

Para determinar la medida aplicable, se debe tener en cuenta: la comprobación del acto delictivo y la existencia del daño causado; la comprobación de que el adolescente ha participado en el hecho delictivo; la naturaleza y gravedad de los hechos; el grado de responsabilidad del adolescente; la proporcionalidad e idoneidad de la medida; la edad del adolescente y su capacidad para cumplir la medida; los esfuerzos del adolescente para reparar los daños; y, los resultados de los informes clínicos y psicosocial, todo de conformidad con el Artículo 622 *ejusdem*.

A su vez, el tribunal podrá aplicar las medidas en forma simultánea, sucesiva y alternativa, sin exceder el plazo fijado en la sentencia para su cumplimiento. Asimismo, las medidas podrán suspenderse, revocarse o sustituirse durante la ejecución y en el caso de aplicar la medida privativa de libertad, el juez debe considerar y deducir el período de prisión preventiva a que fue sometido el adolescente, si es el caso (Parágrafos Primero y Segundo del Artículo 622 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente). ¿Por qué? Porque no se trata de una pena donde la cosa juzgada impide la revisión de la decisión que se haya tomado. Ahora bien, el principio de revisión es permanente, pero “esta facultad no es ejercida creativamente por los Abogados de menores”.

De acuerdo a Mónica Fernández Sánchez⁵⁰, en la fase de control o de juicio se impondrán sanciones que se ajustarán a un perfil delictual taxativamente establecido por la

50. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica, *La ejecución de la LOPNA: sanciones privativas y no privativas de la libertad. Entidades y programas. Roles de la sociedad civil, ponencia presentada en el Curso Sistema de Responsa-*

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, tasada y ajustada al hecho concreto, que se plasmará en una decisión que respete los derechos humanos del adolescente y promueva una integralidad en el aprendizaje del mismo, orientado básicamente en la búsqueda de la futura prevención y una adecuada convivencia social. Los límites tasados para implementar una sentencia, se dividen en grupos. Son límites que en su conjunto sirvieron para iniciar la acción penal, entendiendo que deben colocarse en estos grupos, aquellos que se relacionan con la exteriorización de la voluntad indispensable para la actuación del derecho penal objetivo, que le dieron base y razón al hecho penal han tornado su legítimo desenvolvimiento. A continuación se presentan los grupos de límites o pautas que debe tener en cuenta el sentenciador, en interpretación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

CUADRO 7

GRUPOS DE LÍMITES O PAUTAS QUE DEBE TENER EN CUENTA EL SENTENCIADOR EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE¹

Objetivo general	Objetivos particulares
<p><i>Acción física:</i> Observar la representación del elemento objetivo del delito, su exteriorización perceptible, que implica el estudio de la integralidad de la acción delictiva, desde que se inicia hasta que se consuma el hecho, con la producción del efecto</p>	<p>1) Comprobación del acto delictivo 2) La existencia del daño causado</p>
<p><i>Participación criminal y autoría:</i> Determinar quién o quiénes son los sujetos activos del delito, que servirá para aplicar la pena o sanción a la persona física que puede presentar los atributos de inteligencia y voluntad que presuponen las finalidades de retribución y prevención de la pena misma</p>	<p>1) La comprobación de que el adolescente ha participado en el hecho delictivo 2) El grado de responsabilidad del adolescente</p>
<p><i>De la capacidad del infractor:</i> Observar las circunstancias relativas al adolescente infractor, en cuanto a su disposición frente al hecho y su nivel etario, así como las posibilidades de que pueda cumplir la medida</p>	<p>1) Edad del adolescente 2) Capacidad para cumplir la medida 3) Los esfuerzos del adolescente para reparar el daño</p>
<p><i>Criterio técnico:</i> Realizar un examen clínico y psicosocial al joven infractor que pueda indicarle los elementos criminógenos y quizás la existencia de patologías psiquiátricas que puedan haber influido en la perpetración del hecho punible</p>	

¹ *bilidad Penal del Adolescente*, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura, Caracas agosto de 2000, pp. 4-6, (mimeo).

<p><i>Criterio de proporcionalidad:</i> Considerar la naturaleza y gravedad de los daños y la racionalidad e idoneidad de la medida</p>	<p>Aplicar la medida socioeducativa: 1) Amonestación 2) Imposición de reglas de conducta 3) Servicios a la comunidad 4) Libertad asistida 5) Semilibertad 6) Privación de libertad</p>
1	Cuadro elaborado con base en el texto de la ponencia señalada infra.
Fuente:	FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica. La ejecución de la LOPNA: sanciones privativas y no privativas de la libertad. Entidades y programas. Roles de la sociedad civil, ponencia presentada en el Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente. República Bolivariana de Venezuela. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura. (mimeo). Págs. 4-6.

De acuerdo con el principio de legalidad penal, el Artículo 620 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece, que comprobada la participación del adolescente en el hecho punible y declarada su responsabilidad, el tribunal lo sancionará aplicándole medidas socio-educativas, graduadas en una escala de medida, ordenadas de menor gravedad a mayor gravedad, así: amonestación, imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida, semilibertad y privación de libertad.

María Rosario Ornos Fernández⁵¹, comentando la disposición similar correspondiente a la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España, señala que las “medidas no están determinadas para un delito o una falta concretos, tal como sucede en el Código Penal, y esa indeterminación es producto de la necesidad de que su adopción se realice en función de las características individuales de cada menor. La consecuencia de ello es que existe una discrecionalidad a la hora de su elección si bien está condicionada por los principios de proporcionalidad y acusatorio” y las limitaciones de la ley. Sobre el particular, María G. Morais de Guerrero⁵² dice que “la aplicación de las sanciones está cercada de muchas garantías... -y aunque- la autoridad jurisdiccional conserva poderes discrecionales, porque le corresponde individualizar la sanción, pero lo hará siguiendo los parámetros objetivos que la ley le impone” en el Artículo 622 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Aunque la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente no lo hace, las medidas socioeducativas pueden clasificarse tomando como base diversos criterios. En este sentido, *infra* se presentan las medidas socioeducativas del nuevo paradigma, contenidas en la LOPNA, clasificadas en cuatro (4) categorías jurídicas. Asimismo, un cuadro contentivo de las medidas reeducativas, contempladas en el viejo paradigma, en la Ley Tutelar de Menores.

51. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, p. 181.

52. MORAIS DE GUERRERO, María G., en el trabajo intitulado, “Adolescentes en conflicto con la ley penal. Responsabilidad, sanciones y ejecución en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”, recopilado en el libro *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, p. 346.

CUADRO 8

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE¹

Categoría jurídica	Medida socioeducativa	Artículo²
Admonitorias	Amonestación	623
Restrictivas de derechos	Imposición de reglas de conducta	624
	Servicios a la comunidad	625
Restrictivas de la libertad	Libertad asistida	626
	Semilibertad	627
Privativas de la libertad	Privación de libertad	628
1	Cuadro elaborado con base en las medidas socioeducativas contenidas en la LOPNA.	
2	Corresponde al artículo que define la medida socioeducativa en la LOPNA.	
Fuente:	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.	

CUADRO 9

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS REEDUCATIVAS DE LA LEY TUTELAR DE MENORES¹

Categoría jurídica	Medida reeducativa	Artículo²
<i>Restrictivas de derechos</i>	<i>Colocar al menor bajo el cuidado de sus padres, tutores, guardadores o parientes responsables</i>	107 ^a
	Colocación familiar	111
<i>Restrictivas de la libertad</i>	Libertad vigilada	108
	Asistencia en instituciones de reeducación ³	118
	Asistencia en instituciones curativas ⁴	122
<i>Privativas de la libertad</i>	Asistencia en instituciones de reeducación ⁵	118
	Asistencia en instituciones curativas ⁵	122
1	Cuadro elaborado con base en las medidas reeducativas contenidas en la LTM. Corresponde al artículo que define la medida reeducativa en la LTM.	
2	Cuando la medida reeducativa se cumplía en régimen abierto o semi-cerrado.	
3	Cuando la medida reeducativa se cumplía en régimen abierto.	
4	Cuando la medida reeducativa se cumplía en régimen cerrado. No obstante, algunos investigadores sostienen que en la práctica predominaba el régimen cerrado sobre el régimen abierto.	
5	No aparece definida en la LTM.	
a		
Fuente:	Ley Tutelar de Menores	

A continuación se presentan algunas particularidades de las medidas socioeducativas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, teniendo en cuenta que se trata de medidas socioeducativas de carácter penal y no social y, son *intuitio personae*. Asimismo, que la LOPNA no debe ser aplicada para reprimir, sino que su fin es educativo y socializador:

1. Amonestación

La amonestación es la más leve y económica de las medidas que contempla el catálogo de sanciones y está definida en el Artículo 623 *ejusdem*, como la severa recriminación verbal al adolescente, que será reducida a declaración y firmada. Asimismo, la amonestación debe ser clara y directa, de manera que el adolescente comprenda la ilicitud de los hechos cometidos. La doctrina acepta pacíficamente, que para que esta medida tenga sentido educativo, se debe aplicar de la forma más inmediata posible a la realización de la infracción. Para Mónica Fernández Sánchez⁵³ la amonestación ciertamente es una reprimenda en vía judicial, se trata de “reprochar al sancionado su conducta infractora, oralmente y en público, brevemente, sin humillarlo, ni hiriendo su dignidad y exhortándolo a no reincidir, debe además sugerírsele los medios racionales para que prevenga nuevas conductas infractoras”.

En otras legislaciones, la amonestación o represión judicial, habitualmente se pronuncia oralmente y es concebida como una pena en Suiza, como una medida correctiva en Alemania y como una medida educativa en la mayoría de los países⁵⁴.

En Alemania existen tres (3) tipos de amonestaciones, a saber:

1) Exhortación (*Ermahnung*), es una advertencia amistosa sobre la manera de comportarse el menor infractor y con la condición de realizar algún trabajo o cumplir algún deber;

2) Advertencia (*Verwarnung*), es una advertencia firme y enérgica al joven infractor sobre su responsabilidad, combinada con la obligación de presentar excusas, restituir o donar cierta cantidad de dinero para fines benéficos; y,

3) Prescripción (*Weisung*), es una advertencia con la obligación de realizar algún acto relacionado con el hecho punible. Por ejemplo, si el menor ha robado productos del campo, se le obliga a trabajar para el agricultor perjudicado durante un determinado número de horas.

2. Imposición de reglas de conducta

De acuerdo con el Artículo 624 *ejusdem*, la imposición de reglas de conducta consiste en la determinación de obligaciones o prohibiciones impuestas por el juez para regular el modo de vida del adolescente, así como para promover y asegurar su formación. Las órdenes o prohibiciones tendrán una duración máxima de dos (2) años y el cumplimiento deberá iniciarse, a más tardar, un mes después de impuestas.

53. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica, *op. cit.*, p. 5.

54. SABATER TOMÁS, Antonio, *Los delincuentes jóvenes. Estudio sociológico y penal*, Editorial Hispano Europea, Barcelona 1967, p. 312.

Para María G. Morais⁵⁵, la imposición de reglas de conducta “debe aplicarse a los adolescentes que necesitan, principalmente, de control, de disciplina. El sancionado no será sustraído de la supervisión de sus padres, pues se supone que tiene su vida familiar organizada de tal modo, que ella constituye el apoyo idóneo para su desarrollo. El tribunal sólo impone las obligaciones de hacer o no hacer, y durante la ejecución, simplemente se constatará que el adolescente está cumpliendo con la medida”.

Las reglas de conductas las impone el juez, de acuerdo con las exigencias particulares de cada caso, pudiendo imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión⁵⁶: instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él; abandonar el trato con personas que han ejercido o puedan ejercer malsanas influencias; obligación de buscar empleo; matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados; abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; y, ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

3. Servicios a la comunidad

Los servicios a la comunidad consisten en tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período que no exceda de seis (6) meses, durante una jornada máxima de ocho (8) horas semanales, preferentemente los días sábados, domingos y feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o jornada de trabajo. Las tareas en referencia deberán ser asignadas, según las aptitudes del adolescente, en servicios asistenciales o en programas comunitarios públicos que no impliquen riesgo o peligro para el adolescente, ni menoscabo para su dignidad (Artículo 625 *ejusdem*).

María Rosario Ornosá Fernández⁵⁷ señala que la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se acuerdan respecto de adolescentes “que no necesitan un control prolongado en el tiempo, pero que deben percibir una respuesta social a la infracción cometida. De ahí que sea conveniente que las prestaciones, en la medida de lo posible, estén relacionadas con el bien jurídico lesionado por el joven al cometer el hecho”.

La amonestación, la imposición de reglas de conducta y la prestación de servicios a la comunidad, se aplican a infracciones leves.

4. Libertad asistida

La libertad asistida consiste en otorgar la libertad al adolescente, obligándose éste a someterse a la supervisión, asistencia y orientación de una persona capacitada, designada para hacer el seguimiento del caso. La duración máxima de esta medida será de dos

55. MORAIS, María G., en el trabajo intitulado “La ejecución de las medidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”, recopilado en el libro *Primer año de vigencia de la LOPNA*, pp. 369-370.

56. *Cf.*, Órdenes de orientación y supervisión contenidas en el literal b) del Artículo 121 de la *Ley de Justicia Penal Juvenil de la República de Costa Rica*, Investigaciones Jurídicas, S.A., p. 36.

57. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, p. 188.

(2) años (Artículo 626 *ejusdem*). Los centros especializados, públicos o privados donde se cumple la medida socioeducativa *in comento*, carecen de muros, rejas, barrotes y demás instrumentos físicos contra la evasión, por cuanto se trata de un régimen basado en la disciplina y la responsabilidad del adolescente.

La libertad asistida ha tropezado con tres (3) obstáculos en otros países⁵⁸, a saber:

1) La mentalidad compasivo-represiva de algunos jueces, propio del paradigma tutelar, que no están convencidos de la efectividad y beneficios de la medida y que se resisten a la aplicación de la misma, a pesar de estar establecida en la Ley;

2) La resistencia de la sociedad, que no acepta en términos generales su implantación, porque considera que supone para ella un riesgo y porque el menor infractor está prácticamente absuelto; y,

3) La escasez de personal capacitado, por cuanto no se trata de una mera supervisión, asistencia y orientación para apartar al menor de las malas compañías o impedir que cometa otro hecho punible, por el contrario, se trata de una supervisión, asistencia y orientación constructiva, encaminada a prestar apoyo activo, aconsejar, a colaborar en la búsqueda de empleo, a remitir al menor a los organismos pertinentes en caso de dificultad, a prestar ayuda económica, mediante los fondos que maneja el personal supervisor o a promover su educación, proporcionándole al joven la oportunidad de aumentar su cultura general o procurando que se les de una formación profesional.

Las cualidades del personal de supervisión, asistencia y orientación encargado de llevar adelante la medida de libertad asistida, deben: tener un (1) título de una escuela de asistencia social reconocida; ser personas de madurez emocional, integridad, habilidad para establecer relaciones, personas afectivas, con una firme creencia en la dignidad y el valor del individuo y en la capacidad de la gente para modificarse; tener un interés auténtico por ayudar al prójimo, profundidad intelectual y madurez de juicio, amplia experiencia y preocupación continua por perfeccionarse profesionalmente.

En Japón, Francia, los Países Bajos, Alemania y Suecia, se ha conseguido interesar a la sociedad en las bondades de esta medida, logrando reclutar personal voluntario, que trabaja bajo la dirección del personal capacitado.

5. Semilibertad

Se trata de una medida socioeducativa intermedia entre la libertad asistida y la privación de libertad. La semilibertad consiste en la incorporación obligatoria del adolescente en un centro especializado, durante el tiempo libre de que disponga en el transcurso de la semana. Se considera tiempo libre, aquel durante el cual el adolescente no deba asistir a un centro educativo o cumplir con un horario de trabajo. La duración de esta medida no podrá exceder de un (1) año (Artículo 627 *ejusdem*).

La experiencia de los regímenes abiertos indica que se trata de instituciones con ausencia absoluta de dispositivos materiales o físicos contra la evasión, donde se han sustituido los muros, las rejas, los guardas y demás dispositivos de seguridad, porque el tratamiento penitenciario está basado en la confianza. La autoridad escribe las bases mínimas de convivencia y disciplina, que son complementadas con la auto responsabi-

58. Cf., SABATER TOMÁS, Antonio, *op. cit.*, pp. 319-321.

lidad de cada adolescente, de manera de asegurar el orden, la convivencia e interrelación durante el internamiento.

El régimen de semilibertad favorece la salud física y mental, mejora la disciplina y facilita las relaciones del joven con su familia y el mundo exterior. Asimismo, facilitan el poder encontrar trabajo, en caso de no tenerlo.

Se dice que el inconveniente que presenta el régimen de semilibertad es que las relaciones de los adolescentes sancionados entre sí y con el mundo exterior, pueden disminuir la función intimidatoria de la sanción y facilita las evasiones.

La institución del régimen abierto es una de las creaciones más atrevidas e interesantes de la penología moderna. La semilibertad marca una etapa importante en la evolución de los regímenes penitenciarios y una aplicación afortunada del principio de individualización de la pena, para conseguir la readaptación social.

Para la aplicación de las medidas analizadas *supra*, la sociedad está llamada a jugar un rol preponderante.

6. Privación de libertad

La privación de libertad es la más grave y costosa de las medidas contenidas en el catálogo de sanciones a ser aplicadas a los adolescentes de acuerdo con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y consiste en la internación del adolescente en establecimiento público, del cual sólo podrá salir por orden judicial (Artículo 628 *ejusdem*). La privación de libertad es una medida excepcional, de última instancia, cuando se han agotado otras medidas socioeducativas o el hecho punible no admite otra solución. La doctrina pacíficamente acepta, que la privación de libertad puede causar males mayores en la personalidad del adolescente.

Elías Neuman⁵⁹ señala que da la impresión que en las instituciones de internamiento utilizadas para los adolescentes que cumplen medidas socioeducativas privativas de libertad, “se procura amaestrar al menor [adolescente] transgresor. Amaestrarlo y luego quebrarlo en su identidad, en el mínimo de autoestima que aún le queda”...-exacerbando su victimización institucionalizada y su resentimiento social.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, “la privación de libertad se admite como sanción únicamente cuando el adolescente haya resultado culpable de uno o varios de los hechos punibles taxativamente dispuestos, que son por regla general, los de mayor significación social por sus resultados, por la violencia que le es intrínseca o por la generalización del fenómeno y su vinculación con el crimen organizado; o cuando fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción, se prevea en la legislación ordinaria pena privativa de libertad, que en su límite máximo sea igual o mayor de cinco años; o cuando incumpliera injustificadamente otra sanción que le haya sido impuesta, caso en el cual se considera su internamiento como un presupuesto necesario para un programa socioeducativo eficaz”.

En tal sentido, en el Parágrafo Segundo del Artículo 628 *ejusdem* se señala:

59. NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 99.

Artículo 628: Privación de Libertad.

...

Parágrafo Segundo: La privación de libertad sólo podrá ser aplicada cuando el adolescente:

- a) cometiere alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación; robo agravado; secuestro; tráfico de drogas, en cualesquiera de sus modalidades; robo o hurto sobre vehículos automotores;
- b) fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción prevea pena privativa de libertad, que en su límite máximo, sea igual o mayor de cinco años;
- c) incumpliere, injustificadamente, otras sanciones que le hayan sido impuestas. En este caso, la privación de libertad tendrá una duración máxima de seis meses.

Es importante destacar, que a los efectos de las hipótesis señaladas en los literales a) y b), no se tomarán en cuenta las formas inacabadas o las participaciones accesorias, previstas en el Código Penal.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente regula con precisión el lapso mínimo y máximo que puede durar la privación de libertad, según la edad del adolescente, los distintos supuestos de procedencia de esta sanción y se agrega que en ningún caso, podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente. Esto, sumado al lapso máximo por el que puede privarse de su libertad a un adolescente mayor de catorce (14) años es de cinco (5) años y de dos (2) en caso de que tengan menos edad, da cuenta del absoluto respeto a la concepción de que se trata de una responsabilidad penal especialmente atenuada y que la privación de libertad como medida sancionatoria tradicional, sólo es procedente en casos muy graves y como sustrato para la aplicación de un programa acorde con el objetivo pedagógico de la sanción.

A tal efecto, el Parágrafo Primero del Artículo 628 *ejusdem* señala que la privación de libertad es una medida sujeta a los principios de excepcionalidad y de respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo. En caso de adolescente que tenga catorce (14) años o más, su duración no podrá ser menor de un (1) año ni mayor de cinco (5) años. En caso de adolescentes de menos de catorce (14) años, su duración no podrá ser menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años. En ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la ley penal para el hecho punible correspondiente.

En la aplicación de la medida socioeducativa de privación de libertad debe tenerse en cuenta el principio de resocialización, muy bien expresado en la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores de España, que textualmente dice así:

Artículo 55. Principio de resocialización.

1. Toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad.
2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográficas y culturalmente.
3. A tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad.

Para María Rosario Ornos Fernández⁶⁰, la resocialización “tiene como objeto evidente, la mejora de la relación individuo-sociedad y constituye un principio básico en la ejecución de las penas de cara a su humanización, por cuanto pretende que la privación de libertad se adapte, en la medida de lo posible, a las condiciones de la vida en sociedad para, de alguna forma, paliar los efectos nocivos de la privación de la libertad”.

Ahora bien, Osvaldo H. Varela, Héctor R. Álvarez y Alfredo J. Sarmiento⁶¹ sostienen que *una persona es socializada*, “cuando se halla en condiciones de participar en acciones concertadas sobre la base de normas convencionales”.

Finalmente, debe acotarse que de acuerdo con el Artículo 550 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, para la aplicación de las medidas socioeducativas *in comento*, cuando se trate de adolescentes pertenecientes a comunidades indígenas, se debe observar, además de las reglas de esta Ley, sus usos y costumbres y se oír a las autoridades propias, siempre que sea posible su comparecencia. Sobre el particular, pero referido a la Ley Penal del Ambiente, Alexander Luzardo Navas⁶², señala:

... es el reconocimiento de un modo de vida y una cultura ancestral que debe ser respetada en sus valores, siempre y cuando los hechos señalados sucediesen en los lugares donde siempre han morado y de acuerdo a su modelo de subsistencia y de ocupación del espacio.

Por su parte, Gladys Yrureta L.⁶³, de modo similar, señala que es:

... necesario tener claro que *ante algunas circunstancias* el indígena *no civilizado* actúa sin comprender la ilicitud del hecho, debido a que su entendimiento y voluntad obedecen a un mundo empírico perspectivo distinto al nuestro. Pero esto no quiere decir que se encuentra mentalmente incapacitado. (cursivas de la autora).

IX. RESUMEN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Infra se resume el Catálogo de Sanciones del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como parte de la doctrina de la protección integral, que sustituye el binomio compasión-represión por el binomio severidad-justicia. El catálogo *in comento* sigue un orden jerárquico, ordenado en forma gradual, de menor gravedad a mayor gravedad.

60. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *op. cit.*, p. 419.

61. VARELA, Osvaldo H.; ÁLVAREZ, Héctor R.; y, SARMIENTO, Alfredo J., *op. cit.*, p. 83.

62. Cf., ARTEAGA, Alberto; LUZARDO, Alexander; MAYAUDÓN, Julio E.; BROWN, Sergio; y. BELISARIO, Francisco, *Ley Penal del Ambiente*. Exposición de motivos y comentarios, con estudios preliminares del equipo interdisciplinario de la Comisión del Ambiente del Senado que elaboró el texto final, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1996, p. 23.

63. YRURETA L., Gladys, en el trabajo intitulado “Responsabilidad penal del indígena”. Estudio especial dentro de los proyectos de Código Penal venezolano, recopilado en el libro *Ciencias del delito. Estudios varios en homenaje a Tulio Chiossone*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1980, p. 648.

CUADRO 10
RESUMEN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS
CONTENIDAS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN
DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE¹

Código	Medida Socioeducativa	Artículo ²
7.1	Amonestación	623
7.2	Imposición de reglas de conducta	624
7.3	Servicios a la comunidad	625
7.4	Libertad asistida	626
7.5	Semilibertad	627
7.6	Privación de libertad	628
1	Cuadro elaborado con base en las medidas socioeducativas contenidas en la LOPNA.	
2	Corresponde al artículo que define la medida socio-educativa en la LOPNA.	
Fuente:	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.	

X. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Impuesta la sanción y estando firme la decisión, seguidamente se pasa al Juez de Ejecución, para que se proceda a ejecutar la medida socio-educativa impuesta, todo de conformidad con la garantía de ejecución⁶⁴ del principio de legalidad, que exige que el cumplimiento de la pena se verifique del modo exactamente previsto en la ley. Por ello, en el *in fine* del Artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se establece que las “medidas se deben cumplir conforme las reglas establecidas en esta Ley”. Ahora bien, la ejecución de la medida socioeducativa no debe ser entendida como la venganza de la sociedad contra el adolescente infractor. Por el contrario, Yury Emilio Buaiz Valera⁶⁵ dice, que la finalidad es lograr “que el joven asuma la responsabilidad por el hecho cometido, entienda el daño que con él ha ocasionado a la sociedad, comprenda que con su conducta ha violado los valores y derechos de otros, y lo más importante, que dimensione los valores educativos que tienen que ver con el hecho cometido”.

Durante la ejecución de las medidas socioeducativas hay que tener siempre presente que el adolescente es un sujeto de derecho, que tiene deberes y derechos, deberes y derechos que no se les pueden vulnerar y es necesario la aplicación del principio del interés superior del niño en concordancia con el principio de resocialización, comentados *supra*.

Adelante se transcriben los derechos y deberes de los adolescentes sujetos a la aplicación de medidas socioeducativas, contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente:

64. V., *supra* la nota de pie de página n° 46.

65. BUAIZ VALERA, Yury Emilio, *op. cit.*, p. 329.

Artículo 630. Derechos en la ejecución de las medidas.

Durante la ejecución de las medidas, el adolescente tiene los siguientes derechos, sin perjuicio de los demás que le puedan favorecer:

- a) ser mantenido, preferentemente, en su medio familiar si éste reúne las condiciones requeridas para su desarrollo;
- b) a un trato digno y humanitario;
- c) a recibir información sobre el programa en el cual esté inserto, sobre las etapas previstas para el cumplimiento de la medida; así como sobre sus derechos en relación a las personas o funcionarios que lo tuvieren bajo su responsabilidad;
- d) a recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y necesidades, y a que aquellos sean proporcionados por personas con la formación profesional idónea;
- e) a comunicarse reservadamente con su defensor, con el Fiscal del Ministerio Público y con el Juez de Ejecución;
- f) a presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta y, especialmente, a promover incidencias ante el Juez de Ejecución;
- g) a comunicarse libremente con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa del juez;
- h) a que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le correspondan, y respecto de la situación y de los derechos del adolescente.

Artículo 631. Derechos del adolescente sometido a la medida de privación de libertad.

Además de los consagrados en el artículo anterior, el adolescente privado de libertad tiene los siguientes derechos:

- a) permanecer internado en la localidad o en la más próxima al domicilio de sus padres, representantes o responsables;
- b) que el lugar del internamiento satisfaga las exigencias de higiene, seguridad y salubridad, cuente con acceso a los servicios públicos esenciales y sea adecuado para lograr su formación integral;
- c) ser examinado por un médico, inmediatamente después de su ingreso a la institución de internamiento, con el objeto de comprobar anteriores violaciones a su integridad personal y verificar cualquier estado físico o mental que requiera tratamiento;
- d) que se le mantenga, en cualquier caso, separado de los adultos condenados por la legislación penal;
- e) participar en la elaboración del plan individual de ejecución de la medida;
- f) recibir información sobre el régimen interno de la institución, especialmente sobre las medidas disciplinarias que puedan serle aplicadas y sobre los procedimientos para imponerlas y ejecutarlas;
- g) impugnar las medidas disciplinarias adoptadas, en el caso concreto, por las autoridades de la institución;
- h) no ser trasladado arbitrariamente de la institución donde cumple la medida. El traslado sólo podrá realizarse por una orden escrita del juez;
- i) no ser, en ningún caso, incomunicado ni sometido a castigos corporales;
- j) no ser sometido a régimen de aislamiento, salvo cuando sea estrictamente necesario para evitar actos de violencia contra sí mismo o contra terceros;
- k) ser informado sobre los modos de comunicación con el mundo exterior; mantener correspondencia con sus familiares y amigos y a recibir visitas, por lo menos semanalmente;
- l) tener acceso a la información de los medios de comunicación;
- m) mantener la posesión de sus objetos personales y disponer de local seguro para guardarlos, recibiendo comprobante de aquellos que hayan sido depositados en poder de la institución;

- n) realizar trabajos remunerados que complementen la educación que le sea impartida;
- o) realizar actividades recreativas y recibir asistencia religiosa, si así lo desea.

Artículo 632. Deberes del adolescente sometido a medida de privación de libertad.

El adolescente privado de libertad tiene el deber de conocer y acatar el reglamento de la institución y de seguir lo establecido en su plan individual de ejecución.

Las medidas socioeducativas de imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad y libertad asistida se cumplirán en régimen no institucional, por cuanto se cumplen en medio libre, con supervisión y orientación idónea; la semilibertad tiene un cumplimiento mixto, una parte se cumple en la institución y la otra, en medio libre; y, la privativa de libertad se cumple bajo régimen institucional de internamiento.

CUADRO 11

FORMAS DE EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS CONTENIDAS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE¹

Código	Medida socioeducativa	Forma de Ejecución
7.1	Amonestación	Es de ejecución instantánea
7.2	Imposición de reglas de conducta	Ameritan seguimiento especializado y se cumplirá mediante la inclusión del adolescente en programas socio-educativos, públicos o privados, registrados ante el respectivo Consejo Municipal de Derechos
7.3	Servicios a la comunidad	
7.4	Libertad asistida	
7.5	Semilibertad	Se cumplirá, preferentemente, en centros especializados, públicos o privados, diferentes a las instituciones destinadas al cumplimiento de la medida privativa de libertad. De no disponerse de centros especializados, la medida se ejecutará en las instituciones de internamiento, pero siempre en lugar separado de los destinados a los adolescentes sancionados con privación de libertad.
7.6	Privación de Libertad	Se ejecutará en instituciones de internamiento exclusiva para adolescentes, distintas de las destinadas al cumplimiento de medidas de protección y diferenciadas según el sexo.
1	Cuadro elaborado con base en el texto de la LOPNA.	
Fuente:	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.	

El Juez de Ejecución es el encargado de controlar el cumplimiento de la medida socioeducativa impuesta al adolescente y cumplida como haya sido la medida impuesta u operada la prescripción, el Juez de Ejecución ordenará la cesación de la misma y en su caso, la libertad plena del adolescente. Con lo que se pone punto final al proceso.

XI. PROCEDIMIENTO DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE

Para finalizar la presente investigación, es conveniente señalar que el procedimiento contenido en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es de tipo garantista, propio del procedimiento acusatorio adoptado por los Estados democráticos modernos. En este sentido, Miguel Ángel Sandoval⁶⁶ señala que por ello “algún sector de la doctrina haya planteado la existencia germinal de un derecho procesal mínimo del adolescente; mínimo, porque interviene con un criterio no sancionador, sino educativo, porque tal intervención reserva la privación de libertad como sanción en los casos más graves, y porque busca la disminución de la violencia institucional de perversos resultados ahora y siempre”.

El procedimiento en comento está desarrollado en el *Capítulo II. Procedimiento del Título V. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente* de la LOPNA, se divide en fase preparatoria o de investigación, fase intermedia y fase de juicio oral y, tiene las siguientes especificidades:

1. Fase preparatoria o de investigación

De acuerdo con el Artículo 551 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la investigación tiene por objeto confirmar o descartar la sospecha fundada de la existencia de un hecho punible y determinar, en el primer caso, si un adolescente concurrió en su perpetración. Ahora bien, ¿cuándo comienza la fase preparatoria o de investigación? La fase de investigación “se inicia a partir del momento en que los órganos competentes obtienen conocimiento de la comisión de un hecho punible determinado”⁶⁷ en que pueda estar involucrado un adolescente.

La investigación la dirigirá el Fiscal del Ministerio Público especializado, en los casos de hechos punibles de acción pública y será auxiliado por los cuerpos policiales, en forma coetánea se notificará al juez de control (Artículo 552 *ejusdem*). Asimismo, el Ministerio Público debe investigar y hacer constar tanto los hechos como las circunstancias útiles para el ejercicio de la acción, como los que obren a favor del adolescente sospechoso (Artículo 553 *ejusdem*).

La investigación comprende las diligencias necesarias para la incorporación de los medios de prueba conducentes sin menoscabo de los derechos fundamentales (Artículo 554 *ejusdem*).

Por su parte, a los jueces de control les compete autorizar y realizar los anticipos de prueba y acordar medidas de coerción personal; resolver incidentes, excepciones y peticiones de las partes durante esta fase; y, disponer las medidas necesarias para que, en la obtención e incorporación de la prueba, se respeten los principios del ordenamiento jurídico (Artículo 555 *ejusdem*).

66. SANDOVAL, Miguel Ángel, en el trabajo intitulado, “Sistema penal de responsabilidad del adolescente”, recopilado en el libro *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, p. 364.

67. *Cf.*, VON BÜREN, Paúl, *op. cit.*, p. 3.

¿Cómo finaliza la investigación? Pues bien, de acuerdo con la LOPNA:

Artículo 561. Fin de la investigación.

Finalizada la investigación, el Fiscal del Ministerio Público deberá:

- a) ejercer la acción penal pública, presentando acusación, si estima que la investigación proporciona fundamentos suficientes;
- b) solicitar la suspensión del proceso a prueba, cuando se haya logrado un preacuerdo conciliatorio entre las partes;
- c) solicitar la remisión en los casos que proceda;
- d) solicitar el sobreseimiento definitivo si resulta evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción;
- e) solicitar el sobreseimiento provisional cuando resulte insuficiente lo actuado y no exista posibilidad inmediata de incorporar nuevos elementos que permitan el ejercicio de la acción.

2. Fase intermedia

Si al Ministerio Público no le fuere posible aplicar alguna de las soluciones señaladas *supra* en los literales b), c), d) y e) del Artículo 561 de la LOPNA y si estima que la investigación proporciona fundamentos suficientes, necesariamente tendrá que presentar acusación por ante el juez de control, quien deberá decidir sobre si ordena o no el enjuiciamiento del adolescente.

De acuerdo con Paúl Von Büren⁶⁸ la función primordial de la acusación es la “de delimitar el objeto de la relación jurídica, puesto que la sentencia como acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se formuló pliego de cargos. Asimismo, esta fase sirve para que las partes conozcan entre sí cuál es la posición concreta que cada una de ellas asumirá en relación con la causa, con el fin de contradecir los argumentos, rebatir y contra-argumentar las posiciones o bien, aclarar, ampliar o apoyar las gestiones cuando coincidan en sus pretensiones”.

Al terminar la Audiencia Preliminar y bajo la hipótesis que el juez de control admite la acusación (total o parcial), debe dictar el auto de enjuiciamiento correspondiente, apegado a lo establecido por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el

Artículo 579. Auto de enjuiciamiento.

La decisión por la cual el juez de control admite la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordena el enjuiciamiento del imputado, contendrá:

- a) la admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de los acusados;
- b) las modificaciones introducidas al admitir la acusación, con la indicación detallada de las circunstancias de hecho extraídas o agregadas;
- c) cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente, determinará con precisión los hechos por los que enjuicia al imputado y la resolución de lo que corresponda respecto de los otros hechos;
- d) las modificaciones en la calificación jurídica del hecho punible, cuando se aparte de la acusación;
- e) la identificación de las partes;
- f) las pruebas admitidas y el fundamento de las no admitidas;

68. VON BÜREN, Paúl, *op. cit.*, p. 4.

- g) la procedencia o rechazo de las medidas cautelares o su sustitución, disponiendo, en su caso, la libertad del imputado;
- h) la intimación a todas las partes, para que, en el plazo común de cinco días, contados a partir de la remisión de las actuaciones, concurren ante el tribunal de juicio;
- i) la orden de remitir las actuaciones al tribunal del juicio.

Este auto se notificará por su lectura.

Admitida la acusación por parte del juez de control, se remitirá al tribunal del juicio las actuaciones, la documentación y los objetos incautados, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes (Artículo 580 *ejusdem*).

3. Fase de juicio oral

En el juicio oral se busca comprobar la certeza de la acusación, mediante la evacuación de los medios probatorios propuestos por las partes para esta fase. No obstante, el juez de juicio, mediante la figura de la ampliación de la acusación por el Fiscal del Ministerio Público o el querellante, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de enjuiciamiento, que modifique la calificación jurídica o la pena del mismo hecho objeto del debate (artículo 596 *ejusdem*).

Habiéndose guardado todas las formalidades, derechos y garantías, se procederá a la absolución o a la condena y finalmente, al levantamiento del acta de debate.

De acuerdo con la LOPNA, los requisitos de la sentencia son:

Artículo 604. Requisitos de la sentencia.

La sentencia contendrá:

- a) mención de tribunal y la fecha en que se dicta; nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal;
- b) enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio;
- c) determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado;
- d) exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;
- e) parte dispositiva, con mención de las disposiciones legales aplicadas;
- f) firma de los jueces, pero si uno de los miembros del tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

El catálogo de medidas socioeducativas aplicable a los adolescentes y las formas de ejecución de las mismas, detallados *supra*, tiene una finalidad primordialmente educativa y se complementarán, según el caso, con la participación de la familia y el apoyo de especialistas. Los principios orientadores de dichas medidas son el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social (Artículo 621 *ejusdem*). La finalidad educativa de las medidas genera una apertura, para que haya esa interacción entre el sujeto que debe cumplir la sanción y los entes y familiares que trabajen en el proceso.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente contempla un régimen de impugnaciones, que se interponen, tramitan, resuelven y proceden por los motivos señalados en el Código Orgánico Procesal, con los efectos establecidos en el mismo.

XII. CONCLUSIÓN

Actualmente, el mundo registra cambios importantes en el tratamiento de los derechos humanos y la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a las llamadas leyes de segunda generación, por estar claramente inspiradas en la doctrina de la protección integral, paradigma dentro del cual se inscribe la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que entró en vigencia a partir del 01 de abril de 2000.

Compartimos el criterio de Emilio García Méndez⁶⁹, al sostener que la doctrina de la protección integral propone “un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles... Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica... Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentran en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión... Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia... Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión -debidamente comprobada- de delitos o contravenciones... Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos... Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos de derecho contenidos en la Convención Internacional... Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional... según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad”.

Tomando en cuenta el desconocimiento del *derecho para la protección del niño y del adolescente* en el Tercer y Cuarto Nivel, con las excepciones *supra* anotadas y con la esperanza de contribuir a la difusión, desarrollo y aplicación del nuevo derecho penal juvenil, se presenta y propone al Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, la siguiente conclusión y recomendaciones:

La muerte del paradigma tutelar y el nacimiento del paradigma de la protección integral, forzosamente hacen concluir, que el modelo de la protección integral debe ser considerado como un paradigma transitorio, que debe ser revisado continuamente, para dar paso a nuevos modelos globales, que hagan ciudadanos plenos a los niños y a los adolescentes, incluso antes del nacimiento. Los modelos emergentes deben ser producto de la interacción de todos los componentes de la población, sin discriminación de ningún estamento social, teniendo como génesis nuestras especificidades, adoptados en forma soberana por la sociedad venezolana, tomando en cuenta las experiencias de otros países, pero sin imposiciones foráneas. Finalmente, es necesario resaltar que la participación de los niños y los adolescentes en la construcción de los nuevos paradigmas debe tener carácter protagónico y no jugar el papel de simples espectadores, como ha ocurrido hasta la fecha.

69. V. *supra* pie de página n° 10.

RECOMENDACIONES

Primero: La reforma del *Pensum* de Estudios de la Escuela de Derecho, de manera de incluir en el mismo, la asignatura Derecho Penal Juvenil, como un derecho penal especial, de carácter obligatorio, que incluya entre otras, el estudio de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el derecho comparado. Además, se debe proceder a integrar el *pensum* del tercer nivel con los estudios de cuarto nivel, de manera de evitar repeticiones innecesarias. Transitoriamente, se pudiera iniciar las actividades de la Cátedra, con la preparación y dictado de un Seminario sobre Derecho Penal Juvenil, con la tutoría de la plantilla académico-docente del Curso de Especialización en Derecho del Niño y del Adolescente y, el Curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas, de manera de ir tomando y procesando experiencias;

Segundo: La designación de un grupo de trabajo de carácter permanente, para que se encargue de recopilar, actualizar y sistematizar toda la información disponible sobre el Derecho Penal Juvenil, con el fin de proporcionar información para la toma de decisiones oportunas en todos los Poderes Públicos del Estado y mantener informados a todos los componentes de la sociedad venezolana. Este objetivo pudiera alcanzarse por intermedio del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela;

Tercero: La constitución de una comisión de carácter permanente, para que se encargue del seguimiento y profundización del Derecho Penal Juvenil en Venezuela y el análisis comparado con la legislación del resto del mundo;

Cuarto: El nombramiento de un comité de publicaciones de carácter permanente, para que seleccione, resuma (según sea el caso), mantenga al día y publique la información relacionada con el Derecho Penal Juvenil, que se considere de interés para el Estado, la sociedad, la familia, los niños, los adolescentes, los investigadores, los estudiantes y el resto de la sociedad venezolana;

Quinto: Que por intermedio del órgano competente, se dirija a las demás Facultades de Ciencias Jurídicas del país, les haga conocer las propuestas preinsertas y las exhorte a unir esfuerzos, para la concreción de las mismas a nivel nacional; y,

Sexto: Que por intermedio del órgano competente, se dirija a los diferentes Poderes Públicos del Estado, el Fondo de las Naciones Unidas para la Protección de la Infancia y demás organismos internacionales que tengan que ver con los niños y los adolescentes, para invitarlos a coordinar esfuerzos destinados al logro de las propuestas anotadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMIJO, Gilbert, *Enfoque procesal de la ley penal juvenil*, San José, Costa Rica 1997.
- ARTEAGA, Alberto; LUZARDO, Alexander; MAYAUDÓN, Julio Enrique; BROWN, Sergio; y, BELISARIO, Francisco. *Ley penal del ambiente*. Exposición de motivos y comentarios, con estudios preliminares del equipo interdisciplinario de la Comisión del Ambiente del Senado que elaboró el texto final. Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela 1996.
- CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia*, Editorial AD-HOC, S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1967.

CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal (Coordinador), *Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Primera reimpresión, Vadell Hermanos Editores, C.A. Valencia-Caracas, Venezuela 2000.

CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal (Coordinador), *Primer año de vigencia de la LOPNA*, Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, Venezuela 2001.

ESPERT S., Francisco, *Apertura y humanización institucional*, UNICEF, Bogotá, Colombia 1989.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mónica, "La ejecución de la LOPNA: sanciones privativas y no privativas de la libertad. Entidades y programas. Roles de la sociedad civil", ponencia presentada en el *Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente*, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Servicio Autónomo Escuela de Judicatura, (mimeo). Caracas, Venezuela agosto de 2000.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Segunda edición, Ibagué, Colombia 1997.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Compiladores), *Infancia, ley y democracia en América latina*, Tomos I y II, Segunda edición, aumentada, corregida y actualizada, Editorial Temis-Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá, Colombia-Buenos Aires, Argentina 1999.

MARTÍNEZ RINCONES, J., ANDRADE, Raiza; y, MORALES, Nelson, *Justicia penal juvenil y derechos humanos: Venezuela*, Programa Ilanud, Comisión Europea, Editores Edmundo Aray, J. Martínez Rincones y Raiza Andrade, Mérida, Venezuela 1998.

MATEO DE FERRONI, Delia, *Régimen penal de menores*, Editorial Juris, Rosario, Argentina 1998.

MENDOZA TROCONIS, José Rafael, *La protección y el tratamiento de los menores*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina 1960.

Ministerio de Justicia de la República de El Salvador y El Pnud, Prodere Edinfodoc con la colaboración de la Cooperación Italiana, Unicef e Ilanud, *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad. El proceso de adecuación de la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño. La experiencia de El Salvador*, Colección Desarrollo Humano, Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, El Salvador 1995.

MORAIS DE GUERRERO, María G., (Coordinadora), *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela 2000.

MORAIS DE GUERRERO, María G., *La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal*. Incluye ejecución en la LOPNA, Segunda edición actualizada, Vadell Hermanos Editores, C.A., Valencia-Caracas, Venezuela 2001.

NARANJO DÍAZ, Luis Ángel. *Responsabilidad penal de adolescentes en Venezuela. Análisis exegético de la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Distribuidora Nabriel, Caracas, Venezuela 2001.

NEUMAN, Elíasm *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 1994.

NIKKEN, Pedro, *Código de Derechos Humanos*, Colección Textos Legislativos N° 12, Editorial Jurídica Venezolana y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela 1991.

Oficina Central de Estadística e Informática, *El Censo 90 en Venezuela*, Caracas, Venezuela 1993.

Oficina Central de Estadística e Informática y Centro Latinoamericano de Demografía. *Venezuela: Estimaciones y proyecciones de población 1950-2035*. Caracas, Venezuela 1995.

ONU, Conferencia de La Haya, Derecho Internacional Humanitario, Consejo de Europa, Unión Europea, Organización de los Estados Americanos u Organización para la Unidad Africana, *Derechos del niño*, McGraw-Hill, Madrid, España 1998.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores*, Bosch, Barcelona, España 2001.

RAFFO, Héctor A., IGLESIAS, Ascensión M.; GAMAS, Rafael E.; y SÁNCHEZ, Rosa E., *Menores infractores y libertad asistida. Los cinco puntos*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina 2000.

República de Costa Rica, *Ley de justicia penal juvenil*, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica 1996.

SABATER TÓMAS, Antonio, *Los delinquentes jóvenes. Estudio sociológico y penal*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, España 1967.

STRUCHKOV, Nicolái, *La educación del penado: ley, teoría y práctica*. Editorial Progreso, Moscú, Rusia 1985.

Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. *Ciencias del delito. Estudios varios en homenaje a Tulio Chiossone*, Caracas, Venezuela 1980.

Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Tomo 2, Caracas, Venezuela 1998.

VARELA, Osvaldo H.; ÁLVAREZ; Héctor R.; y, SARMIENTO, Alfredo J., *Psicología forense. Consideraciones sobre temáticas centrales*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1997.

VOLPI, Mario, *O adolescente e o ato infracional*, Cortez Editora e Inesc., Sao Paulo, Brasil 1997.

VON BÜREN, Paúl, "El hecho objeto del proceso y la defensa: en la investigación, en el juicio, en la sentencia, en los recursos", ponencia presentada en el *Curso Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente*, República Bolivariana de Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicialm Servicio Autónomo Escuela de la Judicatura, (mimeo), Caracas, Venezuela agosto de 2000.

§ 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD

Jesús Ollarves Irazábal
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela, el derecho humano más violado es el derecho a la salud. Esto se comprueba con el seguimiento que he realizado a su problemática, así lo demuestra la totalidad de los estudios realizados por numerosos investigadores y por los mismos entes oficiales, los cuales coinciden en afirmar que la salud en Venezuela ha retrocedido a niveles de los años 50, época en que, a causa de la inexistencia de políticas sanitarias que atacaran efectivamente las enfermedades de carácter epidemiológico y que previnieran y controlaran su aparición, el estado de salud de la población evidenciaba un grave deterioro, lo cual incidía negativamente en la expectativa de vida de la población. Esto pareciera evidenciar que en nuestro país, el Estado nunca ha asumido la atención de la salud como le corresponde en su calidad de garante de este derecho. Frente a esta circunstancia es pertinente precisar si el Derecho a la Salud es un verdadero derecho tal como lo consagra nuestra carta fundamental y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República o por el contrario una mera aspiración.

En este sentido, podemos decir que el sistema de salud venezolano ha sido motivo y tema de discusión en los últimos años especialmente con el proceso de reforma del sector. Son muchos los argumentos que existen en cuanto a las reales condiciones de la salud en Venezuela y las posibles causas de sus resultados, así como la verdadera evolución del gasto en el sector y su correspondencia con las condiciones de salud de la población. Sin embargo, es poco lo que formalmente se ha realizado con la finalidad de sustentar tales argumentos.

Ahora bien, cuando se trata de derechos económicos y sociales, verbigracia el Derecho a la Salud, parece que algunos sectores entienden que se trata de un derecho de quinta categoría, ya que su justiciabilidad no marcha al unísono con el deber del Estado de proteger y garantizar los contenidos mínimos de este derecho.

Esta permanente indiferencia por parte del Estado, hace necesario preguntarnos si tiene el Estado la obligación de *satisfacer* la realización de este derecho.

La protección de los derechos fundamentales del hombre es uno de los temas más importantes y de imperativo estudio del derecho contemporáneo, tanto en el derecho interno como en el internacional, en donde se han adoptado un conjunto de órganos, convenciones, normas de carácter consuetudinario y procedimientos inherentes a la protección de los aludidos derechos; esta evolución ha puesto al hombre frente al Derecho en una posición de vanguardia.

En el contexto de la salud se hace necesario confrontar al Estado frente a los compromisos que ha asumido con la población y con la comunidad internacional, ya que no basta con facilitar el acceso a este derecho, de igual forma se hace necesario vigilar la competencia judicial para velar por la integridad de la Constitución y los tratados inter-

nacionales suscritos y ratificados por la República en referencia a la justiciabilidad del derecho a la Salud la cual se ejerce a través de todos los jueces del país.

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO A LA SALUD

Uno de los aspectos que nos permite entender mejor la situación de la salud en Venezuela, se refiere al análisis de los índices de morbimortalidad de la población. La morbilidad entendida como el número proporcional de personas que enferman en una población y tiempo determinados, refleja que el venezolano se enferme mayormente por causas que son perfectamente prevenibles. Prevalen las enfermedades infecciosas (diarreas, neumonías, sarampión, hepatitis, gastroenteritis, anemia y parasitosis), las cuales ocuparon el 60% de las consultas en los centros de salud. Aunado a ello, han hecho su aparición enfermedades caracterizadas por el contagio masivo como son el dengue, paludismo y muy probablemente el cólera, cuya peligrosidad reside en su alta capacidad de desencadenar brotes epidémicos.

En lo que se refiere a la mortalidad, si bien se considera que en términos globales ésta ha disminuido, ubicándose aproximadamente para el año 2001 en 5,3 muertes por cada mil habitantes a nivel nacional, la relación de muertes por causa de las enfermedades infecciosas, asociadas a las condiciones de vida de la población, sigue siendo considerable; además el descenso de los índices de mortalidad no es por sí mismo un indicativo de mejores condiciones de salud, pues en ello puede intervenir el crecimiento de la natalidad.

La población más afectada por muerte debido a enfermedades infectocontagiosas es la población infantil, sobre todo los menores de 4 años y la causa principal la constituye la diarrea y la gastroenteritis.

Pero el problema de la salud no se detiene aquí, abarca también la capacidad potencial que tienen los individuos de contraer enfermedades debido a las condiciones en que se encuentran.

Es por tanto necesario abordar aspectos como el problema alimentario, la dotación de servicios públicos, la atención médico-hospitalaria propiamente dicha y el acceso a los medicamentos.

1. Opinión pública sobre la salud

Como parte del análisis hemos incluido la opinión pública en el área de salud. En el siguiente cuadro se muestran los resultados obtenidos por la encuesta realizada en el año 2001 a una muestra de 2000 personas. La pregunta era la siguiente:

¿En su opinión, la Salud en Venezuela ha mejorado o ha empeorado?

Encuesta Salud	Total	B/C *	C *	D *	E *
Total encuestados	2.00	70	363	748	819
Empeorado Leveramente	54%	64%	63%	57%	47%
Empeorado Levemente	23%	21%	23%	22%	23%

Se ha mantenido igual	19%	9%	9%	13%	19%
Mejorado Levemente	6%	4%	4%	5%	7%
Mejorado sustancialmente	1%	1%	1%	1%	2%
No sabe	1%		1%	1%	1%

(*) Clases sociales

En el cuadro se muestra que el 77% de los encuestados considera que el servicio de salud ha empeorado, el 19% considera que se ha mantenido igual, mientras que el 7% opina que ha mejorado. Por otra parte, si analizamos la opinión por clase social encontramos que las clases sociales más altas opinan que ha empeorado.

2. La salud y el derecho alimentario

La desnutrición en Venezuela para la década de los setenta no era un problema de salud pública, por el contrario, la malnutrición, ocasionada por exceso o distorsión del patrón de consumo, sí constituía un problema a ser abordado. Para el año 2001 esta situación ha variado y la desnutrición en sus dos fases, aguda y crónica, ha pasado a ser un factor de primer orden.

El problema de la desnutrición afecta fundamentalmente a los estratos más bajos de la población cuyos ingresos no alcanza ni siquiera para cubrir el costo de una Canasta Básica Alimentaria al mes. Además, dichos problemas comienzan a sentirse desde el mismo período del embarazo, ya que las madres pertenecientes a estos estratos están a su vez malnutridas. La imposibilidad de realizar una buena lactancia o de suplir la falta de la misma con los requerimientos nutricionales necesarios, agrava la situación de forma tal que los sectores más álgidos del problema se encuentran, nuevamente en el grupo entre 0 y 4 años, donde se produce el mayor número de muertes por desnutrición. De acuerdo a los indicadores el veinte por ciento de la población menor de 15 años presenta problemas de desnutrición, porcentaje dentro del cual un 3.3% aproximadamente se ubica en situación crítica, un 7% en grave y el resto entre moderada y leve. Los daños que produce la desnutrición crítica son irreversibles, mientras que la desnutrición grave, moderada y leve si no es atacada a tiempo produce también consecuencias de muy difícil superación.

En lo que se refiere a la dotación de servicios básicos encontramos que el principal foco de enfermedades lo constituye la falta de un adecuado servicio de agua potable y de dotación de cloacas y aguas servidas. Sólo la mitad de la población venezolana cuenta con servicios de cloacas, es decir, 9.734.800 personas y el 66% (12.221.400) dispone de agua directa¹. Aún así, estos datos hay que tomarlos con cuidado ya que es suficientemente conocida la irregularidad del suministro de agua sobre todo hacia aquellas zonas más necesitadas del servicio por las condiciones de hacinamiento y carencia de servicios de limpieza que a su vez, son las más numerosas. Igualmente, de ese porcentaje de dotación de cloacas, habría que deducir aquéllas que no funcionan por hallarse en mal estado o saturadas. Entre los efectos inmediatos que produce esta situación encontramos la aparición de enfermedades relacionadas con la falta de aseo: sarna, piojos,

1. Indicadores OCEI.

úlceras e infecciones bacterianas de la piel; todo ello con el agravante del rápido contagio que pueden producir dichas enfermedades.

La situación médico-hospitalaria contribuye a que se agrave el cuadro de la salud en Venezuela. No existe otro término que el de colapsada para describir el grado de deterioro en que se encuentra la salud pública en el país. El énfasis en una medicina curativa en desmedro de los aspectos preventivos, ha congestionado de tal modo los hospitales que hoy no se dan abasto para cubrir la demanda de la población. Por otra parte, las carencias que existen en los centros dispensadores de salud pública se manifiestan a todo nivel: falta de dotación de materiales médicos, medicinas, lencería, camas en pésimo estado, costosos equipos dañados. No existe una ubicación adecuada del personal médico y paramédico y la burocracia de los organismos oficiales dispensadores de salud, absorbe más del 70% de los presupuestos asignados. Esta afirmación se evidencia con el colapso de los hospitales de la ciudad de Caracas. Al parecer los recursos e insumos que se suministraron a finales del pasado año, a raíz del colapso de varios centros, comenzaron a mermar y por otra parte son muchos los equipos que se han dañado, lo cual impide un funcionamiento normal de los hospitales, debido a que no se puede garantizar una atención adecuada a los pacientes.

Resalto que muchos de los pacientes hospitalizados llevan hasta doce meses esperando por su respectiva intervención quirúrgica y ante la falta de insumos han tenido que adquirir lo necesario para ser operados, además de practicarse exámenes y placas en clínicas privadas, debido a que los servicios de Rayos X y de laboratorio tampoco funcionan. De allí que sólo se puedan atender estrictas emergencias.

Mención aparte merece los problemas de corrupción que se ubican desde los niveles más simples como el robo de materiales hasta los sobrepagos en la adquisición de equipos y medicinas y el cabalgamiento de cargos (médicos con 3 y 4 cargos que cobran sin trabajar). Esta circunstancia es reconocida por el mismo Estado y por los organismos regionales.

3. Acceso a los medicamentos

En cuanto al acceso a los medicamentos encontramos que si ya para un 60% de la población es difícil cubrir sus requerimientos alimentarios, mucho más difícil es tener acceso a uno de los rubros que más duramente ha sido golpeado por la inflación. Así lo indica el descenso de un 80% del volumen de ventas de medicamentos en las farmacias. El comportamiento de los precios de los medicamentos, desde el 01-01-01 hasta el 01-01-02, ha sufrido un incremento de los precios que oscila entre un 200% y un 300%, lo que a mi juicio constituye la dosis adecuada para decretar la muerte de los enfermos de menores recursos. Para el presente año se crearon muchas expectativas en torno a la implementación del programa de medicinas genéricas como mecanismo efectivo para garantizar el acceso a las medicinas a la población de menores recursos. Hoy muchos sectores vinculados a la fabricación de medicinas e interesados en el desarrollo de este programa denuncian que el mismo está condenado al fracaso, entre otras cosas, por la acción de los laboratorios transnacionales, el chantaje con las materias primas y la pasividad del Estado para hacer frente a esta situación.

Este cuadro que presenta la salud en Venezuela está en relación directa con las condiciones de vida de la población. El caso de las enfermedades es más que evidente pues una población bien nutrida, con adecuados servicios públicos y por supuesto, con una

atención sanitaria eficiente, no tendría porque acarrear las consecuencias que estamos padeciendo. A propósito de la aparición del cólera en algunos países de América Latina y el inminente peligro de expansión hacia otros, como es el caso de Venezuela, las autoridades sanitarias de los diferentes países no tuvieron más alternativa que reconocer que la aplicación de los programas de ajustes económicos que enfatizan soluciones a nivel de la macroeconomía, produjeron como resultado inmediato, en el caso de la salud, el crear las condiciones para el desarrollo de esta enfermedad .

III. EL DERECHO A LA SALUD

La primera riqueza es la Salud. Emerson

1. El concepto:

Antes de precisar un concepto de Derecho a la salud, es necesario acercarnos al concepto de salud en el cual se deben destacar 3 características básicas y esenciales:

- 1) El estado de salud no puede ser algo absoluto, completo o permanente; sino que es esencialmente *variable*.
- 2) No puede establecerse un límite definido y drástico entre la salud y la enfermedad. Existen *diversos niveles y grados* sobre los que tampoco pueden establecerse criterios fijos.
- 3) El concepto de salud implica la consideración de 3 componentes:
 - el *subjetivo* (creencia y percepción de bienestar),
 - el *objetivo* (funcionalidad orgánica),
 - el *adaptativo* (integración bio-psico-social).

Podemos afirmar que antes de 1978, la salud era considerada como la mera ausencia de alguna enfermedad, desde un nivel orgánico.

La Organización Mundial de la Salud, define a la Salud como un estado de bienestar físico, mental, social, y no meramente como la ausencia de enfermedad o invalidez. La salud implica siempre un determinado equilibrio entre sus diferentes dimensiones: anatómico-morfológico, fisiológico, psíquico, ecológico y socio-económico². Es obvio el alcance de dicha definición es complicado ya que no deja de ser ideal, puesto que ese supuesto estado de plenitud es prácticamente imposible.

Ahora bien, atendiendo al concepto propuesto por la Organización Mundial de la Salud es necesario preguntarnos ¿ que se debería entender como bienestar?

Consideramos que a los fines de precisar el significado de estado de bienestar debemos tomar como referencia la satisfacción de una serie de condiciones identificadas en los diversos indicadores socioeconómicos, las cuales determinan el *nivel de vida*, y que

2. La salud debe entenderse como un proceso dinámico dentro de una dimensión continua en cuyos extremos se situaría la enfermedad (como pérdida de la salud del sistema biológico) y la propia salud (como bienestar en su más amplio sentido), respetando la unidad funcional del individuo, de manera que el dualismo salud mental/salud física deja de tener sentido.

por lo general están relacionados con la salud, nutrición y consumo de alimentos, educación, empleo y condiciones de trabajo, vivienda, seguridad social, etc.

Por otro lado, debemos ser conscientes que al referirnos al termino de calidad de vida debemos asociarlo con el de bienestar ya que son expresiones que están profundamente imbricados y es por ello que la calidad de vida debe estar referida al *bienestar global del individuo*, incluyendo indicadores objetivos de vida y el bienestar subjetivo y percibido con los mismos.

Al introducirse en nuestra ley fundamental varios tratados que se relacionan con los derechos humanos, vemos que el concepto de protección de la salud adquiere jerarquía constitucional y específicamente se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de igual forma se encuentra previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12; en la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 24, 25 y 26; y la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer.

Por otra parte, *Bidart Campos*, nos enseña que: “el derecho a la salud es corolario del derecho a la vida”³.

Lo anterior significa que la salud, debe entenderse como un proceso dinámico dentro de una dimensión continua en cuyos extremos se situaría la enfermedad como pérdida de la salud del sistema biológico y la propia salud como bienestar en su más amplio sentido, respetando la unidad funcional del individuo, de manera que el dualismo salud mental/salud física deja de tener sentido.

Ahora bien, partiendo de la premisa anterior podemos concluir que: el derecho a la salud está determinado por el conjunto de derechos que tienen las personas dentro de un Estado y el conjunto de obligaciones que éste tiene dentro del ámbito de su competencia para garantizarle a las personas bajo su jurisdicción un estado de bienestar físico, mental y social.

A. El conjunto de derechos que tienen las personas dentro de un Estado

Los titulares del Derecho a la Salud son las *personas humanas* y en razón de esta circunstancia es preciso tener claro que el Estado tiene el deber principal de crear las condiciones necesarias para que cada persona humana pueda desarrollarse y mantener un estado de bienestar físico, mental y social satisfactorio.

B. El conjunto de obligaciones que tiene el Estado dentro del ámbito de su competencia

Es obvio que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar la vigencia del Derecho a la Salud, circunstancia ésta plenamente avalada por la Doctrina y los diversos tratados internacionales de los cuales Venezuela es parte, sin dejar de tener en cuenta la influencia del *jus cogens*, que como normas de carácter im-

3. Cf., BIDART CAMPOS, Germán J., *Estudios nacionales sobre la Constitución y el derecho a la salud*.

perativo son obligatorias incluso para los Estados que no hayan ratificado los aludidos convenios⁴.

C. Garantía a las personas bajo su jurisdicción de un estado de bienestar físico, mental y social

Es menester destacar que entre los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos a la Salud, hay que atribuir un lugar destacado a la obligación de garantía establecida en el artículo 2 inciso 2 del pacto internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que por vía de consecuencia significa que además de las acciones que el estado debe emprender para asegurar esta categoría de Derechos, debe tomar las medidas necesarias para proteger al individuo, lo que significa de manera indudable que no basta que el Estado facilite el acceso de estos derechos, sino que tiene la obligación de garantizarlos, adoptando medidas inmediatas, abandonando políticas incompatibles con el aludido derecho.

Por otro lado, el derecho a la salud a la luz de la legislación Venezolana, está definido como un derecho social fundamental, el cual es obligación del Estado garantizar como parte del derecho a la vida.

La garantía al resguardo de la salud puede definirse como el derecho que tiene todo individuo de un Estado a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto preventivo como en el asistencial, cuando pueda hallarse en peligro o se encuentre afectada la salud de las personas, o una solución jurisdiccional en el evento de que el estado no cumpla con sus compromisos constitucionales o convencionalmente asumidos frente a otros

4. Tanto los derechos económicos, sociales y culturales como los derechos civiles y políticos, se encuentran establecidos, reconocidos y consagrados en pactos y convenios que tienen la naturaleza de verdaderos tratados de derecho internacional que se rigen por el Derecho de los Tratados regulado en la Convención de Viena. Los tratados son fuentes de derecho internacional y como tales generan obligaciones para los Estados.

Nada en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales autoriza a desconocer su valor jurídico como fuente de derechos. Por el contrario, de su lectura desprevénida se observa que contiene una codificación.

Los tratados internacionales están regidos por los principios de la buena fe y del *pacta sunt servanda*. En virtud del primero, los Estados están obligados a cumplir sin esguinces sus compromisos, valga decir de manera transparente; en virtud del segundo se afirma que los tratados no pueden convertirse en letra muerta y se deben cumplir.

En virtud del principio de la buena fe los Estados que han aprobado en los escenarios multilaterales un instrumento de derechos humanos o lo han firmado, deberían someterlo al órgano interno competente para su aprobación y consecuente ratificación. A pesar de que sólo la Organización Internacional del Trabajo tiene en su Constitución la obligación de sumisión, debería desarrollarse una vía similar en los demás organismos intergubernamentales, para, de esta forma, dar mayor efectividad al principio de la buena fe.

El desarrollo de los dos principios enunciados supra, los Estados están obligados a incorporar, de manera adecuada al derecho interno, las normas de derecho internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es la de *adoptar medidas* y dentro de éstas se incluyen las legislativas.

Los Estados que integran la América Latina, en su mayoría, son Parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otros instrumentos de derechos económicos, sociales y culturales. De esta forma han adquirido una serie de obligaciones en relación con el logro del pleno disfrute de éstos para sus habitantes.

Además del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran reconocidos, consagrados y garantizados en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en el Protocolo de San Salvador (sistema interamericano) y en otros instrumentos destinados a proteger, entre otros sectores, a la mujer y a la niñez.

Estados al momento de ratificar algún instrumento internacional en materia de derechos humanos.

2. Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho interno

El constituyente venezolano al momento de estudiar el tema, introdujo en el texto constitucional ciertas disposiciones vanguardistas a los fines de asegurar una vigencia al derecho a la salud, además de compatibilizar nuestra carta magna a los estándares internacionales, sin embargo es a partir de esta referencia legislativa como determinaremos la actividad material de los diferentes actores estatales en esta materia.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Al analizar el contenido de este artículo, se evidencia de forma clara que la primera obligación de resultado a cargo del Estado es la de *garantizar* el disfrute de los derechos sin discriminación. Significa esto que la igualdad y la no discriminación⁵, en cuanto en sí mismas no requieren erogación de recursos, es decir deben ser plenas. Se trata pues de disposiciones auto ejecutables.

Artículo 84. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

Este artículo le impone al Estado la obligación de la creación de un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado pero cuando analizamos las elementales particularidades que representan al actual sistema de salud, nos damos cuenta que el Estado no cumple con su obligación de garantizar el derecho a la salud, ya que en nuestro país no se cuenta con políticas coherentes para crear y consolidar un sistema público nacional de salud.

Artículo 85. El financiamiento del sistema público de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud

5. Cabe aquí recordar que a la luz del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proscribire de jure en forma total los siguientes criterios de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole. Origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La discriminación de facto hay que estudiarla de cara al derecho consuetudinario.

que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.

Al analizar las anteriores disposiciones podemos inferir que el Estado tiene la obligación de adoptar ciertas medidas que en este caso son de resultado, es decir deben ser concretas, y orientadas al logro progresivo del pleno disfrute del Derecho a la salud. Estas medidas deben adoptarse en el más corto plazo posible, cualquier dilación injustificada configura una violación a la normativa constitucional e internacional.

Artículo 86. 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. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines.

Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

Este dispositivo constitucional nos enseña que *toda persona* tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, *que garantice la salud*, la dificultad que se presenta en el actual sistema de Salud, es que existe una pluralidad de subsistemas que sugieren una suerte de discriminación y al analizar la justiciabilidad de este Derecho nos encontramos que precisamente las personas que cotizan obligatoriamente se ven inducidas en la ineficiencia del servicio, siendo nugatorios todos los esfuerzos para lograr los contenidos mínimos de acceso a este Derecho.

Es necesario destacar que la obligación a cargo del Estado es la de *garantizar* el disfrute de los derechos sin discriminación y cabe aquí recordar que a la luz del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proscribiremos de *jure* en forma total los siguientes criterios de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole. Origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La discriminación de facto hay que estudiarla de cara al derecho consuetudinario.

Artículo 111. Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantiza los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley.

La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país.

Este artículo consagra de forma clara las actividades que podrían beneficiar la calidad de vida y dispone las garantías necesarias para materializar el contenido del Derecho a la salud, con la salvedad que la obligación no es únicamente a nivel de adopción de políticas, si no de disposición de recursos materiales y efectivos para que la actividad sea fecunda y redunde en el bienestar de la persona humana.

Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Esta disposición se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado de igual forma en nuestra carta fundamental y a la par constituye un complemento de las obligaciones asumidas por el Estado.

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud.

Artículo 178. Es de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas:

5) Salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas. Servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal.

Artículo 184. La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:

1) 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. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.

Artículo 311. La gestión fiscal estará regida y será ejecutada con base en principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal. Esta debe equilibrarse en el marco plurianual del presupuesto, de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios.

El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional para su sanción legal un marco plurianual para la formulación presupuestaria que establezca los límites máximos de gasto y endeudamiento que hayan de contemplarse en los presupuestos nacionales. La ley establecerá las características de este marco, los requisitos para su modificación y los términos de su cumplimiento.

El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud.

Los principios y disposiciones establecidas para la administración económica y financiera nacional, reglarán la de los Estados y Municipios en cuanto sean aplicables.

3. Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho Internacional

*El Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*⁶.

Artículo 12

- 1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- 2) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 24

- 1) Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
- 2) Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptará las medidas apropiadas para:
 - a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c) Combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
 - d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;
 - e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
 - f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
- 4) Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de la salud

6. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966, y entró en vigencia el 3-1-1976; el mismo consta de 94 ratificaciones y en Venezuela fue publicado en *G.O. de la República* en fecha 28-1-1978. n° 2.146 extraordinaria.

física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1) Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2) Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Convención sobre eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer.

Art. 12.

1) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1 supra los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

La declaración de Quito al hacer referencia al derecho a la salud establece en el párrafo 77⁷:

Que se destaque la importancia de incorporar la perspectiva de género en todas las actividades referidas a la promoción de los derechos humanos y, en particular, el enfrentamiento de la violencia contra la mujer y el/la niño/a en la vida pública y privada, *el derecho a la salud, incluida la salud reproductiva y sexual y la protección de su integridad física, psicológica y sexual.*

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸

-Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir

6. Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de cumplir

7. Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe (24 de julio, 1998).

8. Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante 'Principios de Limburg'), entre el 22-26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos.

requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. *Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten.*

-Las obligaciones de conducta y resultado

7. Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. *Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna. La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa. Por ejemplo, con respecto al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995.*

-Obligaciones mínimas esenciales

9. Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. *Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza*”. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

-Nuevas normas

30. Con el fin de seguir clarificando el contenido de las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos sociales y culturales, tanto *los Estados como las entidades internacionales pertinentes deberían perseguir activamente la aprobación de nuevas normas sobre derechos económicos, sociales y culturales específicos, en particular el derecho a trabajar, a la alimentación, a la vivienda y a la salud.*

IV. COLOFÓN

La eficacia del Derecho a la Salud, depende en amplia medida de que los ordenamientos jurídicos estatales se conformen de acuerdo a las normas internacionales⁹.

La protección del derechos a la Salud se rige hoy por hoy, por normas de Derecho internacional, tales como las previstas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, estas disposiciones se han añadido a la normativa constitucional venezolana, tal como lo estableció el constituyente en el preámbulo de la carta fundamental, reconociéndolos de igual modo en los fines del Estado, y al establecer la jerarquía de los tratados de derechos humanos, la garantía de tales derechos y la cláusula abierta a los derechos humanos a los fines de procurarle plena eficacia y un pleno valor jurídico

9. Las acepciones norma y obligación Internacional tienden a confundirse. Las normas tradicionalmente se producen por vía consuetudinaria, las obligaciones internacionales mediante el acuerdo de dos o mas sujetos de Derechos Internacional.

a los aludidos Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁰ de igual forma lo establece el constituyente de forma categórica en el artículo 83 de la carta fundamental.

Ahora bien, al reflexionar sobre la naturaleza del Derecho a la Salud y su condición de Derecho humano, debemos reconocer que nuestro Estado, se encuentra en una posición de vanguardia desde el punto de vista constitucional y es conteste con la normativa y la jurisprudencia internacional la cual ha sostenido constantemente la primacía del Derecho internacional y en este orden de ideas ha considerado que los Estados están obligados a adoptar las medidas legislativas necesarias impuestas por los tratados que han suscrito y ratificado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966, y entró en vigencia el 3-1-1976; el mismo consta de 94 ratificaciones y en Venezuela fue publicado en gaceta oficial de la República en fecha 28-1-1978. N° 2.146 extraordinaria.

En ese sentido la jurisprudencia internacional ha establecido:

Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos¹¹.

Las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado¹².

Es preciso acotar en este punto la obligatoriedad y aplicabilidad de los tratados y en este caso el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en nuestro ordenamiento jurídico interno, la cual en gran medida está acondicionada por factores históricos, ideológicos y políticos, sin embargo, el constituyente del 99 transformó el sistema constitucional en forma clara y transparente en lo atinente a la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la adecuación constitucional de las obligaciones convencionales contraídas en esta materia y en especial en lo relacionado, con la recepción de las obligaciones convencionales, el rango jerárquico de los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno y la aplicación de esas normas convencionales por los tribunales y autoridades internas, lo cual ha quedado evidenciado en el preámbulo y los artículos enunciados *supra*.

Es importante establecer la importancia de la responsabilidad que tiene el Estado y en particular los jueces respecto de las condiciones aseguradoras para la vigencia plena del estado de derecho, teniendo presente fundamentalmente el papel de los mismos en el sistema de administración de Justicia, especialmente *en la consecución de la Justiciabilidad del Derecho a la Salud*.

En este caso se debe reconocer la irrestricta relación que tiene el derecho a la Salud con la vida, lo que explica inexorablemente su carácter de fundamental, sin embargo no podemos dejar de reconocer que la salud, se encuentra en un último lugar dentro de la

10. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su preámbulo, lo siguiente: con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos.

11. *Cf.*, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, n° 10, p. 20.

12. *Cf.*, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, n° 17, p. 32.

jerarquía que se le ha querido dar a los Derechos Humanos, como tampoco debemos dejar de reconocer que en Venezuela se ha experimentado un franco retroceso y una inercia desde el punto de vista de su garantía, lo que se traduce en una inconsistencia constitucional de los mismos en su efectiva vigencia.

El Derecho internacional reconoce y garantiza el Derecho a la Salud, pero se requiere una mayor precisión y un mayor desarrollo de dichas normas, a fin de que los Estados y la comunidad internacional cumplan a cabalidad con sus obligaciones respecto a la realización de este derecho; para lograr tal objetivo sería conveniente establecer mecanismos internacionales de control y vigilancia más eficaces.

Sería ideal la elaboración de un documento que cree un organismo que con la ayuda de expertos en derechos económicos y sociales analizaran los problemas específicos de los Estados partes, relacionados con el derecho a la Salud y se creen soluciones materiales para minimizar tales problemas, con esta propuesta se establecería un mecanismo eficaz de control y vigilancia internacional para la realización de tales derechos.

Se debería crear una comisión de expertos en cada Estado para estudiar la situación del acceso de Medicamentos Esenciales y la Política Farmacéutica con el fin de elaborar políticas, estrategias, directrices, programas de formación y otros instrumentos prácticos, basados en pruebas científicas, en provecho de la comunidad, para adiestrar a los funcionarios de los ministerios de salud, a las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones profesionales y otras partes interesadas¹³.

De igual forma, los Estados deberían incorporar la necesidad de actualizar sistemáticamente la selección de los medicamentos para tener en cuenta las nuevas opciones terapéuticas y la evolución de las necesidades terapéuticas; la necesidad de garantizar la calidad de los medicamentos; y la necesidad del desarrollo continuado de mejores medicamentos, medicamentos para las enfermedades emergentes y medicamentos para afrontar las cambiantes pautas de resistencia.

Los Estados y en especial Venezuela deberían aumentar la financiación de los medicamentos, tanto publicando orientaciones sobre mecanismos de financiación como poniéndolos en práctica. Entre las actividades a realizar se debería evaluar la financiación pública de las prestaciones farmacéuticas, es decir, el objetivo estaría orientado a reducir el costo de los medicamentos.

Ahora bien, en este contexto debemos determinar si estamos en presencia de un verdadero derecho o de meras aspiraciones.

Tradicionalmente, muchos estudiosos de los Derechos Humanos han considerado minimizado el carácter de los derechos económicos, sociales y culturales al extremo de desnaturalizarlos jurídicamente, y por el contrario como verdaderos derechos a los contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso que nos ocupa los Estados, en específico Venezuela, frente a los derechos económicos y sociales asumen obligaciones de hacer o de dar, lo cual implica una erogación dineraria lo que se traduce en una carga muy pesada a un Estado en el planteamiento y ejecución de sus políticas sociales.

13. Los medicamentos esenciales son aquellos que sirven para satisfacer las necesidades de atención de la salud de la mayoría de la población; por consiguiente, deben hallarse disponibles en todo momento en las cantidades adecuadas y en las formas farmacéuticas que se requieran, y a un precio asequible para las personas y la comunidad.

Además, es bueno acotar que no sería válido el argumento de la pobreza por parte de los Estados, ya que los mismos independientemente de su grado y desarrollo económico, están obligados a asegurar el respeto por los derechos mínimos de subsistencia de todas las personas, este criterio está sustentado por una parte, en el análisis hecho por reconocidos juristas y los cuales fueron recogidos en los principios de Limburgo¹⁴.

Podríamos determinar que el derecho bajo estudio pueden ser considerados como tales, partiendo de la teoría general de las obligaciones lo cual es preciso determinar *prima facie*, cuáles serían los elementos constitutivos de la obligación que tienen los Estados frente a los mismos. Tenemos un elemento subjetivo el cual está constituido por la relación entre los Estados signatarios de un pacto y los ciudadanos de cada uno de estos Estados partes del referido pacto o tratado y un elemento objetivo, el cual estaría orientado al reconocimiento, respeto y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que los Estados se comprometen a efectuar frente a los hombres en sus comunidades.

Esta conducta de los Estados en el reconocimiento, respeto y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueden consistir, según sea el caso, en prestaciones de dar, hacer, o de no hacer y por último la relación jurídica que enlaza a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus ciudadanos en pro del derecho enunciados supra, que es el elemento propiamente jurídico.

Por todo lo anterior se concluye ante el punto analizado que el Derecho a la Salud es *un verdadero derecho*, ya que son normas que están creadas por actos que se concretan en tratados, pactos y constituciones en el caso del Derecho interno, y precisamente estos instrumentos fueron creados no como un acto meramente intelectual, por

el contrario, son normas de derecho para ser cumplidas en un espacio y tiempo determinado y se distinguen de otras normas que han sido creadas precisamente de esos actos puramente intelectuales.

Además el Estado tiene la obligación de satisfacer este derechos, así lo prescribe el artículo 2 inciso 1 del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando expresa que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacional, específicamente económicos y técnicos, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive, en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los Derechos Económicos y Sociales. Y es precisamente el inciso 2 de esta misma disposición donde se establece que los Estados se comprometen a garantizar el ejercicio de los Derechos que se enuncian en el Pacto, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. De igual forma los Estados no pueden invocar el principio de *autodeterminación de los pueblos* para desconocer o incumplir las obligaciones que han asumido en los diversos acuerdos internacionales y los que impone la convivencia internacional.

14. Los *Principios de Limburgo* fueron aprobados en el encuentro realizado en Maastricht, Holanda por un grupo de expertos en derecho internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de Norte América). El encuentro tuvo lugar los días 2 a 6 de junio de 1986. Recientemente se reunió un grupo de expertos, con ocasión de los 10 años de los Principios de Limburgo y aprobaron los "Principios de Maastricht", que en buen parte son referente de este trabajo.

En cuanto al control Jurisdiccional, es conveniente advertir que el juez está vinculado primordialmente al Derecho positivo, pero debe esforzarse por dar cumplimiento a la intención del legislador, apoyándose en los fines u objetivos que definen las leyes mismas, más allá de la letra de la ley, dentro del Estado de derecho, el juez está facultado para aplicar en casos concretos, ciertos principios aceptados y reconocidos por la conciencia jurídica de la comunidad internacional.

En el Derecho internacional, específicamente en el sistema interamericano, por el mismo carácter más político que jurídico, no se conoce ningún antecedente que nos permita asegurar que pudiéramos tener un control jurisdiccional sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de denunciar la violación del artículo 26 de la Convención,¹⁵ que contiene el compromiso de los estados de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y culturales contenidas en la Carta de la OEA, evidentemente una denuncia de violación de esa disposición podría apuntar a la circunstancia de que el estado no ha adoptado las medidas a las que se comprometió, o que no ha destinado a este propósito el máximo de los recursos disponibles, o que habiéndose adoptado algunas medidas ellas tienen carácter regresivo que desmejora la situación existente con anterioridad, o que las medidas pertinentes se apliquen de manera discriminatoria, verbigracia el caso del Sistema de Jubilaciones y Pensiones en Venezuela, en violación del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose a la obligación de los Estados partes de la *Convención Americana*, en lo que concierne a su compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está, sujeta a su jurisdicción, declara que los Estados partes tienen el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Así, pues, la conducta de los jueces se encuentra condicionada por la mayor o menor organización del aparato gubernamental y de las estructuras del poder público en general.

Por otro lado, en el derecho interno no existe disposición alguna que impida recurrir a los Tribunales para ser justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, pero existe la dificultad de que cuando se recurre a ello la reclamación se hace ineficaz, por cuanto se desconocen o no se aplican las normas de derecho internacional, es por ello que, urge la necesidad de la capacitación de todos los sectores de la administración de justicia en lo atinente a la justiciabilidad de los aludidos derechos y sobre su alcance y vigencia, ante este desconocimiento en el sector de administración de justicia, se transgrede inicialmente las normas que consagran los derechos económicos y sociales, lo que significa, primero, que el Estado no cumple con satisfacer y garantizar los referidos derechos y, segundo, este incumplimiento viola tratados internacionales que deben ser

15. Se destaca que el 16 de noviembre de 1999, entró en vigencia el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales ("Protocolo de San Salvador") en virtud del depósito del correspondiente instrumento de ratificación por el Estado de Costa Rica. *Es decir Venezuela no ha manifestado su compromiso de obligarse por dicho protocolo y cumplirlo en todos sus términos.*

aplicados con preferencia al derecho interno. Con esta ineficacia del Estado de no atender o no pronunciarse correctamente cuando el agraviado recurre para solicitar justicia por la violación a sus derechos económicos y sociales se viola de igual forma el Principio *Jura Novit Curia*¹⁶.

Nuestra Constitución establece de forma clara la justiciabilidad de los derechos difusos y colectivos:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, *incluso los colectivos o difusos*¹⁷, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

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

El tribunal supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia N° 483 del 29/05/2000 ha establecido:

Principio del formulario

El nuevo marco constitucional, además de consagrar el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales de los sujetos de derecho, quienes pueden concurrir de manera individualizada a solicitar la protección de sus derechos y garantías constitucionales, plantea ahora de manera expresa la posibilidad de que dirijan a tales órganos solicitudes que tengan por finalidad el logro de tutela judicial de intereses colectivos, o bien que los peticionantes aleguen la violación o amenaza de derechos o garantías fundamentales que forman parte de la esfera de intereses difusos... ..En razón de una serie de hechos y circunstancias alegados por los peticionantes, los cuales podrían ciertamente afectar intereses difusos del colectivo -en el que se integran tanto las personas naturales actoras como las referidas organizaciones-, intereses que en este específico caso ameritan una inmediata consideración, esta Sala reconoce legitimación en las personas y organizaciones que accionan en este proceso con miras a lograr un mandamiento de tutela constitucional, el cual tendrá, de ser acordado, efecto erga omnes; tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para todos los electores en su conjunto.

De igual forma nuestro más alto tribunal en la Sala Constitucional, en Sentencia N° 770 del 17/05/2001 expresó:

...esta Sala considera que lo que diferencia el interés difuso del interés colectivo es que este último, en cuanto a la naturaleza es mucho más concreta para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no sólo para el que lo detenta sino para el obligado. En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, perseguible de manera unificada, por tener dicho grupo unas características y aspiraciones sociales comunes; y a su vez, tales intereses colectivos se diferencian de los intereses personales, ya que no constituyen una simple suma de éstos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo y pertenecen por entero a todos ellos.

Así mismo, ha dicho la misma Sala Constitucional, en Sentencia Nro. 487 del 06/04/2001.

Principio del formulario

16. Esta expresión latina está referida al principio relativo a la obligación de los jueces de conocer el Derecho.

17. Destacado nuestro.

La Sala observa que, a pesar que no existía reconocida en la ley una acción judicial para ejercer derechos e intereses colectivos, motivo por el cual ésta no se ejerció directamente en esta causa, ella contiene la petición en protección de un derecho colectivo (el de los agraviados), por lo que esta Sala, en cuanto a ese aspecto de la pretensión, le da el tratamiento de una acción de amparo por intereses colectivos, la cual es posible incoar, conforme a lo señalado en la aludida sentencia de esta Sala del 30 de junio de 2000. Debe acotarse, que en los casos en los cuales la acción de amparo es interpuesta con base en un derecho o interés colectivo o difuso, el mandamiento a acordarse favorecerá bien a un conjunto de personas claramente identificables como miembros de un sector de la sociedad, en el primer caso; bien a un grupo relevante de sujetos indeterminados apriorísticamente, pero perfectamente delimitable con base a la particular situación jurídica que ostentan y que les ha sido vulnerada de forma específica, en el segundo supuesto. Así, no resulta cierto que el amparo destinado a proteger tales situaciones jurídicas de múltiples sujetos, posea efectos erga omnes, tal como lo señalara el a quo, pues, como se ha visto, sus beneficiarios son susceptibles de una perfecta determinación y la tutela a ellos brindada es siempre concreta, mas nunca de modo genérico.

Lo que significa entre otras cosas, que la competencia judicial para velar por la integridad de la Constitución en interacción con la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales y en especial con el derecho a la salud se ejerce a través de todos los jueces del país, destacando que el constituyente al referirse a intereses difusos supone todos los supuestos fácticos de naturaleza socio-económico que sean jurídicamente substanciales y que integren grupos, colectividades o géneros de personas relacionadas por una necesidad común, cuya situación regulada por el ordenamiento jurídico se encuentre en un estado de minusvalía.

Empero, existen pocos antecedentes de recursos interpuestos ante Tribunales nacionales y no precisamente con feliz término, tal es el caso *Nicanor*¹⁸, donde entre otras cosas el accionante ejerció un recurso de amparo para que le fuera garantizado el derecho a la salud por el peligro grave e inminente de no ser intervenido quirúrgicamente por cuanto el Estado consideraba que no existían recursos económicos y materiales suficientes, ante tal planteamiento el Juzgado que conoció del aludido recurso motivó su sentencia basándose en la afirmación de que el Estado venezolano no estaba obligado a realizar aquello que le era imposible materialmente.

Por otro lado, en Sentencia de fecha 20 de Enero de 1998, la extinta Corte Suprema de Justicia marcó un hito en la jurisprudencia de nuestro país, en lo atinente a la justiciabilidad de el derecho a la salud (caso enfermos de VIH contra Ministerio de la Defensa), donde se ordena al Estado por intermedio del ente administrativo garantizar de inmediato los derechos a la salud de los recurrentes a los fines de que ellos puedan recibir el tratamiento médico adecuado y se les asegure el percibimiento de un salario, con el fin de lograr una subsistencia digna y decorosa, asimismo, se le ordena al Ministro del ramo solicitar del Congreso de la República, la asignación de partidas especiales para prevenir e implementar las medidas de combate de la enfermedad del VIH/SIDA. Lógicamente, a mi juicio el criterio establecido en esta sentencia debería ser interpretado de forma extensiva a los efectos de cubrir otras patologías diferentes las cuales merecen igual atención.

18. V., sentencia de fecha 31 de marzo de 1985 emanada del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, confirmada por el Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Edo. Mérida en fecha 2 de abril de 1985.

El texto de la sentencia dice lo siguiente:

...utilizando al máximo las posibilidades de seguridad social y asistencia médica de su Despacho debe garantizar de inmediato los derechos a la salud de los recurrentes en el sentido de que ellos puedan recibir el tratamiento médico adecuado. Asimismo, debe asegurárseles, el percibimiento de las remuneraciones, con el fin de lograr una subsistencia digna y decorosa.

El Ministerio de la Defensa, en un lapso de un (1) mes desde la publicación de la presente sentencia, debe impartir Directivas de Concientización de la enfermedad del VIH/SIDA, en el sentido de su gravedad y del comportamiento de solidaridad y ético de todo el personal de las Fuerzas Armadas.

El Ministro de la Defensa deberá, en virtud de las obligaciones que le incumben, constitucional y legalmente y con base a esta sentencia, solicitar del Congreso de la República, la asignación de partidas especiales para prevenir e implementar las medidas de combate de la enfermedad del VIH/SIDA, así como para obtener los medios de su tratamiento.....¹⁹

En otro orden de ideas, se hace necesario plantearse la circunstancia de la inderogabilidad del Derecho a la Salud en ciertos casos como en los estados de excepción.

Por lo general, los estados de excepción han servido a los Estados para restringir derechos, bajo el pretexto de regular una situación anómala de orden público interno, pudiendo decretar bajo este contexto el control de ciertos rubros, o actividades, por ejemplo la venta o administración de agua potable, medicamentos o alimentos en las zonas de conflicto, descontrol o disturbio.

Sin embargo, es preciso destacar que las restricciones autorizadas por el artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰, no están vinculadas a los estados de excepción, es decir, estas restricciones infringirían la normativa internacional y configurar una violación de las obligaciones del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que se traduce en una situación de responsabilidad internacional para el Estado. Además, en este instrumento, no existe ninguna disposición que autorice la suspensión de derechos u obligaciones.

Finalmente, considero que la adopción de un artículo que regula el control y justicia-abilidad de los derechos colectivos y difusos contribuye de forma significativa al mejoramiento en las reivindicaciones de las condiciones de vida de los habitantes, y de la efectiva y plena vigencia de sus derechos, y en especial de la Salud, lo que dependerá en gran medida en el cambio de conciencia tanto de los justiciables al momento de recurrir a los entes jurisdiccionales, así como de los distintos órganos del Estado encargados de planificar políticas económicas y de los administradores de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10-12-1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966.

19. Sentencia sala Político-Administrativa de fecha 20 de Enero de 1998, expediente n° 14000.

20. *Cf.*, pie de página 6.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-12-1966.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Resolución del ECOSOC 1985, del 22 de mayo de 1985.

Indicadores Económicos y Sociales, Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI), años 1948-2001.

Sentencia de fecha 31 de marzo de 1985, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida.

Sentencia de fecha 31 de marzo de 1985, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida.

Sentencia Sala Político-Administrativa de fecha 20 de Enero de 1998, expediente N° 14000.

Word Investment, Report 1995.

The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social & Cultural, Rights-International Commission of Jurist.

BERGTEN and NOLAN, "Pacif Dynamism and International Economic System Institute for International Economics", Washington D.C. 1993.

BHAGWATTI, James, *Proteccionismo*, Alianza Editorial, Madrid 1991.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Estudios nacionales sobre la Constitución y el derecho a la salud".

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

ECOSOC: Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

OEA: Organización de Estados Americanos.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CADH: Convención Americana de Derechos humanos.

CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional.

CSJ: Corte Suprema de Justicia.

TSJ: Tribunal Supremo de Justicia .

§ 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN

Luis Paulino Mora Mora
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

I. MOTIVACIÓN

Este trabajo responde a una amable invitación hecha por el Instituto de Derecho Público de Venezuela para concretar un homenaje al Doctor Allan Brewer-Carías, a quien debe mucho no sólo el Derecho Público venezolano, sino el Latinoamericano en general.

El vasto campo de conocimiento dentro del que se mueve con erudición el Doctor Brewer-Carías, incluye el Derecho Constitucional, y es ese justamente el tema que ha servido producir el más fructífero contacto con la Sala Constitucional costarricense de la que formo parte. No debe entonces extrañar que me haya parecido apropiado escribir este ensayo descriptivo en el que se expone la manera en que la Sala Constitucional de Costa Rica ha abordado ciertos temas constitucionalmente trascendentes respecto de la situación de los extranjeros, con la idea de que sirvan para demarcar un camino latinoamericano de reconocimiento y efectiva aplicación de los derechos humanos por encima de nacionalidades y condiciones.

II. INTRODUCCIÓN

A quien ha tenido la experiencia de quedar perdido (aún por corto tiempo) en un país extranjero, le es posible imaginar con bastante precisión lo difícil que resulta para una persona sobrevivir en un ambiente extraño donde muchas cosas le resultan ajenas o desconocidas, y encuentra a veces la indiferencia de quienes en forma habitual residen en el lugar. Ahora, contrario a la persona del ejemplo -que probablemente tiene un nivel cultural y educativo suficiente para superar su inconveniente y cuya contingencia no causa recelo entre los residentes habituales- la situación del extranjero que emigra a otro país, es muy otra, pues normalmente carece de medios y además, el sí recibe por lo general no sólo la indiferencia sino muchas veces la abierta oposición de los nacionales. Aunque solamente se trate de una aproximación no experta a la cuestión, me permito hacer una pequeña descripción de cuestiones que relevantes, al menos en mi país, deben ser consideradas a la hora de conocer y resolver sobre el tema de los extranjeros.

Por una parte, desde el punto de vista de la persona que abandona su lugar de residencia y su nación para tratar de asentarse (aunque sea temporalmente) en otro, no cabe duda del trauma, incomodidad y angustias que tiene que sentir; más aún si se trata de aquellos que se ven obligados a dejar su tierra por la fuerza de las armas, la presión agobiante de la necesidad económica o su disidencia política. Les espera un cambio en

las costumbres y modos de actuar conocidos, y se espera de ellos el respeto a conjuntos de reglas a veces bien distintas; y no me refiero solamente a las jurídicas, sino, quizá principalmente a las de convivencia y trato; reglas sobre el *cómo hacer las cosas* o el *como comportarse* que no están escritas en ninguna parte y muchas veces no pueden ni siquiera ser coherentemente expresadas, pero están allí. Todo ello presenta dificultades para alguien que no se prepara de antemano en forma alguna para el impacto, sino que - a veces en cuestión de horas- se ve sumido en una desconcertante maraña de imposiciones. Podemos imaginar lo difícil que debe ser tomar una decisión consistente en dejar de lado todo aquello que ha constituido nuestra vida, para cambiarlo por el desarraigo, la incertidumbre, el rechazo.

De otra parte, está la perspectiva de las sociedades que perciben a los extranjeros que pretenden incorporarse a ellas como elementos ajenos, como *cuerpos extraños* que *desordenan* el normal desarrollo y devenir del cuerpo social. Normalmente se acude a su conducta *diferente* para atribuirles la culpa de los males de la sociedad. Se les achaca su resistencia a adaptarse, a comportarse de la forma preestablecida, *la normal*. En resumen, se combate su *diferencia*, bajo el argumento de que si no quieren asimilarse a la sociedad que los acoge, si se niegan a mimetizarse renunciando de golpe a toda su propia raigambre cultural, entonces no debieron venir. Esto incluso resulta en cierta forma explicable (aunque no justificable), dado que en general las costumbres y modos de ser distintos que traen consigo los extranjeros tienden a subvertir el *orden establecido*.

Toda esta problemática se agudiza cuando por diferentes razones el flujo de extranjeros hacia un determinado país se intensifica, porque entonces la sociedad resiente no sólo las diferencias (que se tornan mucho más perceptibles), sino, además, percibe una amenaza más directa aún, con la competencia que se produce a todo nivel, pero destacándose la que se produce por la obtención de los puestos de trabajo tanto a nivel formal como informal, los beneficios sociales (cuando los extranjeros pueden acceder a ellos) y en general la disputa por el disfrute de los bienes sociales, que ahora deben compartirse con personas que ni siquiera son nacionales.

Todos estos elementos están presentes en Costa Rica, en donde las autoridades señalan que el número de extranjeros en nuestro país, puede superar el millón de personas, es decir, alrededor de una cuarta parte de la población total de la nación. Se trata en nuestro caso de nicaragüenses, salvadoreños y últimamente, colombianos, peruanos y ecuatorianos, que buscan radicarse al menos temporalmente en el país, lo cual ha venido produciendo previsible e irremediamente una creciente xenofobia perceptible en todos los estratos sociales, pero mayormente en la clase media, según los estudios que existen al respecto.

Esta xenofobia no es sin embargo abierta en absoluto, sino que -por la conjugación de muy distintas razones- se presenta un doble lenguaje o doble discurso en este aspecto, pues en el ámbito del estereotipo social (la imagen del país que la sociedad costarricense pretende ofrecer), se maneja un concepto de una sociedad compuesta por personas afables, con una educación básica, amables en general y bastante individualistas, con un arraigado sentimiento de la igualdad, y en general inclinados a apreciar al extranjero. Ello pudo posiblemente haber existido hace quizá unas cinco o seis décadas, en virtud principalmente de la abundancia de tierra y de trabajo, que hacía que hubiera campo para todos. Pero la situación es diferente desde hace mucho tiempo; la frontera agrícola se agotó en los años sesenta y la creciente diferencia entre el progreso urbano y el rural ha hecho que la población se hacinara en las ciudades donde la apropiación de cada bien económico es objeto de una lucha feroz, en la que, evidentemente, no puede verse

con buenos ojos la participación de los extranjeros. Y este último punto conlleva a su vez una nueva contradicción porque por una parte se acusa al extranjero y se desprecia, por otra, se requiere de su participación en la economía (formal e informal) realizando trabajos básicos en agricultura, comercio -principalmente informal-, labores de seguridad privada, y otras que en nuestro país, son poco atractivas para los nacionales.-

Frente a estas realidades no se puede entonces cerrar los ojos y la Sala Constitucional, como órgano inmerso en la sociedad tiene que contribuir -en la medida de sus posibilidades y atribuciones- a la superación de estas cuestiones; y lo ha hecho optando por defender la dignidad humana del extranjero; bajo la perspectiva de que la existencia y participación de los extranjeros en nuestro país es un hecho irreversible, y de que no resulta posible otra actitud para la sociedad costarricense que la de reconocerles sus derechos fundamentales: La Sala se ha preocupado por definir la situación del extranjero frente a los nacionales, aceptando que con la incorporación de aquéllos a nuestra sociedad se han de producir buenos y diversos resultados, de modo que hay que tratar de combatir los dañinos y estimular los ventajosos. En fin, se ha tomado muy en cuenta a la hora decidir la forma de definir el estatus del no nacional, primero su condición de seres humanos, y de que normalmente no están en Costa Rica por su gusto, sino que se han alejado de su país por razones para ellos tan poderosas que han cedido frente ellas el aprecio a su propia tierra y a su propia gente, según lo sentimos todos los seres humanos.

III. EL EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Desde una perspectiva meramente jurídica la norma de mayor rango que se refiere a la situación de los extranjeros en Costa Rica es el artículo 19 de la Constitución Política, en que se dispone:

Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.

A ella pueden agregarse, referencias a cuestiones particulares del extranjero por ejemplo: los artículos 14 y 15 constitucionales en cuanto a la naturalización, artículo 19 párrafo primero en cuanto a las distinciones entre costarricenses y extranjeros, artículo 22 que regula su ingreso y la permanencia en el país, artículo 31 en cuanto a la expulsión y extradición de extranjeros, artículo 68 en cuanto al derecho de preferencia del costarricense en materia laboral.-

Como se ve el artículo 19 constitucional establece zonas vedadas a la participación de extranjeros pero además deja abierta la posibilidad de limitar por vía legal los derechos y deberes individuales de ellos. Esto ha sido aprovechado por el legislador para crear una miríada de regulaciones en los más diversos campos, donde se imponen regulaciones específicas que diferencian entre extranjeros y nacionales. Sirve como ejemplo de ello en primer lugar obviamente la legislación migratoria, el derecho de trabajo, y en general el acceso al disfrute de bienes cuando este se otorga mediante autorización o concesión (zona marítimo-terrestre y permiso de ventas ambulantes y estacionarias).

Una de las labores más relevantes a cargo de la Sala en esta materia fue la de rescatar para el extranjero el derecho constitucional a la igualdad de trato *en la realidad de los hechos*; lo anterior, como se dijo ante la variedad de reglas y actuaciones que - respondiendo a la xenofobia reinante- han tratado de reducir la dignidad humana del extranjero.

Para ello, se comenzó por reinterpretar el concepto constitucional anteriormente transcrito, para constreñir la amplitud que anterior jurisprudencia constitucional le había concedido al legislador. El instrumento para ello fue una reinterpretación más sistemática y lógica del artículo 19 de la Constitución, para sostener la “imposibilidad del legislador de privar del contenido esencial a la norma constitucional”. Veamos como lo expresó la propia Sala, primero apoyándose en el Tribunal Constitucional español.

La frase *con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las Leyes establecen*, contenidas en el artículo 19, permite hacer diferencias entre nacionales y extranjeros, propias de las diferencias lógicas existentes, sin que se pueda interpretar, por supuesto, que las excepciones contenidas en la Ley, pueden ser tales que impliquen una desconstitucionalización de los derechos, ya garantizados a nivel constitucional a los extranjeros. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional Español ha dicho que el artículo 13 de la Constitución Española, al decir “en los términos que establezcan los tratados y la ley”, no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posesión jurídica de los extranjeros, relativo a los derechos y libertades públicas. “Antes bien, con la mejor doctrina habría que presumir, en principio, la equiparación del ejercicio de los derechos de los nacionales y de los extranjeros, y que las posibles limitaciones habrían de tener carácter excepcional e interpretarse restrictivamente. En consecuencia, en aquellos derechos respecto a los cuales puedan establecerse limitaciones a su ejercicio por los extranjeros, el legislador no es enteramente libre, tales derechos siguen siendo constitucionales, y se ha de respetar el contenido esencial del derecho de que se trate. La restricción legal deja de estar amparada constitucionalmente si convierte el derecho proclamado en una pura apariencia de lo que es en realidad, si lo desvirtúa de forma que lo hace inaprehensible, si lo desnaturaliza y borra los perfiles con que está caracterizado (ver sentencia N° 115/1987). (...) (sentencia número 1282-90 del 16 de octubre de 1990).

Esta tesis se refina con el tiempo poco a poco, tal y como se deduce de la siguiente cita:

La acción acusa que este texto viola los artículos 19 y 41 de la Constitución. El primero declara que los costarricenses y extranjeros tendrán los mismos derechos individuales y sociales, sin perjuicio de las excepciones y limitaciones que la misma Constitución y la ley establezcan. El hecho que la Constitución confiera al legislador entre sus facultades, la de establecer distinciones entre costarricenses y extranjeros, *no supone una desconstitucionalización de la posición de los extranjeros respecto de los derechos y libertades públicas a ellos garantizados, los que sin lugar a dudas, como fundamentales, están dotados de especial protección dentro de su regulación de privilegio*. Por ello y a los efectos de la resolución de esta acción, es imprescindible delimitar los alcances del artículo 19 Constitucional. En este sentido, se distinguen los llamados derechos fundamentales que son inherentes al hombre sin distinguos de ninguna naturaleza, porque son parte de la dignidad humana y la base del orden jurídico político costarricense. Corresponden a esta esfera, entre otros, el ser reconocido *como sujeto de derecho, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la salud, y en general, todos los que por su naturaleza no requieren para su ejercicio, de condiciones especiales de nacionalidad o ciudadanía del titular, por ser consustanciales a la esencia misma de los seres humanos*; y a ello obedece que la regulación de los mismos, no soporte distinción alguna, sin incurrir en discriminaciones inadmisibles en el Derecho Constitucional. Existen otros derechos, que por voluntad del constituyente, son patrimonio exclusivo de los nacionales y que en ninguna forma pueden pertenecer a los extranjeros, como por ejemplo, los que conforman los artículos 19 párrafo final, 22 línea final, 32, 60 párrafo último y 131 inciso 1) de la Carta Política y en el mismo sentido el artículo XXXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (...) (sentencia número 1684-91 del 28 de agosto de 1991)

Queda de ese modo claramente definida la posición de la Sala respecto a la intangibilidad de ciertos derechos fundamentales reconocidos *por mero hecho de ostentar la condición de ser humano*, independientemente de la nacionalidad. Ello no impide reconocer ciertas diferencias pero sólo si ellas tienen como base justamente el carácter de extranjero y son justificables. Por ejemplo en una sentencia donde se reclamó la obligación del residente extranjero casado con costarricense, de depositar la suma correspondiente a los costos de su eventual repatriación, se dijo:

(...) En el caso concreto tenemos que nuestra Constitución permite hacer diferencias entre nacionales y extranjeros al indicar en su artículo 19 que “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, *con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen*”; por supuesto que esas excepciones han de ser lógicas y derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre éstas dos categorías, de tal forma que no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización de la igualdad, como lo sería el decir en una ley que los extranjeros no tienen derecho a la vida, a la salud, o a un derecho humano fundamental, pues éstas serían irracionales. Las únicas posibles son -como se dijo-, las que lógicamente deban hacerse por la natural diferencia que existe entre éstas condiciones (nacionales y extranjeros) como lo es, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país. La exigencia contenida en el numeral 147 supra citado de garantizar el monto del costo de una eventual repatriación del extranjero residente, no constituye una diferencia irrazonable o arbitraria que vulnere el principio de igualdad. Como se explicó en el considerando anterior, el Estado, en ejercicio de su soberanía tiene la potestad de proteger la seguridad nacional y el orden público, y por ello puede establecer condiciones *razonables* a la permanencia de extranjeros en nuestro territorio, a la vez que tiene el deber de garantizarles a éstos sus derechos fundamentales, (...) La disposición que se impugna no crea una diferencia irrazonable entre extranjeros y nacionales porque obviamente el Estado no requiere que nacionales garanticen el monto de su expulsión o deportación, ya que conforme a lo reglado en los artículos 22 y 32 de la Constitución, ningún costarricense puede ser compelido a abandonar el territorio nacional, de ahí que esa exigencia sólo es posible con respecto a los extranjeros. (...) Por las mismas razones expuestas en los considerandos II y III, estima la Sala que la norma cuestionada no transgrede el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (sentencia número 1440-92).

Con estos antecedentes se allana el camino para un tratamiento no discriminado de los extranjeros y los nacionales, siempre que estén en juego derechos fundamentales. A la vez, se ha creado el soporte doctrinario que ha servido para confrontar reclamaciones concretas, tratando de tener en cuenta siempre primero que todo la dignidad del ser humano, independientemente de su nacionalidad. Un buen ejemplo, que resulta suficientemente ilustrativo del método, es el siguiente relacionado con la entrega de subsidios para compra de vivienda únicamente a nacionales. Puede notarse cómo la Sala sostiene la norma bajo el argumento de que no se trata de un derecho fundamental, reafirmando de tal modo la idea de que no puede discriminarse al extranjero en el disfrute de tales derechos. Se dijo en ese fallo:

III. (...) Según lo dicho supra, en principio, los extranjeros y los nacionales poseen los mismo derechos, quedando a salvo la posibilidad de que, cuando no se trate de derechos fundamentales o derechos humanos, la misma Constitución Política o la ley ordinaria establezcan excepciones o limitaciones. De allí que sea menester plantearse la cuestión sobre la naturaleza jurídica del llamado *Bono familiar de la vivienda*, a fin de determinar si, en primer lugar, se trata de un derecho. Del examen de la Ley (...) se colige que, en realidad, dicho bono no sólo no constituye un derecho fundamental, y, por ende, el legislador podría constitucionalmente limitar su otorgamiento únicamente a los nacionales que cumplan determinadas características o requisitos -pues no existe un derecho fundamental o humano al otorgamiento de esa ayuda- sino que, además, se trata de un beneficio, no un derecho (...) La exclusión de los extranjeros como posibles beneficiarios es una decisión discrecional del legislador que no resulta contraria a los artículos 19 y 33 constituciona-

les, ya que no se les está limitando el disfrute de ningún derecho, sino que, simplemente, el legislador determinó que el beneficio en cuestión sólo debía otorgarse a los nacionales, a fin de solucionar, en la medida de lo posible, el problema de vivienda de éstos. (...) Nótese que el beneficio tiene como posibles destinatarios a los costarricenses de escasos recursos, con exclusión de otros nacionales, aún cuando éstos también pudieran tener necesidad de disfrutar de ese bono para obtener una vivienda propia. (...) En caso de que se suprimiera el otorgamiento de dicho bono, no se estaría suprimiendo ningún derecho fundamental, sino únicamente un beneficio social, que si bien como tal es de suma importancia, no por ello deja de ser un acto de liberalidad del Estado, eso sí, en cumplimiento de su obligación de velar por el bien social (sentencia número 1415-99 de 26 de febrero de 1999).

IV. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD

Similar situación ha ocurrido con el reconocimiento del derecho a la salud, al que desde el primer momento se le ha considerado un derecho fundamental donde no cabe hacer diferencia entre nacionales y extranjeros (sentencias 1280-92 y 1684-91 citadas supra).

La primera sentencia que sirve de ejemplo concreto es la número 6240-93 en la que se afirmó:

XVI. El derecho a la Salud, como derecho humano, fue reconocido por la Sala en tempranas sentencias, como la N° 56-90 que declaró ese derecho como irrenunciable; y la sentencia N° 1755-90 en la que se dijo:

En el presente caso, está de por medio del derecho a la Salud, derecho fundamental del ser humano *en la medida en que la vida depende en gran parte de su respecto* de tal forma que conforme a nuestra Constitución Política, artículos 10 y 48, y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la materia objeto del presente recurso... sí se constituye en objeto de obligado conocimiento de esta instancia, en la medida en que involucra la presunta violación de un derecho constitucional...

De manera que no existe duda sobre la protección constitucional del derecho a la salud jalonado del derecho a la vida y por allí de un derecho al ambiente sano. A manera de ilustración podemos citar las sentencias 1580-90; 1833-91; 2362-91; 2728-91; 1297-92; 2233-93; 4894-93; que han reconocido el derecho a la salud y a un ambiente sano, como un derecho individual constitucionalmente protegido (sentencia 6240-93).

En otra sentencia se expone ya explícitamente la naturaleza fundamental del derecho a la salud.

VIII. En cuanto al derecho a la salud, es importante aprovechar el contexto que nos presenta el caso en estudio para aclarar que, si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa ese derecho -aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución, ya que éste -el derecho a la vida- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. (...) Si dentro de las extensiones que tiene éste derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades (1915-92 del 22 de julio de 1992).

Otro ejemplo lo presenta la sentencia número 3125-92 en la que se conoció la prohibición de los supermercados de vender sucedáneos para la leche materna, actividad que sólo podían llevar a cabo las farmacias, en ella se consideró.

V. (...) La protección especial a la infancia debe ser la que le permita al niño crecer y desarrollarse en óptimas e integrales condiciones de la salud, por lo que son prioritarias las medidas que se adopten para brindarle las mejores atenciones pre y post natales, adecuada nutrición y oportuna vigilancia médica, seguridad total y evitar, desde luego, los malos tratos, el abandono y todo tipo conductas que sean nocivas para su formación. En virtud de lo expresado, se concluye que el niño tiene derecho a que el Estado dicte cuantas medidas considere necesarias para que lo proteja adecuadamente, lo que es, desde luego, del más puro *interés público*.

En otra sentencia donde también se solicitaba el reconocimiento del derecho a la salud por parte del Estado, se indicó:

I. (...) La salud de la población es un bien de interés público y es función esencial del Estado velar por ella, por medio del Ministerio de Salud, (...) El proceso de vacunación de los niños contra enfermedades transmisibles, es parte de ese deber integral del Estado y se regula también por la Ley General de Salud, en los Artículos 147 y siguientes y es precisamente al Estado, por medio del Ministerio de Salud, a quien corresponde hacer las declaraciones de estado de peligro de epidemias, fijar las zonas de peligro y declarar la vacunación obligatoria (...) (sentencia 360-91).

Al relacionar esta tesis expuesta por la Sala en el sentido de considerar indudablemente la salud como un derecho fundamental del ser humano, no puede haber ninguna duda de que por allí se está incluyendo a los extranjeros, pues no podría concebirse una solución distinta con antecedentes tan claros en favor del reconocimiento de los derechos fundamentales de toda persona independientemente de su nacionalidad. Igual sucede cuando se trata de equiparar los derechos fundamentales de los niños, con la ventaja de que se cuenta con la Convención sobre los Derechos del Niño que establece reglas muy claras, útiles para desterrar cualquier intento de discriminación.

V. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

En una serie de sentencias aisladas, se han analizado las cuestiones relativas a discriminaciones relacionadas con el derecho a la educación de los extranjeros. Por ejemplo en el caso que origina la sentencia número 6098-94 un estudiante extranjero reclama contra la diferencia de precios en los cursos impartidos en la Universidad de Costa Rica, distinción que se hace con fundamento en la calidad de extranjero o nacional. La Sala admite la validez de la diferenciación y señala que se justifica en la necesidad de fortalecer la educación de manera que más costarricenses puedan ingresar a la universidad. En este caso el acento parece ubicarse en el hecho de que el acceso estaba previsto y que la diferencia de precios era explicable.

No obstante, la reacción fue otra cuando se sometió a discusión una norma que *impedía* el acceso de extranjeros a ciertos colegios (instituciones para niños talentosos). La sentencia hace un extenso análisis del tema de la educación como derecho fundamental para concluir que es incuestionable que el extranjero tiene derecho a disfrutar de él, se dijo en ella:

III). Ciertamente, el párrafo primero del artículo 19 constitucional, establece que: “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen”, lo cual significa que, en lo que al conjunto de derechos fundamentales se refiere, sólo serían válidas las diferencias en-

tre los nacionales y quienes no lo sean, si éstas tienen rango constitucional y legal, y en este último caso, siempre en la medida en que la diferenciación se ajuste plenamente a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que orientan la función legislativa, y por supuesto, en tanto no sea contraria a la dignidad humana. Esta Sala, en desarrollo del contenido de la norma en análisis, ha eliminado por inconstitucionales, una serie de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, cuyo único fundamento lo fue el criterio de la nacionalidad, el cual se ha desechado reiteradamente, como motivo validante de diferenciaciones entre unos y otros. (...)

El Tribunal Constitucional Español, frente a textos constitucionales similares, que permiten hacer excepciones al principio de igualdad entre extranjeros y nacionales aún por ley, en sus sentencias 107-1984 y 115-1987 ha reconocido que las excepciones que se hagan, no pueden significar la desconstitucionalización del derecho de igualdad. (...)

La norma impugnada establece pues, una discriminación irrazonable en perjuicio de los extranjeros, a quienes se les priva del goce del derecho fundamental a la educación científica, únicamente por su condición de extranjeros, y sin que exista no sólo una norma legal, sino un fundamento válido que justifique la diferencia, por lo que debe declararse contraria a los artículos 19, 28 y 33 de la Constitución Política (sentencia 02570-97 del 13 de mayo de 1997).

También la Sala, siguiendo en esto una clara tendencia, ya expuesta en otra oportunidad, dedica espacio para sustentar sus decisiones en la normativa internacional:

VI). Pero además, resulta evidente que la norma impugnada, también lesiona una serie de instrumentos internacionales vigentes en nuestro medio, que tutelan la igualdad de trato de los extranjeros, en relación con los nacionales de todo Estado, en lo que al goce de las libertades fundamentales -como la educación- se refiere; (...)

VII). Resulta evidente pues, que tanto nuestra Constitución Política, en su texto expreso, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en el país, impiden al Estado costarricense establecer, en perjuicio de los extranjeros que habitan en nuestro país, restricciones irrazonables al ejercicio de los derechos fundamentales, con las únicas excepciones que imponga ese marco fundamental, o las disposiciones legislativas ajustadas a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. (...) (sentencia 2570-97 de 13 de mayo de 1997).

Por último, debe hacerse mención de otra sentencia, la número 08857-98, donde se refuerza la tesis antes expuesta y como punto relevante, se agrega la Convención Sobre los Derechos del niño, al marco normativo aplicable a estos casos, en el entendido que dichas disposiciones son de aplicación indiscriminada tanto a nacionales como a los extranjeros que viven en nuestro país.

En el caso, se reclamaba contra una disposición que impedía a los menores extranjeros acceder a los llamados *bonos Escolares*, una forma de subsidio para el estudio, a cargo del Estado, y al analizar el punto discutido se consideró:

(...) El artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dispone que el objeto de ésta, es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Sala estima que en desarrollo de estos principios, debe acudir, básicamente a los instrumentos internacionales de protección al niño para resolver el caso concreto. En consecuencia y por la importancia para el caso, resulta necesario transcribir el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990 (...).

Costa Rica como Estado firmante de esa Convención, quedó obligado a dar cumplimiento a todas sus disposiciones, en procura de alcanzar los fines y propósitos de proteger adecuadamente a la infancia y desde este punto de vista, resulta imprescindible, entonces, examinar el contenido del artículo 2 de la misma, al disponer textualmente:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, de las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Resulta para la Sala particularmente claro que esta norma, de gran contenido proteccionista, en los términos propios de la Convención, está destinada a todos los niños que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado que la ha aprobado, sin distinción de ninguna clase, lo que quiere decir, en estricto sentido jurídico, que cualquier infante que se encuentre en territorio de la República, es sujeto activo de todos los beneficios de la Convención. Es absolutamente claro que el país puede aplicar las políticas legislativas plasmadas en las leyes de migración, para restringir el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio, a reserva de que sean disposiciones razonables y proporcionadas; pero ello no desdice el hecho incuestionable que en tanto el menor esté bajo su jurisdicción, bajo cualquier status migratorio, deba protegerse en toda la intensidad que la Convención prevé. Desde esta óptica, las normas cuestionadas resultan inconstitucionales, por violación directa del artículo 2 de la Convención del Niño.

Salta a la vista el pleno compromiso con la protección de los derechos de los niños, que se da en esta sentencia. Además, resulta importante destacar un punto de quizás de mucha relevancia que a primera vista puede pasar desapercibido y es el hecho de que la igualdad en derecho fundamentales entre nacionales y extranjeros incluya no ya simplemente derechos fundamentales de los llamados *de abstención* por parte del Estado, sino también los que, como en este caso exigen una actividad suya, tal como es el subsidio de estudio para personas que no requieran, con prescindencia de su estatus de nacionales o extranjeros.

VI. CONCLUSIONES

He tratado de ilustrar la forma en que la Sala Constitucional de mi país, ha afrontado - a mi juicio con responsabilidad y en no pocos casos en contra de un sentimiento de cierta animadversión ciudadana para con el extranjero- un tema realmente difícil e incómodo como el de los derechos de personas en esa condición. Las premisas para una visión favorable hacia el respeto de sus derechos como seres humanos, no son las óptimas, pero sin embargo, sostengo que no puede la Sala, dada su función principal como protectora de derechos fundamentales, desentenderse del tema o peor aún tomar una cómoda posición a favor de la corriente, desapegada de la dura realidad que viven (o en muchos casos sufren) los extranjeros. Mal haríamos en tal caso porque habríamos desoído una clara regla moral y las normas de derecho internacional, con las que nos hemos comprometido ante el concierto de las naciones, que garantizan un trato igual y de alto contenido humano en favor de los no nacionales, en los que se ordena lo contrario y entonces, ¿qué cuentas podríamos dar?.

§ 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA

José Bermejo Vera
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Zaragoza, España

I. INTRODUCCIÓN

Las actividades físico-deportivas, abundantes y variadas, vienen considerándose desde hace bastante tiempo como una evidente y reconocida manifestación del progreso de nuestras sociedades. El fenómeno deportivo, en general, ha adquirido en nuestra época una gran dimensión. Hoy, el deporte es fundamental en el sistema de vida de los ciudadanos de todo el mundo, y ha alcanzado un alto grado de participación humana, de forma que las fronteras estatales no constituyen un obstáculo, sino que, por el contrario, favorecen las relaciones entre los diferentes países del mundo.

Estas actividades deportivas se desarrollan de distintas formas. La práctica activa de las personas, de manera individualizada o en grupo, con o sin competición oficial, de modo aficionado o profesional y hasta el simple espectador de los distintos eventos deportivos, constituyen un objetivo más del Derecho, no sólo porque *las reglas* sistemáticas, justas y precisas, han sido consustanciales desde la aparición de las primeras manifestaciones deportivas -en competición organizada o no-, sino porque la ordenación de los fenómenos sociales es imprescindible. La acción de los poderes públicos resulta entonces necesaria, como ha ocurrido en tantos otros sectores de la vida social, porque es imposible desentenderse de las consecuencias o efectos de un fenómeno tan complejo que requiere una eficaz y justa ordenación. Esta acción pública ha de enmarcarse, sin duda, en leyes de esa naturaleza.

Así lo entendió pronto el Legislador español (Ley de 31 de marzo de 1980), poco después de aprobarse la nueva Constitución española de 1978. Diez años después, la nueva Ley de 15 de octubre de 1990 demostró el dinamismo de la acción pública y del deporte formulando algunos planteamientos para acoger los nuevos fenómenos que habían comenzado a irrumpir en el ámbito del deporte.

Esta asombrosa capacidad de reacción del Poder legislativo español ante los fenómenos deportivos se inscribe en el marco de cierta tendencia de algunos Estados europeos a formalizar legalmente la intervención de los Poderes públicos en el deporte. Francia es un buen ejemplo, a través de su pionera Ley de 29 de octubre de 1975 que mostró un modelo de corresponsabilidad entre el sector privado y el sector público para la organización y gestión del deporte. Conviene subrayar que los Estados, a través de sus distintas Administraciones -España, desde luego-, siempre intervinieron de algún modo en la ordenación de las actividades deportivas, aunque no fuese a través de normas legales, ni mucho menos como una demostración de inquietud por el desarrollo del deporte sino, fundamentalmente, por motivos de control del orden público en los espectáculos deportivos.

En España, la primera *Ley* deportiva, como tal, se promulgó en 1961. Se pretendía entonces generalizar el ejercicio de la educación física y del deporte en la escuela y en la sociedad, con fines políticos, a través de una ley, cuyos planteamientos básicos respetaban las fórmulas de la tradición jurídico-deportiva internacional, rigurosamente alineadas con el llamado *Movimiento olímpico*. En el texto de aquella Ley, por ejemplo, figuraba un precepto -en la práctica, columna vertebral del ordenamiento olímpico- que encomendaba a la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes (órgano del llamado *Movimiento Nacional*, entonces partido político único en España) el ejercicio de la función disciplinaria deportiva. La represión de las infracciones a los reglamentos del deporte, y la resolución, en última y definitiva instancia, de todas las controversias y diferencias que surgieran entre los deportistas y las asociaciones o entidades deportivas o entre cualquiera de ellas y terceras personas, correspondía aquél órgano cuando afectasen a la educación física y al deporte, incluyendo una *terminante prohibición de acudir a los Tribunales de Justicia*, bajo la amenaza de perder la licencia federativa y todos los demás derechos inherentes al deportista. Esta regla que tiene su origen y justificación en la Carta Olímpica y en algunos Estatutos de las Federaciones Internacionales integradas en el Comité Olímpico Internacional, fue eliminada drásticamente por la Ley de 1990, como diré más adelante.

Las posibilidades de acceso a la Jurisdicción penal nunca han faltado en el deporte, pues este cauce judicial ha sido *universal* y objetivo, en cuando Código unificado de tipificación de delitos y faltas, cualquiera que fuese la condición de los infractores. Pero ya en los comienzos de los años 70, se puso en cuestión la eficacia y validez general de semejante prohibición, que, en realidad, operaba como una cláusula de exclusión o exención jurisdiccional.

En efecto, una Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1972, (conocida como *caso Mendoza*) dictada en *vía laboral* y de un recurso de casación por infracción de ley, anuló otra de un Juez de lo laboral (o social) que se había declarado incompetente para resolver una reclamación de retribuciones por parte de un jugador de fútbol profesional formulada contra el Club que había contratado sus servicios. Esta decisión judicial abrió la puerta de la *laboralización* de muchos deportistas, consumada después con el reconocimiento de las normas estatales e incluso del *Olimpismo* y asumida con toda normalidad -y los efectos bien conocidos- por el Tribunal europeo de Justicia en 1995 (*Asunto Bosman*).

Otra importante Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 1975 (*caso Tornos*), de lo Contencioso-Administrativo, resolvió un recurso interpuesto -infringiendo deliberadamente aquella prohibición de acudir a los Tribunales ordinarios de Justicia-, por un deportista típico que fue eliminado del Campeonato de España de *doma de caballos*. En esa ocasión, y por primera vez, el Tribunal Supremo admitió el recurso del deportista, negando simultáneamente validez al aludido precepto que lo prohibía, sencillamente porque, según el Tribunal español, esa regla no era válida en nuestro Ordenamiento jurídico. Ambas Sentencias -y otras similares- abrieron los ojos de muchos deportistas y Clubes o Entidades deportivas que, hasta entonces, no se atrevían a acudir ante los Tribunales de Justicia para reclamar contra las decisiones de las Federaciones Deportivas, por temor a perder sus licencias federativas e incluso la condición de deportistas. Posteriormente, aunque tímidamente, la Ley General de la Cultura Física y del Deporte de 31 de marzo de 1980 estableció las bases actuales de la *intervención* de los Poderes públicos en la ordenación y transformación de la organización y estructuras de las actividades deportivas, porque creó un Comité Superior de Disciplina

Deportiva, órgano administrativo dotado de cierta independencia *funcional* para resolver las cuestiones de disciplina deportiva, abriendo la posibilidad de recurso posterior ante los Tribunales de Justicia. He aquí un fenómeno novedoso, ratificado y reforzado en la Ley del deporte de 1990, que quebró la prohibición absolutamente incompatible con el texto de la Constitución de 1978, en concreto, con el art. 24 que garantiza el derecho de todos los ciudadanos, sin exclusiones, a la tutela judicial efectiva. Asimismo, se puso la primera piedra del modelo que corresponsabilizaba al sector público y al sector privado en el deporte, centrado fundamentalmente en la fórmula de la *delegación de funciones públicas* en los agentes colaboradores de la Administración.

Hay que advertir, no obstante, que el Ordenamiento deportivo español es relativamente complejo como consecuencia -más tarde se explicará- de las leyes del deporte promulgadas por las 17 Comunidades autónomas españolas. Pero, posiblemente, el vigor y la tradición de las estructuras organizativas supranacionales del deporte, combinados con una actitud tolerante o no demasiado beligerante entre el Estado y las Comunidades Autónomas en este terreno ha aconsejado cierta prudencia en los planteamientos *intervencionistas* de unas y otras leyes sobre el deporte. También, sin duda, el *modelo* (lo cual no es igual a *modélico*) de la Ley estatal del Deporte ha cuajado por el momento y ha sido recogido, con matices, en la legislación autonómica. De ello hablaremos luego.

Estos planteamientos legales coinciden en corresponsabilizar a los sectores públicos y privados en el desarrollo del deporte, a través de una ingeniosa fórmula de la “delegación de funciones públicas de carácter administrativo en Entidades privadas, las Federaciones Deportivas”, que se convierten así en “agentes colaboradores de la Administración”. Para explicar este modelo, conviene justificar, en primer término, cuál es la cobertura constitucional -y el alcance y límites- de la intervención de los Poderes públicos españoles sobre el fenómeno deportivo.

II. INTERVENCIONISMO LEGAL DERIVADO DE LA OBLIGACIÓN DE FOMENTAR EL DEPORTE

La Constitución española de 1978 estableció unos *principios rectores de la política social y económica* (arts. 39-50), imponiendo a todos los Poderes públicos la obligación de *fomentar*, entre otras actividades y sectores sociales, *el deporte* (artículo 43). Por supuesto, se trata de un auténtico *mandato*, y no de una simple *recomendación*, que alcanza a todos los Poderes públicos y, en consecuencia, también a *los* distintos Poderes legislativos. Es necesario utilizar aquí el plural porque las Comunidades Autónomas del Estado español poseen también capacidad legislativa y, por ello, resulta imprescindible delimitar las competencias del Poder legislativo estatal y de los Poderes autonómicos, tal y como veremos después. Pero vale la pena insistir en que estos principios rectores de la política social y económica son verdaderos mandatos constitucionales y no simples manifestaciones de conveniencia, oportunidad u ornato. El Tribunal Supremo español, invocando al Tribunal Supremo de los U.S.A., afirmó que estos *principios* no tienen un valor meramente programático, esto es, “no son adagios gastados por el tiempo, ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación (...) como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos...”. (Véase Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1986).

Pues bien, aunque la Constitución de 1978, como hemos dicho, utiliza con referencia al deporte la palabra *fomento* (o también la de *promoción*, en su art. 148.1.19), la doctrina mayoritaria y también la jurisprudencia de los Tribunales han tenido que reconocer que tales términos o vocablos son expresión de un concepto jurídico que abre la posibilidad de que los Poderes públicos, además de estímulos económicos al sector privado, establezcan funciones de prestación o servicios de carácter público. Es cierto, no obstante, que la expresión *fomento* o *promoción* ha servido en Derecho clásico para identificar las técnicas administrativas de estímulo, positivo o incluso negativo, por ejemplo, las ayudas económicas o subvenciones, los premios, los títulos honoríficos, etc. dirigidas, predominantemente, a satisfacer indirectamente determinados objetivos previamente fijados como de *interés general*. Ese significado tradicional animó a abundantes sectores del mundo del deporte y también a algunos autores a mantener el criterio de que *fomentar* significa solamente que las Administraciones públicas ayuden económicamente a los particulares a realizar sus propios objetivos. Esta interpretación impediría el *intervencionismo* de los Poderes públicos sobre el deporte, más allá del otorgamiento de subvenciones públicas. Pero el Tribunal Constitucional español zanjó muy pronto esa polémica, pues, aunque con referencia al *fomento de la cultura* (que figura en el vecino art. 44 de la Constitución) señaló rotundamente:

...allí donde vive una comunidad, hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que, entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo, puede comprenderse dentro de fomento de la cultura... (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1984).

Pocos años después, y más claramente, el Tribunal Constitucional reiteró esa interpretación al aludir al *fomento* de la investigación científica y técnica, afirmando con notoria expresividad:

...No resulta en absoluto convincente la tesis de que el fomento (...), dado su contenido, circunscriba la competencia estatal -y, en su caso, la autonómica- al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades (...) privadas, a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o de recompensas honoríficas y similares, excluyendo, como contrapuesta, aquellas otras acciones directas de intervención consistentes en la creación y dotación de centros y organismos públicos en los que se realicen actividades (...), sino que la señalada expresión engloba a todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de (...), entre las que, sin duda, deben también incluirse las de carácter organizativo y servicial que permitan al titular de la competencia crear y mantener unidades y centros dedicados al desarrollo y divulgación de la investigación ... (Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1992).

Por otro lado, y con alusión específica a la competencia del Poder público (de las Comunidades Autónomas) sobre el deporte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de abril de 1997, expresó de forma tajante lo siguiente:

... Esto significa que la competencia autonómica en la materia es omnicompreensiva de todos los aspectos referidos al deporte, tanto el de fomento, como el de su ordenación y regulación.

En otras palabras, el deber de *fomentar* una determinada actividad o proyecto no consiste solamente en la obligación de los Poderes públicos de distribuir fondos públicos entre las personas o entidades, organizaciones y demás estructuras o asociaciones deportivas privadas, sino una posibilidad de dar prestaciones o establecer y organizar directamente funciones o servicios de carácter público vinculados a objetivos deportivos.

La interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles ha permitido superar, en cierto modo, ese mito injustificado sobre *privaticidad* incuestionable del *mundo* del deporte y la consiguiente inviabilidad de la intervención pública.

En el fondo, la tutela y control, de las Administraciones públicas los Poderes públicos idóneos- sobre algunas vertientes del deporte, previstos y *formalizados* normativamente, esto es, expresados en mandatos del Poder legislativo, resulta mucho más recomendable que esos otros *métodos* de intervencionismo clásico que permitían a los Ejecutivos dirigir y condicionar la *libre* actuación de las Federaciones y demás agentes deportivos.

Aun así, se suele descalificar el legítimo *intervencionismo* de los Poderes públicos en la actividad deportiva, utilizando un tomo despectivo, salvo, naturalmente, en lo que concierne a la asignación de fondos públicos, sencillamente porque éstos son indispensables para la economía de las organizaciones y estructuras deportivas privadas. Pero se olvida con frecuencia que estos métodos o fórmulas de *dirigismo* político y económico, se practicaban sin sujeción a norma y permitían a los poderes públicos las organizaciones privadas del deporte. Este tipo de *dirigismo* debe considerarse mucho peor que el *intervencionismo legal*, porque, mientras éste resulta constitucional y legítimo, aquéllos no son compatibles con los postulados básicos de un Estado de Derecho.

Por otra parte, hace bastante tiempo, el gran sociólogo belga Jean Meynaud, advirtió que, “habida cuenta de la totalidad de funciones y responsabilidades socioeconómicas asumidas por el Estado moderno, sería poco razonable negar a las autoridades todo derecho de control y toda facultad de impulso en esta esfera (-la del deporte-), por cuanto resulta inadmisibles limitar su papel, como quisieran muchos grupos deportivos, al de simple dispensador de subvenciones financieras a título de fondo perdido”, lo que, en el fondo, significa aplaudir la intervención del Legislador a la hora de ordenar y encauzar las diferentes dimensiones del fenómeno deportivo.

En el caso español, los poderes legislativos -tanto el estatal como los autonómicos- han sido bastante sensibles respecto de las inquietudes y necesidades deportivas de nuestra sociedad, estableciendo formas de organización o encauzamiento del sector del deporte que pueden valorarse muy positivamente. Podríamos sintetizarlas del siguiente modo: el Legislador, en el ámbito de sus competencias, reconoce y acepta el origen, la tradición y la experiencia del *sector privado* del deporte, pero no abdica de la misión que le encomienda la Constitución y, en su cumplimiento, crea las fórmulas de *corresponsabilización* entre el sector público y el privado que se han revelado eficaces y válidas, diferenciando, en lo posible y en lo recomendable, el régimen de la práctica deportiva, competicional o no competicional, de los ciudadanos en beneficio de su salud física y mental y el régimen del deporte *mercantilizado*.

III. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS SOBRE EL DEPORTE

Como es perfectamente sabido, el Ordenamiento deportivo español constituye un todo en el que las diferentes piezas deben encajar perfectamente. El Estado de las Autonomías surgido de la transición política de los años 1976-77, ha sido plasmado en el Título VIII (arts. 137 a 158) de la Constitución española de 1978. Pero su organización resulta muy compleja y ha provocado situaciones de conflictividad en lo que se refiere a la titularidad y al ejercicio de las funciones normativas y ejecutivas de los diferentes Poderes Públicos en cualquier sector de la vida social.

Uno de los aspectos más negativos de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas españolas es, quizás, la inexplicable ausencia de mención de algunas *materias* -o ámbitos de intervención del Poder público- en el art. 149 del texto constitucional, precepto que reserva al Estado las competencias *exclusivas*, es decir, las que se atribuyen al Estado o, si se prefiere, aquéllas en las que no pueden desempeñar papel alguno -salvo transferencias o delegaciones- las Comunidades Autónomas. Pues bien, una de estas notorias ausencias me parece que es la del deporte, pues nada se dice en el artículo 149 sobre este ámbito o sector. Como el artículo 149.3 de la Constitución española permitió que las Comunidades Autónomas asumieran en sus Estatutos las competencias sobre lo que no se atribuyó en exclusiva al Estado por la Constitución, y como, además, el artículo 148.1.19 abrió la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asumieran competencia sobre *promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*, todos los Estatutos de autonomía incorporaron la *promoción del deporte* (o incluso *el deporte*, así en general) como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Aparentemente, y en primera visión, este planteamiento se convirtió en un grave obstáculo para la deseable formulación de un modelo jurídico uniforme y homogéneo en el deporte.

Por otra parte, también las Entidades locales -al menos, los Municipios y las Provincias-, en ejercicio de su autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 139 y 140 de la Constitución española), están facultadas, y hasta en algunos casos obligadas, para organizar actividad deportiva, limitadas a su propio espacio funcional y territorial. Pero se trata de una intervención de muy distinta naturaleza, en la medida en que las Corporaciones locales carecen en España de *potestad legislativa*, aunque puedan elaborar normas de segundo nivel.

La cuestión que se plantea es, entonces, cómo vertebrar esas diferencias competenciales. Poco después de aprobarse la Constitución de 1978 el Poder Legislativo estatal (Las Cortes Generales), interpretando varios títulos competenciales de los reservados al Estado en el artículo 149, consideró necesario asignar o reconocer a la Administración estatal algunas competencias relativas al deporte, y, por ello, se promulgó la ya citada ley del Deporte de 31 de marzo de 1980. Las Comunidades Autónomas del Estado español no reaccionaron contra aquella ley, es decir, no interpusieron recurso de inconstitucionalidad en defensa de su competencia constitucional, lo cual se interpreto como una prueba del convencimiento de que era bastante razonable recuperar para el Estado la posibilidad de legislar en una materia *olvidada* en el listado de competencias atribuidas en exclusiva al Estado en el artículo 149.1 de la Constitución y de que se trataba de una *Ley prearmonizadora*, vinculada al modelo internacional del deporte. Quiérese decir que, aunque las *leyes de armonización*, previstas en la Constitución española, operan *a posteriori*, incluso en el caso de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, cuando lo requiere el interés general de la Nación (art. 150 de la Constitución) y con el fin de dar uniformidad a las distintas regulaciones de ámbitos o sectores que así lo exijan.

La razón (o motivos) de este planteamiento es bien simple. El deporte no es un sector o materia delimitada, ni fácilmente delimitable, por sus características de *materia poliédrica*. Ya no solamente porque existen varias y muy diferentes modalidades deportivas, tan distantes entre sí como el fútbol, el boxeo, el ciclismo o la colombicultura, sino porque buena parte de las modalidades deportivas pueden ser practicadas en niveles territoriales -internacional, nacional, regional, provincial, etc.- o en ámbitos funcionales y económicos -*profesionales, semiprofesionales, amateur o aficionados*, etc.- para cuya

ordenación jurídica pueden y deben utilizarse fórmulas y técnicas razonablemente distintas. Además, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en relación con el significado y la interpretación correcta de la *exclusividad competencial* de las Comunidades Autónomas, siempre ha recordado que *la delimitación del territorio*, exigida en los Estatutos de autonomía (art. 147 de la Constitución), es condición básica para el ejercicio ordinario de sus competencias.

La exposición de motivos o preámbulo de la vigente Ley estatal del Deporte, de 15 de octubre de 1990, constata que el objeto de dicha norma no va más allá del de la ordenación del deporte “de acuerdo con las competencias que corresponden a la Administración del Estado”. Por eso, su artículo 2 señala que la Administración del Estado ejercerá las competencias atribuidas por esta Ley y *coordinará* con las Comunidades Autónomas y, en su caso, con las Corporaciones locales, aquellas competencias que puedan afectar, directa y manifiestamente, a los *intereses generales del deporte en el ámbito nacional* (o estatal). La Ley no realiza, por tanto, ninguna operación de redistribución competencial. Pero, hay factores o circunstancias que justifican, según el legislativo estatal, la promulgación de una ley general del Estado, como, por ejemplo, (*sic*) *la faceta competitiva de ámbito estatal e internacional que es inherente al deporte* y *la evidente manifestación cultural* que la actividad deportiva constituye, *la educación*, *la investigación*, *la sanidad*, *la legislación mercantil*, etc. Todos estos títulos competenciales o *materias*, por su eventual relación con algunas facetas del deporte, han proporcionado suficiente cobertura constitucional a la Ley del Estado de 1990.

Pero, además, ya se han promulgado de modo no traumático las leyes de las 17 *Autonomías*. Por orden cronológico, hasta el momento son las siguientes: Castilla y León (Ley de 22 de junio de 1990), Aragón (Ley de 16 de marzo de 1993), Comunidad Valenciana (Ley de 20 de diciembre de 1993), Comunidad de Madrid (Ley de 28 de diciembre de 1994), Asturias (Ley de 29 de diciembre de 1994), Baleares (Ley de 21 de febrero de 1995), La Rioja (Ley de 2 de mayo de 1995), Extremadura (Ley de 6 de abril de 1995), Castilla-La Mancha (Ley de 2 de marzo de 1995), Canarias (Ley de 9 de julio de 1997), Galicia (Ley de 22 de agosto de 1997), País Vasco (11 de junio de 1998), Andalucía (Ley de 14 de diciembre de 1998), Cataluña (Ley de 31 de julio de 2000), Cantabria (Ley de 3 de julio de 2000), Murcia (Ley de 12 de julio de 2000) y Navarra (Ley de 5 de julio de 2001). Puede afirmarse, sin duda, que los principales fenómenos que irrumpieron en la ordenación del deporte con la Ley estatal de 1990 han calado -y profundamente- en los modelos deportivos autonómicos. Gran parte, por tanto, de las explicaciones que van a aportarse aquí, servirían perfectamente en una exégesis y análisis de cada una de las Leyes deportivas de las Comunidades Autónomas españolas.

IV. EL MODELO DEPORTIVO ESTATAL: LA FÓRMULA DE DELEGACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS EN LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS

Partiendo de los principios básico ya expuestos, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte (modificada parcialmente en 1998) plantea, fundamentalmente, las competencias y funciones de la Administración pública del deporte, la definición, clasificación y requisitos del *asociacionismo* deportivo, el deporte de alto nivel, el régimen de las *titulaciones deportivas*, el control, vigilancia y represión del dopaje y la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, la regulación básica de la disciplina deportiva y la conciliación extrajudicial en el deporte.

1. La organización administrativa estatal

La organización administrativa para el deporte se concentra en el *Consejo Superior de Deportes*. Este Organismo de derecho público ha asumido las competencias que el Legislador atribuye al Estado. Se encuentra adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y tiene como tareas fundamentales las siguientes:

- a) Autorizar la constitución de Federaciones Deportivas españolas, y aprobar sus Estatutos y Reglamentos;
- b) Reconocer la existencia de modalidades deportivas específicas;
- c) Asignar fondos públicos a las Federaciones y demás asociaciones deportivas;
- d) Controlar el desarrollo de las competiciones deportivas oficiales de carácter internacional y la participación de las Selecciones deportivas españolas en dichas competiciones;
- e) Controlar la aplicación de la Ley estatal del Deporte y las normas que la desarrollan;
- f) Coordinar, colaborar y cooperar con las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y las Federaciones Deportivas Españolas en la promoción del deporte, fundamentalmente en lo que se refiere a la construcción de instalaciones y equipamientos deportivos, las medidas de prevención y represión del *doping* y el reparto de fondos públicos;
- g) Calificar las competiciones oficiales de ámbito estatal de carácter profesional y autorizar la inscripción registral de las Sociedades Anónimas Deportivas y controlar la adquisición o enajenación de participaciones significativas en su accionariado. (Real Decreto de 22 de febrero de 1999, sobre estructura orgánica y funciones del Consejo Superior de Deportes).

Del Consejo Superior de Deportes depende orgánicamente el *Comité Español de Disciplina Deportiva*, órgano colegiado independiente en su función, que resuelve definitivamente en vía administrativa todas las cuestiones de aplicación del *régimen disciplinario deportivo*. La disciplina en el deporte se considera función pública, a partir de las leyes de 1980 y 1990, por sus repercusiones dentro y fuera del estricto marco del deporte y las resoluciones del Comité Español (o de sus homólogos autonómicos) son controlados por la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En las diferentes Comunidades Autónomas se han constituido órganos, semejantes para la organización y aplicación de la disciplina deportiva.

2. El asociacionismo deportivo

El respeto y reconocimiento de la iniciativa social y privada en el deporte se pone de relieve en la regulación del *asociacionismo* deportivo, fundamentalmente de los *Clubes*, la forma típica y clásica en todo el mundo de los grupos o asociaciones deportivas.

Se clasifican las Asociaciones deportivas, *a los efectos de la ley*, en Clubes, Agrupaciones de clubes de ámbito estatal, Entes de promoción deportiva de ámbito estatal, Ligas Profesionales y Federaciones Deportivas españolas. A su vez, los Clubes, se diferencian en Clubes deportivos elementales, Clubes deportivos básicos y Sociedades Anónimas Deportivas. Todas las asociaciones deportivas están caracterizadas como estructuras privadas que integran personas físicas o jurídicas y tienen por objeto la pro-

moción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por los asociados y/o la participación en actividades y competiciones deportivas. En el mismo nivel que los Clubes se integran las *Entidades públicas o privadas*, legalmente configuradas, cuando pretenden desarrollar *actividades deportivas de carácter accesorio en relación con su objeto principal*.

En buena parte de las leyes autonómicas -no en todas-, se ha seguido este mismo modelo. En otras Comunidades Autónomas se ha considerado oportuno regular un *modelo único de Club*, permitiendo, desde luego, que se incorporen al sector del deporte de competición Entidades no estrictamente dedicadas a la actividad deportiva.

Las *Agrupaciones de clubes de ámbito estatal* son asociaciones de ámbito estatal e implantación supraautonómica, que tienen por objeto exclusivo la promoción, el desarrollo y gestión de actividades de carácter deportivo no identificables con modalidades y actividades contempladas por las Federaciones Deportivas, la figura fundamental en este ámbito. Las Agrupaciones de Clubes de ámbito estatal están llamadas a solucionar el problema transitorio de la constitución de una Federación Deportiva Española.

Los *Entes de Promoción Deportiva* son grupos asociativos de “promoción y organización de actividades físicas y deportivas *con finalidades lúdicas, formativas o sociales*”, lo que parece aludir a la práctica de modalidades deportivas en un plano o nivel *no estrictamente competitivo* que evoca más bien una especie de *organización oficial deportiva paralela*.

También estas fórmulas asociativas existen en prácticamente todas las leyes autonómicas, aunque, lógicamente, limitadas en cuanto a su operatividad a su ámbito funcional y territorial.

Conviene subrayar dos cuestiones en relación con esta clasificación asociativa. En primer lugar, la clasificación se hace *a los efectos de la Ley*. No se trata de una imposición de sus principios o preceptos, sino la necesidad de ordenar el fenómeno deportivo desde la consideración de la *libertad y la voluntariedad*, de modo que las previsiones de la Ley sólo serán aplicables a quienes libre y voluntariamente se incorporen al *mundo organizado del deporte*. En segundo lugar, todas estas asociaciones tienen una base común, constituida por su conexión incuestionable con el género de las asociaciones, lo que nos obliga a analizar brevemente si los postulados de la Ley respetan el contenido esencial del derecho fundamental de asociación que garantiza, como casi todas, nuestra Constitución española de 1978.

La Constitución Española se presenta, en efecto, como la fuente normativa primaria del régimen jurídico básico de las asociaciones. El derecho de asociación, regulado en su art. 22, es uno de los considerados *derechos fundamentales* y quizás también uno de los más firmes soportes del Estado de derecho, social y democrático. El citado precepto constitucional reconoce y garantiza la libertad de asociación, salvo para formar asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, y prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. La interpretación que conduce a la aplicabilidad inmediata e incondicionada de ese precepto no puede ser aceptada en términos absolutos, sin algunas importantes reservas, pues, de ser así, el modelo normativo anteriormente descrito podría considerarse contrario al texto constitucional.

Las normas básicas reguladoras del asociacionismo deportivo tienen rango de Ley ordinaria, pero no de *Ley orgánica*, que, según establece la Constitución española, es la norma legal necesaria para desarrollar todos los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 53 y 81 del texto constitucional español). Se ha dicho, por ello, que para

la regulación de las distintas clases de asociaciones, incluidas las deportivas, sería necesaria una ley orgánica. En la actualidad, muy recientemente se ha promulgado una Ley Orgánica de Asociaciones de 22 de marzo de 2002 que desarrolla el art. 22 de la Constitución. La naturaleza y finalidad de todos los derechos fundamentales (y entre ellos el de asociación, contemplado en su art. 22) han exigido que el desarrollo de las condiciones de ejercicio y el control de las actuaciones de la Administración se realice mediante esta Ley. Una rigurosa interpretación del derecho fundamental de asociación, que alcanzaría, al menos en sus aspectos básicos o nucleares, a las asociaciones formadas para fines específicos, es decir, también a las asociaciones deportivas, recomienda la regulación mediante la precitada Ley orgánica, con lo que ya se ha salvado, en parte, el problema. De todos modos, el Tribunal Constitucional español (Sentencias de 13 de febrero de 1981, 16 de marzo de 1981 y 8 de abril de 1981) aclaró inmediatamente las cuestiones siguientes:

- a) la regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales requiere, desde luego, siempre una norma de rango legal;
- b) la Ley orgánica es sólo necesaria en los supuestos que contiene el artículo 81 del texto constitucional y, aun en estos casos, no se excluye la posibilidad de que las Leyes ordinarias incidan sobre la regulación de tipos específicos de asociaciones;
- c) también las normas de rango reglamentario pueden ser instrumentos legítimos o válidos para regular, como complemento, determinados aspectos relacionados con los derechos fundamentales cuyo núcleo o contenido esencial se reserva a la regulación de las leyes orgánicas.

En definitiva, es habitual que las Leyes ordinarias, tanto estatales como autonómicas, incidan sobre diversos aspectos generales y particulares de los tipos asociativos, sin que hasta el momento se hayan puesto en cuestión, por este motivo, como así sucede con las *asociaciones de consumidores y usuarios*, las *agrupaciones de ciudadanos residentes fuera del territorio autonómico*, las *asociaciones juveniles*, *asociaciones de iniciativa social*, las *asociaciones de vecinos* y otras semejantes.

3. Las Federaciones Deportivas

Ahora bien, la figura principal de este fenómeno asociativo deportivo está representada por las *Federaciones*. Como venía siendo tradicional en el mundo del deporte, las asociaciones deportivas de primer grado -los Clubes- se integran en *asociaciones de segundo grado* o *Federaciones Deportivas*, Entidades u organizaciones de base privada que, por sus especiales características, colaboran en el desempeño de una tarea pública tal y como se ha definido por la Ley en el momento actual. Efectivamente, las leyes señalan expresamente que las Federaciones Deportivas -Españolas y autonómicas- *ejercen*, por delegación estatal -o de la Comunidad Autónoma, en el caso de las Federaciones Deportivas Autonómicas- *funciones públicas de carácter administrativo*. ¿Qué significa esto y qué modo de vertebración es éste y a donde se dirige?

Las *Federaciones Deportivas Españolas* son “entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte” (art. 30 de la Ley estatal del

Deporte). A su nivel, igual ocurre con las Federaciones Deportivas autonómicas. La naturaleza jurídica de estas entidades personificadas, esto es, la interpretación de su carácter público o privado, se ha convertido en una cuestión importante y muy discutida, porque de ello depende el régimen jurídico aplicable y el control de sus actuaciones.

Hay posiciones contrapuestas en la doctrina jurídica, al igual que ha ocurrido en otros países -especialmente en Francia, y también en Italia por otros motivos-, pero parece claro que una asociación integrada o constituida a su vez, sólo por asociaciones *privadas* no puede tener otra calificación que la de Entidad de naturaleza jurídico-privada, salvo que expresamente lo disponga de otro modo la Ley. Y así lo hace, como hemos visto, el art. 30 de la Ley de 1990, cuando encomienda a las Federaciones Deportivas la realización de funciones públicas de carácter administrativo y las considera incluso *agentes colaboradores de la Administración*.

Esta técnica es perfectamente conocida, al menos, en el Ordenamiento jurídico europeo. Se trata de fórmulas por las que el Poder legislativo delega directamente el ejercicio de determinadas funciones públicas de carácter administrativo a Entidades particulares, sin que éstas deban perder por ello su naturaleza jurídico-privada, ni, mucho menos, se conviertan en Administraciones públicas. Las finalidades u objetivos de esta atribución o delegación de funciones públicas en sujetos privados responden a causas muy diferentes, pudiendo obedecer a razones de tipo histórico, insuficiencias estructurales u organizativas de los poderes públicos u otras más complejas, pero siempre se han considerado admisibles en los ordenamientos jurídicos para articular la colaboración o contribución de los particulares -en definitiva, haciéndose corresponsables- en el ejercicio de típicos servicios, funciones o actividades públicas o, sencillamente, de relevante interés público.

Así las cosas, no resulta tan extraño entender el fenómeno por el que el Estado, renuncia al montaje de estructuras organizativas de nuevo cuño y aprovecha las estructuras y organizaciones privadas existentes tradicionalmente, encomendándoles el ejercicio, aunque no la titularidad, de algunas funciones, así como la financiación necesaria para llevarlas a cabo, y reservándose determinadas competencias de control para verificar que esa gestión o ejercicio se acomodan a las exigencias del Derecho público.

Puede decirse, por lo tanto, que las Federaciones Deportivas Españolas son asociaciones *de configuración legal*, pues, a diferencia de los Clubes, se constituyen con autorización previa y preceptiva del Consejo Superior de Deportes que, además, aprueba sus Estatutos. A tal efecto existen varios criterios bajo los que se autorizan o deniegan las federaciones, como por ejemplo, la existencia de Federaciones Internacionales reconocidas por el Comité Internacional Olímpico (C.I.O.), el interés deportivo nacional o internacional de la modalidad y su implantación real en el país, así como la viabilidad económica de la Federación proyectada. Por supuesto, también es obligatoria la inscripción de las Federaciones -estatal o autonómico, según los ámbitos- en el Registro de Asociaciones Deportivas.

Teniendo en cuenta de la importancia de su misión, la Ley (arts. 33 y 34) dispone que *no puede constituirse más que una sola Federación para cada modalidad deportiva* (Ein-Platz Prinzip), en la terminología alemana. Este *monopolio* de la modalidad deportiva correspondiente es esencial en el mundo del deporte y, salvo alguna excepción, así está contemplado en el plano internacional. De este modo, las Federaciones Deportivas ostentan la representación del Estado español en las actividades y competiciones internacionales.

Bajo la *coordinación y tutela* del Consejo Superior de Deportes, las Federaciones regulan su estructura interna y funcionamiento a través de sus propios Estatutos elaborados de conformidad con principios democráticos y representativos. En las Federaciones Deportivas Españolas *deben* estar integradas las Federaciones de ámbito autonómico, si sus miembros quieren participar en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal o internacional. En este caso, los presidentes de las Federaciones autonómicas forman parte de la Asamblea General de las Federaciones Españolas y las representan en la respectiva Comunidad Autónoma.

4. Las Ligas Profesionales

Sin embargo, conviene resaltar que existen Ligas Profesionales formando parte de las Federaciones, pero para la gestión y organización de las competiciones de ámbito estatal, carácter oficial y *categoría profesional*. Estas Ligas actúan conforme al Derecho privado, con una importante salvedad, pues las Ligas Profesionales ejercen sobre sus integrantes la *potestad disciplinaria deportiva*, lo cual obliga a que el Comité Español de Disciplina Deportiva asuma competencia para resolver las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia (arts. 74.e) y 84 de la Ley estatal del deporte). Obviamente, y sin perjuicio de las especialidades procedimentales y orgánicas que recojan sus Estatutos, las reglas de naturaleza jurídico-pública aplicables en los procedimientos disciplinarios deportivos lo son también en los procedimientos que llevan a cabo las Ligas Profesionales. Sobre este tema volveré luego, al tratar de la *profesionalización* en el deporte.

La Ley estatal del deporte obliga a la *coordinación de las funciones de las Federaciones y de las Ligas*, lo que se lleva a cabo de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, esto es, mediante la firma de *Convenios*. Ahora bien, si no se llega al Convenio, es decir, si alcanza el acuerdo entre la respectiva Federación y la Liga, el citado Real Decreto (art. 28 y Disposición adicional segunda) impone una serie de reglas, de actuación coordinada, cuyo fracaso obliga a intervenir al Consejo Superior de Deportes.

V. OTROS ÁMBITOS DE CORRESPONSABILIDAD DEPORTIVA

A) Hay en la ley estatal -y también en las leyes deportivas autonómicas- una atención específica al llamado *deporte de alto nivel*, que es catalogado como de interés para el Estado, en tanto que constituye un factor esencial en el desarrollo deportivo, por el estímulo que supone para el fomento del deporte base, en virtud de las exigencias técnicas y científicas de su preparación, y “por su función representativa de España en las pruebas o competiciones deportivas oficiales de carácter internacional”. La Ley estatal del Deporte quiso reflejar el vigor del *fenómeno olímpico*, reconociendo y potenciando su existencia. Para tener la cualificación de deportista de alto nivel es preciso figurar en las correspondientes *relaciones elaboradas por el Consejo Superior de Deportes*, de acuerdo con criterios selectivos de carácter objetivo, esto es, de acuerdo con las clasificaciones obtenidas en competiciones o pruebas deportivas internacionales o nacionales y, desde luego, con condiciones especiales de naturaleza técnico-deportiva verificadas por los Organismos competentes. La Administración del Estado (en coordinación con las Comunidades Autónomas) debe adoptar las medidas convenientes o necesarias para

la protección de los deportistas de alto nivel (Real Decreto de 19 de septiembre de 1997). En las Comunidades autónomas, precisamente, se plantean formuladas semejantes para la estimulación y protección de sus deportistas cualificados y representativos de la identidad regionalista o nacionalista.

B) El modelo jurídico-deportivo no ha descuidado introducir reglas básicas sobre el sistema de *enseñanza y los métodos de formación de las personas que se dedican a la dirección y gestión de las actividades deportivas*. La Ley de 1990 reserva al Estado la regulación de las enseñanzas de Técnicos deportivos (condiciones de acceso, programas, directrices y planes de estudio), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 149.1.30 de la Constitución, que atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de títulos académicos y profesionales. Corresponde, pues, al Gobierno de la Nación (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) la competencia para establecer las condiciones de las *titulaciones deportivas* o títulos de Técnicos deportivos, dándoles valor y eficacia en todo el territorio nacional. Ahora bien, la formación concreta de estos Técnicos puede llevarse a cabo en Centros docentes reconocidos por el Estado, pero también por las Comunidades Autónomas (Real Decreto de 19 de diciembre de 1997 y Ordenes ministeriales de 5 y 30 de julio de 1999), lo cual ha sido asumido y regulado en las correspondientes leyes autonómicas del deporte.

C) El Ordenamiento jurídico-deportivo ha previsto un *control serio y riguroso del dopaje* (*doping* en la terminología común) estableciendo instrumentos de lucha y prevención contra el consumo de sustancias prohibidas o el uso de métodos ilegales destinados a aumentar artificialmente el rendimiento de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones. Para garantizar la eficacia de esas medidas se creó una llamada *Comisión Nacional Antidopaje*. Esta Comisión se halla *integrada por representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Federaciones deportivas*, con los objetivos generales de divulgar información, hacer estudios, determinar las competiciones de obligatorio control de dopaje, aprobar las fórmulas del control e incluso colaborar decisivamente en la aplicación de sanciones (Reales Decretos de 16 de febrero de 1996 y de 1 de agosto de 1997). También las leyes autonómicas contienen previsiones al respecto.

D) El intento de *atajar el fenómeno de la violencia en los espectáculos deportivos* se plasma en un rígido cuadro de infracciones nuevas que establece la Ley estatal, en las importantes sanciones aplicables y en las prohibiciones y obligaciones de carácter preventivo que deben cumplir los organizadores de espectáculos deportivos. Una *Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos deportivos* (Real Decreto de 31 de enero de 1992), *integrada también por representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, de las Federaciones deportivas, asociaciones de deportistas y otras personas de prestigio*, se encarga de la promoción e impulso de acciones preventivas, realización de estudios, informes y campañas de divulgación, controles de acceso a estadios, estadística de la violencia, etc. (Real Decreto de 21 de mayo de 1993, que aprueba el Reglamento de la Ley).

VI. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MERCANTILIZACIÓN O PROFESIONALIZACIÓN EN EL DEPORTE

El deporte profesional o *mercantilizado* se articula a través de la figura de las *Sociedades Anónimas Deportivas* (S.A.D.). Esta típica fórmula jurídico-mercantil se impone

obligatoriamente a los Clubes -o sus equipos profesionales-, que participan en las *competiciones deportivas oficiales de carácter profesional* y ámbito estatal que así se califican, quedando sometidas a la legislación mercantil de las Sociedades Anónimas, con las especialidades que contiene la Ley del Deporte de 1990, con las importantes modificaciones introducidas en 1998, tendiendo a suprimir especificidades de las S.A.D. para homologarlas cada vez más con las Sociedades anónimas ordinarias (El Real Decreto de 16 de julio de 1999 sobre S.A.D., desarrolla los preceptos de la Ley en esta materia)

La constitución de una S.A.D. es obligatoria, por el momento, en las modalidades deportivas del fútbol (1ª y 2ª división) y baloncesto (liga profesional o ACB). La Ley de 1990 proclamó expresamente la intención de separar la actividad deportiva *amateur* y el deporte-profesional o deporte-espectáculo, cuestión que ya habían abordado otros países -entre ellos, Italia- del entorno político, cultural y jurídico al que pertenece España. Interesa destacar que la transformación de los clubes resulta obligatoria *sólo cuando se consigue el mérito deportivo correspondiente* (es decir, cuando se asciende desde categorías inferiores a la categoría profesional), y se realiza mediante un procedimiento de transformación del antiguo Club deportivo, o a través de la adscripción del equipo profesional y sus recursos económicos a una *nueva* Sociedad Anónima. Por cierto, resulta relevante el *derecho de tanteo y retracto* que tienen los Ayuntamientos, Comunidades Autónomas o Consejo Superior de Deportes *cuando las S.A.D. pretendan vender instalaciones deportivas de su propiedad* cuestión que trata de proteger los equipamientos deportivos y obstaculizar, al máximo, la especulación económico-urbanística. La tendencia general es, sin embargo, aplicar las normas generales de las Sociedades mercantiles, salvo aquellas condiciones propias y necesarias para salvaguardar la pureza de la competición deportiva en que participan.

Como ya adelantábamos, las *Ligas Profesionales* también son las estructuras asociativas de segundo grado, que agrupan o integran a los Clubes o S.A.D que participan en competiciones de tipo profesional. Sin duda, estas “Ligas integradas exclusiva y obligatoriamente por todos los clubes que participen en dicha competición”, pueden considerarse como una organización *patronal* de las Sociedades Anónimas Deportivas (art. 41 Ley del Deporte de 1990).

En cuanto a su posición institucional, no es difícil llegar a la conclusión de que las Ligas son una especie de *federación dentro de la federación*, pues la Ley les atribuye personalidad jurídica y les reconoce “autonomía para su organización interna y funcionamiento”, si bien dichas autonomía y personalidad no evita que formen parte necesariamente de la Federación Deportiva Española correspondiente. Como en el caso de las Federaciones, se prohíbe expresamente la existencia de más de una Liga Profesional por modalidad deportiva (y sexo) en el ámbito estatal. Las Ligas Profesionales están obligadas a disponer de normas estatutarias y reglamentarias, precisamente para regular la organización interna y el funcionamiento en relación con la Federación Deportiva Española de la que *forman parte*, -recuérdese lo dicho antes, a propósito de las Federaciones Deportivas-, así como para ordenar y encauzar el ejercicio de las funciones de tutela, control y supervisión sobre sus Sociedades y Clubes integrantes.

La Ley asigna a las Ligas Profesionales las siguientes tareas:

a) Organizar sus *propias* competiciones, en coordinación con la respectiva Federación Deportiva Española y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales e internacionales pueda establecer el Consejo Superior de Deportes.

b) Desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en la Ley del Deporte.

c) Ejercer la potestad disciplinaria en los términos previstos en la Ley del Deporte y sus disposiciones de desarrollo.

Finalmente, señalaremos que la actual y creciente mercantilización del deporte en general y, algunas modalidades deportivas, en particular, produce, también, importantes efectos jurídico-laborales. Por supuesto, los deportistas que participan en competiciones de carácter profesional son, en su gran mayoría, *trabajadores* y los Clubes o S.A.D. *empresarios*, ambos sometidos al Estatuto General de los Trabajadores (Un Real Decreto, de 26 de junio de 1985, de desarrollo de dicho Estatuto regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales). Cuando estos deportistas-trabajadores deban acudir obligatoriamente a las Selecciones Nacionales de su respectivo Estado (la ley española lo establece como obligación de los deportistas de las S.A.D. y de los demás Clubes deportivos y lo mismo ocurre con los Estatutos deportivos de UEFA, FIFA y demás Organismos de este tipo) se suspenderá, mientras dura la obligación *-prestación personal obligatoria-* la relación laboral con el Club.

A tal efecto, la integración de España en la Unión Europea y la vigencia de los Tratados de la Unión están provocando muy importantes consecuencias sobre las funciones de las Federaciones, Ligas y Clubes o S.A.D., hasta el punto de que ya son evidentes repercusiones de carácter económico y empresarial, sobre todo en el ámbito de los medios audiovisuales. Recuérdese, además, que el caso *Bosman* abrió las puertas a deportistas comunitarios para integrarse libremente en todas las S.A.D., con los mismos derechos que sus colegas del Estado en que desarrollan su labor profesional-laboral, salvo la posibilidad de formar parte de las Selecciones Nacionales del país en que juegan.

VII. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN DE LOS DEPORTISTAS ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Como ya expusimos en la introducción, desde hace bastante tiempo (cauces penales) y, concretamente, desde 1972 y 1975 (cauces jurisdiccionales laborales y contencioso-administrativos), se encuentran abiertas las vías de recurso judicial para todos los *agentes* -Club, jugadores, técnicos, árbitros, etc.- del deporte. Esa *apertura*, sin embargo, fue incompleta, parcial y selectiva. Sólo después de la Constitución española de 1978 han funcionado con normalidad las garantías administrativas y judiciales.

Ahora bien, el nuevo fenómeno de la generalización del acceso a la Justicia, mucho más acentuado en la jurisdicción contencioso-administrativa, como consecuencia de la *publicación* de la actividad deportiva, irrumpe en el deporte precisamente como consecuencia de la aplicación de la técnica de la *delegación de funciones públicas* de carácter administrativo.

Al configurar a las Federaciones como *agentes colaboradores de la Administración*, según vimos, el ejercicio de las funciones públicas que les han sido encomendadas y que están tasadas en la ley directamente, o remitidas a los Reglamentos o incluso delegadas casuísticamente por la Administración pública respectiva: véanse, por ejemplo, en la normativa autonómica, los arts. 49.2,k de la Ley de Navarra y art. 57.2 de la Ley de Baleares, como representativas de estos dos últimos supuestos, se lleva a cabo con un control posterior de la Administración de tutela -estatal o autonómica- y de la Juris-

dicción contencioso-administrativa. Este, y no otro, es el sentido del art. 3.3 del Real Decreto de Federaciones Deportivas Españolas, de 20 de diciembre de 1991, al establecer recurso ante el Consejo Superior de Deportes contra “los actos realizados por las Federaciones deportivas españolas en el ejercicio de las funciones públicas de carácter administrativo...” Y lo mismo, exactamente, ocurre en las Comunidades Autónomas.

Pero todavía más *sui generis* es el supuesto de la potestad disciplinaria o sancionadora en el ámbito del deporte (El Real Decreto de 23 de diciembre de 1992, aprueba el Reglamento de la Ley en la materia de la disciplina deportiva). La Ley de 1990 configuró el marco propio de la *potestad disciplinaria deportiva*, calificándola como función pública y atribuyendo su ejercicio a los propios agentes del deporte (jueces y árbitros, Clubes, Federaciones, etc.). Al mismo tiempo, se estableció un órgano público de revisión de las decisiones disciplinarias adoptadas por aquéllos: el *Comité Español de Disciplina Deportiva* (o los Comités homólogos autonómicos). Ello determina que la Jurisdicción contencioso-administrativa puede revisar cualesquiera resoluciones disciplinarias adoptadas en materia deportiva, lo cual contrasta vivamente con las posiciones restrictivas que mantienen al respecto las Organizaciones del deporte internacional.

Ahora bien, es indudable que esta fórmula permite respetar la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre los artículos 24 y, especialmente, 25 de la Constitución de 1978. Por supuesto, se trata de un régimen disciplinario para las actividades y competiciones deportivas de ámbito estatal, pero el *sistema* se ha incorporado con normalidad al deporte de ámbito autonómico, no solamente porque las Leyes del Deporte de las Comunidades Autónomas han recogido sus líneas básicas, sino porque el modelo de integración de Federaciones Deportivas Españolas y Territoriales (o autonómicas) así lo exige.

En líneas generales, se atribuye a las Federaciones Deportivas la capacidad de precisar en sus Estatutos y Reglamentos un sistema tipificado de infracciones, de acuerdo con las reglas de cada modalidad deportiva, pero distinguiéndolas en función de su gravedad, de las sanciones aplicables, de las causas que eximen, atenúan o agravan la responsabilidad, de los criterios de proporcionalidad de la sanción, la prohibición de doble sanción por los mismos hechos, la obligación de reconocer y aplicar efectos retroactivos favorables y la prohibición de sancionar por infracciones no tipificadas con anterioridad al momento de comisión de la infracción. En todo caso, la Ley (y su Reglamento) pretenden asegurar un marco mínimo de garantías, estableciendo directamente infracciones y sanciones, así como los principios de los procedimientos disciplinarios, cuyo desarrollo, para adaptarlo a las peculiaridades de las modalidades deportivas correspondientes, corresponde a los Estatutos de las Federaciones Deportivas Españolas. La ejecución de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva corresponde a las Federaciones respectivas.

Como en todos los supuestos precedentemente tratados, las leyes deportivas de las Comunidades Autónomas contienen previsiones detalladas al respecto y respetan este mismo modelo disciplinario. Es más, algunas de ellas han diversificado, con toda razón, las reglas sobre la estricta *disciplina deportiva* (referida a la actividad deportiva en su típico desarrollo) y las que se preven para todo tipo de infracción -previamente tipificada- de los mandatos de Ley del Deporte, fuera del estricto *campo de juego* o competición.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki, *Intervención pública en el deporte*, Ed. Cívitas, Madrid 1998.
- BERMEJO VERA, José, “El ordenamiento jurídico del deporte” en la *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 62, año 1989.
- BERMEJO VERA, José, “El marco jurídico del deporte en España”, en la *Revista de Administración Pública*, N° 110, año 1986.
- BERMEJO VERA, José, *Constitución y Deporte*, Ed. Tecnos, Madrid 1998
- BERMEJO VERA, José (Director) y otros, *Estudio sistemático de la Ley del deporte de Aragón*, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza 1998.
- BERMEJO VERA, José (Director) y otros, *Guía Jurídica del Fútbol Aficionado*, Ed. RFEF, Madrid 1998.
- BERMEJO VERA, José, Comentario de urgencia a la decisión del Tribunal Europeo adoptada en el “Asunto Bosman”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, N° 5 (1995), pp. 101-106.
- CAMPS POVILL, Andreu, *Las Federaciones Deportivas. Régimen jurídico*, Ed. Cívitas, Madrid 1996.
- CARRETERO LESTÓN, José Luis, *Derecho del deporte. El nuevo marco legal*, Unisport, Málaga 1992.
- CAZORLA PRIETO, Luis. M., *Deporte y Estado*, Ed. Labor, Barcelona 1979
- CAZORLA PRIETO, Luis. M., *Las Sociedades Anónimas Deportivas*, Ed. De las Ciencias Sociales, Madrid 1990.
- LANDABEREA UNZUETA, Juan A., *El Derecho deportivo en el marco autonómico vasco y estatal*, Ed. Gobierno vasco, Vitoria 1989.
- MEIRIM, J.M., *A Federação desportiva como sujeito público do sistema desportivo*, Coimbra Editora, Lisboa 2002.
- MELO FILHO, Alvaro, *Novo regime jurídico do desporto*, Ed. Brasilia Jurídica, 2001.
- PALOMAR OLMEDA, A. (y otros), *Cuestiones actuales del Fútbol profesional*, Ed. RFEF, Madrid 2000.
- REAL FERRER, G., *Derecho público del Deporte*, Ed. Cívitas, Madrid 1991.
- REMY, Dominique, *Le sport et son droit*, Editions Romillat, París 1991.
- SIMON, Gérald, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, L.G.D.J., París 1990.
- TEROL GÓMEZ, Ramón, *Las Ligas Profesionales*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998.

VI. LOS DERECHOS AMBIENTALES

§ 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Fortunato González Cruz

Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales
y Locales, Universidad de los Andes, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Constitución Venezolana de 1999 significa un avance respecto de la Constitución de 1961. No podía ser de otra manera cuando a principios de los años 60 el tema ambiental no había ganado aun el terreno que ocupa a fines de la década de los años 90 y comienzos del nuevo siglo. Quizás el avance más importante en estos años en materia de regulación del ambiente ha sido la Conferencia de Río, que colocó el tema en el marco de un organismo internacional y oficializó una doctrina ambiental y ecológica que hasta ese momento era patrimonio difuso de organizaciones no gubernamentales. La preocupación por el ambiente y el equilibrio ecológico es uno de los temas globalizados, al comprenderse la interrelación planetaria de los procesos naturales y su afectación por el hombre.

Esta concepción global o integral del tema ambiental es la que acoge la nueva Constitución, por lo cual constituye una base programática del modelo de Estado, un principio político que se manifiesta de diversas maneras en el texto constitucional. De alguna manera el llamado *espíritu de Río* estuvo rondando la Asamblea Nacional Constituyente. Lamentablemente, como sucede con casi todas las materias que fueron incluidas en la nueva Constitución, hay incoherencias que son el producto de la improvisación, de la carrera y de la ignorancia.

El Derecho como forma solemne de consagración de las normas de convivencia social tiene hoy más fuerza que nunca. El Estado Moderno se sustenta sobre tres principios que expone con propiedad el Dr. Allan R. Brewer-Carías: El principio de la limitación del poder del Estado que determina su distribución horizontal y vertical; el principio de la legalidad que significa el sometimiento del Poder Público a las leyes; y el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales. (*Cfr.* Brewer-Carías. 1980: 49 y ss.) Las aspiraciones de libertad y bienestar que siempre han significado los argumentos claves del drama de la existencia humana, y las nuevas para disponer de espacios para la intimidad y para el disfrute del tiempo libre presuponen un orden social que sólo el Derecho está en condiciones de garantizar. Ese Derecho que sigue revestido de solemnidad y formas sacramentales pero que es objeto de reclamos de la gente para que cada vez esté más cerca, tenga contenidos más densos, sea más efectivo y tenga un sentido más práctico. El ideal de justicia ya no se ubica en sueños y aspiraciones más o menos difusas e imprecisas sino en cuestiones tangibles y concretas: mi acceso a buenos servicios, mi seguridad y la de mis bienes, mi tranquilidad, mi vida cuando alcance la tercera edad, mi libertad, mi intimidad. Se nota el surgimiento de un Derecho fresco

tan riguroso y formal como cualquiera, incluso más porque ahora se cuida del lenguaje técnico que incorpora elementos de inseguridad. También se organizan espacios supranacionales y espacios infranacionales que responden al principio de *lugarización*: regiones, provincias, comarcas, ciudades, municipios donde hay un Derecho que recoge como ninguno las tradiciones, las prácticas seculares, los caracterismos y en cuya elaboración hay más calor colectivo, más participación.

Las viejas instituciones jurídicas gozan hoy de mayor vigencia y los principios que lo definieron desde Roma siguen incólumes. La sociedad postindustrial, postmoderna o postconsumista tiene en el Derecho una de sus bases más sólidas, como lo reconoce Allain Touraine cuyo pensamiento abre con buena luz el panorama de lo que nos depara el siglo venidero: Estado de Derecho, reglas objetivas, Gobierno de las Leyes como dice Zampetti. Lo nuevo se refiere a la *validez formal del Derecho y los derechos fundamentales, los derechos de las personas, los derechos colectivos, los derechos del ambiente*. El Derecho no es un patrimonio del Estado ni para imponerlo ni para administrarlo a su arbitrio, tan sólo para reconocerlo en la compleja red de relaciones sociales, darle la formalidad que lo distingue, y aplicarlo *conforme al principio de pertenencia a un orden natural en el que cada individuo tiene idénticos derechos*, y en el que se relaciona con los demás y con su entorno. Es la visión sistémica de Luhmann y de Habermas.

Es evidente que el Derecho positivo y antropocéntrico no constituye una garantía de protección del ambiente ni de la naturaleza, porque desde esta perspectiva es desigual y en consecuencia injusto. La preeminencia de los derechos subjetivos garantiza el señorío del hombre por ser el único titular de tales derechos y si en alguna determinada circunstancia se han defendido animales, vegetales, paisajes o valores medio ambientales, siempre han sido hilvanados desde la perspectiva de los derechos subjetivos, es decir, en relación con derechos del hombre. No puede y no podría ser de otra manera, dadas las bases del sistema jurídico.

Luciano Parejo se pregunta si ha llegado la hora de *un salto cualitativo* para lo cual apela a la tesis de Bosselmann a fin de dar una respuesta positiva, y afirma que el *campo de batalla no está tanto en la moral o en la política, y ni siquiera en la ciencia o en la técnica, sino en el sistema cultural mismo y su básica traducción en el Derecho, es decir, en las normas sociales y jurídicas condicionantes de nuestra relación con el mundo*. (Parejo. *op. cit.*: 225). No obstante la dificultad que significa el reinado del antropocentrismo por más de dos mil años, hay un sustrato útil y por lo tanto aprovechable para el cambio si caemos en cuenta de nuestra pertenencia a la naturaleza, que Parejo denomina como *intuición ecológica*. Si nos reconocemos como parte de la naturaleza y asumimos las consecuencias de esta verdad, ya es suficiente para marcar al menos una trocha por donde comenzar la búsqueda de las piedras angulares de un nuevo sistema jurídico.

Los paradigmas jurídicos no han sido inamovibles y cabe la esperanza de su transformación. Los romanos hicieron recaer la tutela jurídica sobre el interés, como lo recuerda la magistrada Hildegard Rondón de Sansó (1994: 93-94) quien agrega que figura al lado del derecho subjetivo y reconoce que a éstos se agrega la novedosa figura del *interés legítimo*, que abre la posibilidad de obtener la legitimación activa para impugnar las decisiones de los poderes públicos. Hoy se discute en los medios jurídicos del Derecho Público la teoría del *interés difuso*, que no es otra cosa que el interés legítimo atribuido a los grupos sociales. Los derechos de la naturaleza no caben aún, por derecho propio, en las teorías del interés difuso, pero abre la posibilidad para reivindicar algunos

derechos a ciertas calidades ambientales que puedan ser identificables, tanto en su contenido como en sus *sujetos de derecho*. Los cambios serían substanciales y de enormes consecuencias, porque se trata de sustituir el orden de los valores: El mercado por la naturaleza. El concepto tradicional de propiedad que ya ha sufrido grandes limitaciones en el Derecho Público, en particular en el Urbanístico, tendría que devolverse hacia la consideración de los bienes en términos semejantes al concepto de las sociedades primitivas: El hombre le pertenece a la tierra y no al revés, como lo impuso el racionalismo.

Reconocida de esta manera la limitación del orden jurídico vigente para una efectiva protección del ambiente y de los tímidos avances en el empeño por producir un cambio en las bases positivistas, racionalistas e individualistas del modelo, queda abierta la puerta de los derechos subjetivos y ciertas regulaciones objetivas limitadas por la falta de capacidad procesal y de titularidad de derechos, para establecer regulaciones protectoras de valores ambientales, ecológicos o de los recursos naturales.

En este sentido, cada día se concientiza más y más sobre la interdependencia de los elementos que componen el sistema, del cual el Estado y el Derecho son dos de ellos. También hay una rehabilitación de la moral tradicional, que la misma es una sola e inspira los principios éticos de las actuaciones de cualquiera de ellos y en cualquier materia o asunto. Surge poco a poco así una *cultura ecológica*, es decir, la conciencia colectiva de pertenencia como elemento a un sistema complejo dentro del cual se ocupa un lugar, se desempeña un papel y por ser libre e inteligente se asume una responsabilidad. Los cambios serán consecuencia de esa toma de conciencia y se irán profundizando en la medida que aquella se vaya haciendo más sólida y general.

El Derecho seguramente seguirá siendo el gran instrumento de protección de los derechos subjetivos de la persona y garantía de su libertad, pero irá deslastrándose de su carácter puramente egoísta para abrirse a la protección de otros *sujetos*, necesariamente entrecomillados por ahora, tan amenazados por el hombre como el hombre mismo. Esta posición no significa en modo alguno el abandono del empeño por abrir la trocha a que nos referimos antes; por el contrario, mientras se trajina por el conocido sendero del sistema jurídico establecido, nada impide el que se siga luchando porque la naturaleza encuentre acogida en el sistema jurídico como valor propio, independiente de los *derechos subjetivos* de alguien.

La Constitución venezolana de 1999, sin abandonar la visión antropocéntrica en esta materia ambiental, al consagrar la protección de los intereses difusos, abrió una nueva página en la historia del Derecho Ambiental al permitir la acción de las colectividades en la defensa de valores ambientales, como lo veremos más adelante

II. EL AMBIENTE EN EL PREÁMBULO

El Preámbulo es una declaración genérica que ilumina el texto de la Constitución y que en la tradición constitucional venezolana se le ha dado valor jurídico. El Preámbulo de la Constitución de 1999 señala como valores fundamentales *el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad*. Se afirman unos principios en términos bien precisos que habría que ver luego las consecuencias que de ellos se derivan: *equilibrio ecológico* es un concepto suficientemente desarrollado por la doctrina. En cuanto a los *bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad*, también se sabe

que es un bien y que es un bien jurídico y sólo habría que ir al tema ambiental para darle precisión conceptual a lo que se entendería como *bienes jurídicos ambientales*. Otro asunto interesante es indagar que quiso decir la Asamblea Nacional Constituyente con esta declaración sobre que los bienes jurídicos ambientales son *patrimonio común e irrenunciable de la humanidad* y las consecuencias que esta declaración podría tener en el caso hipotético de conflictos de uso sobre bienes jurídicos ambientales concretos.

En todo caso es conveniente señalar que la doctrina reconoce en el Preámbulo un texto político y jurídico, no meramente poético y que es trabajo de los legisladores, de los jueces y de los científicos del Derecho y del Ambiente señalar el contenido exacto de estas declaraciones doctrinales del Preámbulo.

III. EL AMBIENTE EN EL TÍTULO III DE LOS DEBERES, DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS

El tema ambiental aparece en el Título III en el Capítulo sobre los Derechos Culturales y Educativos en el Artículo 107 que dice:

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

Luego, el ambiente vuelve a aparecer en el Capítulo VII que se refiere a los derechos económicos cuando el Artículo 112 limita la libertad económica entre otras razones por la protección del ambiente: *Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras razones de interés social...* Luego en el Capítulo VIII sobre los derechos de los pueblos indígenas les reconoce un hábitat (Art. 119), autoriza el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats (sic) indígenas por parte del Estado siempre que no se lesionen su integridad cultural, social y económica; y obliga a la información y consulta de las comunidades indígenas que pudieran ser afectadas (Art. 120)

Por último, se dedica el Capítulo IX íntegro a los derechos ambientales, con tres Artículos:

Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y defender el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida sana y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiere a los principios bioéticos regulará la materia.

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

Artículo 128. El Estado desarrollará 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 información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios de este ordenamiento.

Artículo 129. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

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 considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenientes y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste fuese alterado, en los términos que fije la ley.

Nótese la pésima redacción de estos artículos, la confusión de conceptos y las imprecisiones en los efectos jurídicos que se desprenden de los preceptos en ellos contenidos, cuestión que deben ser aclarados en el desarrollo legislativo y mediante la correcta interpretación de las intenciones del Constituyente. A título de ejemplo téngase en cuenta la imposición de obligaciones a un sujeto jurídico tan impreciso como una generación, o el mandato genérico de preservar las especies vivas cuando existen miles de especies vivas tan dañinas como el virus del sida.

IV. EL AMBIENTE COMO COMPETENCIA DEL PODER PÚBLICO LA NATURALEZA CONCURRENTES DE LA COMPETENCIA EN MATERIA AMBIENTAL

La materia ambiental es tratada como competencia pública en el Título IV *Del Poder Público* en cuyo ejercicio confluyen los tres poderes político territoriales, por lo que se trata de una competencia concurrente. Cuando la competencia es concurrente se requiere el desarrollo de la legislación básica u orgánica para delimitar los componentes que le son atribuidos. No obstante hay un cierto grado de desagregación en el texto constitucional al examinar las competencias de los niveles nacional y municipal. No entendemos por qué no se le asignaron responsabilidades ambientales a las Entidades Federales en el texto constitucional.

El Poder Público Nacional tiene como competencia originaria el establecimiento del *régimen y administración* de las minas e hidrocarburos, de tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas del país. (Art. 156. Ord. 16). También las *políticas nacionales y la legislación en materia de ambiente, de aguas y de ordenación del territorio* (Ord. 23)

En el Capítulo del Poder Público Estatal no aparece nada de esta materia, por lo que habrá que esperar la legislación para saber que cometidos tienen los gobiernos regionales en esta materia.

En cuanto a los Municipios, reciben con generosidad nuevas responsabilidades. El Artículo 178 dice que es de la competencia del Municipio, entre otras materias, la ordenación del territorio y urbanística; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; *protección del ambiente* y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos; servicios de agua potable, alcantarillado, canalización y disposición

de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios. Como se puede ver, se trata de una enumeración desordenada, anticuada y caprichosa que requiere también de un desarrollo legislativo que la ordene y precise el alcance de cada término.

Conviene subrayar que la competencia nacional en materia de legislación ambiental es *exclusiva*, y que la competencia municipal en esta materia está reducida a la *protección*, que es lo mismo que decir amparar, defender o cuidar; y a la *cooperación* con el saneamiento ambiental, que significa obrar conjuntamente con otros entes en esa materia. En los mismos términos define la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 la competencia en materia ambiental cuando señala en el ordinal 10º del artículo 36 que es competencia del municipio la *Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental*. De manera que no puede el Municipio dictar normas en materia ambiental sino exclusivamente para proteger el ambiente o sanearlo, dentro de los límites que le señala la propia Constitución y la legislación nacional vigente

Algunos servicios municipales pueden ser descentralizados y transferidos a las comunidades y grupos organizados, entre ellos cabe destacar los de ambiente, y los de mantenimiento y conservación de áreas urbanas.

V. EL AMBIENTE EN EL CAPÍTULO DEL PODER CIUDADANO

La Constitución resuelve de manera definitiva el problema de la ineficacia de las acciones sobre derechos difusos cuando reconoce en el numeral 2. del Artículo 281 que el Defensor o Defensora del Pueblo debe velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos legítimos, colectivos y difusos de las personas. Los derechos ambientales en general tienen naturaleza colectiva y difusa.

VI. EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO

La Constitución basa el régimen socioeconómico de la República en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, productividad y solidaridad, y protección del ambiente. (Art. 299)

El Artículo 304 señala que las aguas son bienes de dominio de la Nación, y declara que es insustituible para la vida y el desarrollo (sic). Agrega que la ley establecerá 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. El Artículo 305 señala que el Estado protegerá la agricultura sustentable.

VII. EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN

El Artículo 326 incorpora la *promoción y conservación ambiental* como fundamentos de la seguridad de la Nación. Como no se realizó el trabajo de darle coherencia al texto constitucional, se cayó en el uso de vocablos como los anteriores que están evidentemente fuera del contexto del régimen del ambiente definido en el Preámbulo y en los Capítulos anteriores.

Los principios constitucionales relativos a la seguridad en las fronteras también incorpora valores ambientales, al disponer el Artículo 327 la protección especial de los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial. Este artículo 327 se articula con el 15 ubicado en el Título II *Del Espacio Geográfico y la División Política* que dice: *El Estado tiene la responsabilidad de establecer una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos, preservando la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social y la integración. Atendiendo la naturaleza propia de cada región fronteriza a través de asignaciones económicas especiales, una ley orgánica de fronteras determinará las obligaciones y objetivos de esta responsabilidad.*

VIII. EL AMBIENTE Y LA ACCIÓN DE AMPARO

La defensa de los valores ambientales encuentra puerta franca en el Artículo 26 de la Constitución porque pueden ubicarse tanto como un interés personal como un interés colectivo o difuso.

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

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

En efecto, los valores ambientales generalmente están vinculados al interés de un colectivo o de un número indeterminado e incluso indeterminable de personas. La contaminación sónica, por ejemplo, o la afectación de un paisaje natural no necesariamente permite identificar las personas cuyo interés es lesionado, pero si es posible señalar al colectivo, cuya representación la pueden asumir formas asociativas comunitarias u organismos no gubernamentales tales como las asociaciones de vecinos, las comunidades educativas o los grupos ecológicos.

§ 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS DERECHOS AMBIENTALES

Germán Acedo Payarez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

1. La realidad venezolana y la opinión de un tercero

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.

“El medioambientalismo no es valores éticos opuestos a valores económicos. Es algo totalmente económico”. MIT Lester Thuron, *La sociedad de suma cero*, citado por David R. Henderson, *Medioambientalismo, Un Prefacio, Enciclopedia Fortune de Economía*, p. 467. Ediciones Folio, S.A., Barcelona, Primera Edición, 1998.

2. Ambiente

El profesor venezolano Enrique Meier Echeverría define *ambiente* así: *conjunto de los elementos de orden biológico y físico que constituyen la base o el sustento natural del medio humano, sumados a los aspectos socioculturales y económicos que deben garantizar una interacción hombre -sociedad- naturaleza que asegure la satisfacción de las necesidades sociales más importantes e impida la degradación de los mismos.* (Destacado nuestro)¹.

Por *degradación*, a su vez, en su acepción común, comprenderemos la “reducción o desgaste de las cualidades inherentes o características”. (*Diccionario de Uso del Español Actual Clave*, Ediciones SM, Joaquín Turina, Aguacate, 43. 28044 Madrid, Tercera Edición: febrero 1999, en lo sucesivo, CLAVE). Corresponderá a los Ingenieros Industriales y de otras especialidades, explicarnos el significado técnico de ambos vocablos.

Parecería, pues, que los elementos típicos requeridos en la acción de *degradar* son su reducción o desgaste. De no producirse alguno de ellos, no existiría la degradación, conforme a la regla de interpretación suministrada por el encabezamiento del artículo 4º del Código Civil: “A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”.

1. MEIER, Enrique conferencia “El Derecho Ambiental en el Régimen Social Venezolano”, Caracas 1979.

El artículo 20 de la Ley Orgánica del Ambiente (LOA) del 15-06-76, (Gaceta Oficial N° 31.004 del 16-6-76) enumera doce “actividades susceptibles de degradar el ambiente”, a cuyo efecto en forma acertada reserva un numeral 13 para incluir entre dichas actividades degradantes, cualesquiera “otras actividades capaces de alterar los ecosistemas naturales e incidir negativamente sobre la salud y bienestar del hombre”. Si bien la expresión *actividad* equivale a “conjunto de trabajos o tareas propios de una persona o de una entidad” (CLAVE) y pudiera definirse como “un conjunto de acciones voluntarias conforme al Diccionario de Filosofía de Nicola Abbagnano, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 33; es enteramente factible que la degradación del ambiente tenga su causa u origen en una *omisión* (abstención de hacer, falta, inactividad) del agente. La Asamblea Nacional está actualmente preparando un proyecto de *Código Orgánico del Ambiente*, el cual tiene por principal objeto refundir, en un solo texto legal, todas las disposiciones concernientes a la regulación de la temática ambiental en Venezuela. La refundición, por sí sola, se justificaría plenamente, habida cuenta de la dispersión.

Ecosistema, “sistema biológico formado por una comunidad de seres vivos y el medio ambiente en que se desarrollan” (CLAVE). También se le define: “comunidad de los seres vivos de un mismo ambiente”.

Esta trilogía (hombre, sociedad, naturaleza) reiterada por Meier Echeverría podría ser modificada en cuanto al orden de sus componentes e incluso en lo que respecta a los elementos participantes en la interacción, que a nuestro entender podrían ser aumentados mas no reducidos, por cuanto este trípede posee carácter mínimo necesario *sine qua non*, esencial, para permitir la interacción a la cual nos referimos siempre y cuando ocurran o estén presentes los tres elementos indicados. En caso contrario, en cuanto concierne al tema ambiental, estaríamos en una situación de distinto carácter, parcial, no integral, no natural. Se requiere, pues, tanto de la (i) persona humana, como del (ii) grupo social al cual pertenece esa misma persona y del (iii) propio ambiente donde ambos han de progresar tanto colectiva como individualmente, progreso que incluye nuestra deteriorada calidad de vida.

Naturaleza, hombre, sociedad, podría ser el orden natural asignado a los necesarios integrantes del trinomio con el cual se relaciona necesariamente el Derecho Ambiental, el Derecho al Ambiente, o más simplemente, los derechos ambientales, denominación esta última seleccionada por la propia *exposición de motivos* de la Constitución de 1999 (Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo del 2000), por su articulado y, también por nosotros mismos, para designar esta publicación.

3. Derecho al ambiente

Alberto Blanco-Uribe, otro distinguido profesor venezolano, nos da un concepto de *derecho al ambiente*:

“Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sería el derecho individual y colectivo al mantenimiento balanceado, en condiciones de sustentabilidad, de los bienes ambientales (agua, suelo, aire, flora, fauna, paisaje, ecosistemas naturales, hábitat humanos) para el disfrute físico y espiritual de cada vez mejores condiciones de vida”.

Podríamos asentar, en orden inverso, *disfrute espiritual y físico* que creemos que sea el necesario orden natural pero ello no incide ahora sobre el fondo, a estos fines². La referencia al requisito de las mejores condiciones de vida, a nuestro entender, sería ineludible.

4. Derechos ecológicos

El mismo Blanco-Uribe³, luego de plantear la anterior definición respecto a la cual él mismo se pregunta, si no se trata de un “enunciado idealista de contornos bastante indeterminados” si, “con arreglo a la crítica del Consejo Económico y Social de la ONU, nos presentaría (,) más que un *derecho al ambiente*, un conjunto de *derechos ecológicos* como por ejemplo: derecho a productos alimenticios ecológicamente limpios, derecho a bienes de consumo sin peligro para el ambiente (ni para los propios consumidores de las especies ni terceras personas), derecho a que las actividades productivas no presenten peligro para el ambiente, (ni para los trabajadores participantes en dichas actividades ni para las demás personas), derecho a un medio de vida natural ecológicamente puro, derecho a la salubridad ambiental, etc., que nos harían salir del campo de los *derechos humanos*, para situarnos en el dominio de la *policía administrativa*, con todo lo que ello implica”.

En efecto, si pasamos al ámbito de la policía administrativa dentro del *Derecho Administrativo* pensamos que ello traería consecuencias graves de especial naturaleza. Por ejemplo, colocaríamos en duda la vigencia de un *Derecho al Ambiente*, por ejemplo, sus principios, su autonomía, incluyendo la científica y la académica. Y retrocederíamos por lo menos un siglo. (Destacados y paréntesis nuestros).

Por otra parte, creemos que cuando el nombrado autor cita como *ejemplos* algunos derechos ecológicos, actúa en forma acertada porque estos nunca deberían constituir un número cerrado, sino siempre abierto, como los derechos humanos. Si estuviésemos ante un *número cerrado*, el Derecho al Ambiente estaría siempre a la zaga, a la espera de reformas legales que generalmente ocurren en forma tardía.

Las dificultades y problemas que hoy enfrenta la Humanidad y de las cuales no escapa nuestro país, no nos impiden otear un futuro donde el número de unos y otros derechos humanos, aumente en beneficio de todos los seres e incluso del propio Estado.

Nos preguntamos si, la información periodística que antecede (1.1.) esta *Introducción*, en materia de incendios, no guarda estrecha y directa correspondencia, con algunos de los derechos aludidos en la anterior relación de derechos ecológicos.

La respuesta es positiva, a nuestro juicio. Véase la previsión en el sentido que entre los derechos ecológicos aparece incluido el que poseen todos los ciudadanos en el sentido de que “las actividades productivas (de cualquier especie o naturaleza), no presenten peligro para el ambiente”, ni para los mismos ciudadanos, sus propias actividades y sus bienes, agregamos nosotros, para tratar de completar la idea. (Paréntesis del autor).

En realidad, los autores podrán debatir y muy seguramente continuarán haciéndolo -y esa es la idea dentro de un mundo cada vez más competitivo, quiérase o no-, acerca de

2. BLANCO-URIBE, Alberto, “Situación del Derecho al Ambiente en Venezuela”, *Revista de Derecho Público* n° 51, julio-septiembre, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 37 y ss.

3. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

posibles definición, pero, en cualquier concepto más o menos correcto, aparecerán los referidos *derechos-obligaciones*, especie de ineludible binomio que afecta a todas las personas, en cualquier conglomerado social más o menos organizado. Primero aparece el conglomerado y luego procede su organización. El orden no es, *organización* y luego *conglomerado*.

Esta es precisamente una de las causas más repetitivas, en Venezuela, de los problemas ambientales derivados de: 1. Modificar sin previsión el orden natural de las cosas. 2. Hacer las cosas al revés, i.e., invirtiendo el orden normal. 3. La ausencia de previsión, elemento que reiteramos por su importancia. En todas partes. Desde la Amazonia hasta la lejana Suecia, con un toque técnico en Suiza. ¿Era previsible el caso del Exxón Valdés? ¿Pudo haberse evitado?

Excepción hecha principalmente (pero no limitado a ello) del feudalismo de la Edad Media y de los siervos de la gleba (del latín *gleba*, tierra o campo), cuyo desmoronamiento y declive como sistema comenzó en el siglo XIII; los seres humanos todos, somos titulares tanto de derechos como de obligaciones y no podemos imaginar los unos sin lo otros, a riesgo de no poder pertenecer a alguna sociedad medianamente dispuesta a convivir en orden y en paz. *Cfr.* Declaración de Derechos de Virginia (1776), Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

El Preámbulo de la Declaración de 1948 define conceptos atinentes a la susodicha bilateralidad. En efecto, su propio nombre se refiere, como creemos ha de ser, tanto a los *derechos* como a los *deberes*. “El cumplimiento del *deber* de cada uno es exigencia del *derecho* de todos”. *Derechos y deberes* se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre”. “Si los *derechos* exaltan la libertad individual, los *deberes* expresan la dignidad de esa libertad”. Preámbulo del Texto de 1948, que tampoco es de fecha reciente. Esta dicotomía (del griego *dikhotomía*, división en dos partes) es necesaria y la Carta de 1999 exagera el número de los *derechos* respecto de los *deberes* u *obligaciones*.

5. Derecho a la conservación ambiental

Se trataría de la denominación seleccionada por el profesor Alexandre Kiss, citado por Blanco-Uribe, para reemplazar al denominado *Derecho al ambiente*⁴.

6. Contenido del *Derecho a la Conservación Ambiental* propuesto por el profesor Kiss

Blanco-Uribe⁵ sostiene que la conservación *no es exclusivamente un objetivo*, sino un “mecanismo... o mejor un conglomerado de técnicas y procedimientos que conducen a la meta de la utilización racional o sostenida de los bienes ambientales en función del desarrollo social”; y por ello equivale a cuatro diferentes derechos que el citado autor identifica: a) Derecho procedural, que interpretaremos como de procedimiento, es decir, adjetivo y no sustantivo; b) Derecho a la información c) Derecho a la participación en la

4. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

5. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

toma de decisiones susceptibles de afectar el entorno; y (d) Derecho al debido proceso. El *due process of law*, de apreciable desarrollo en el derecho angloamericano, cobró particular interés durante la última década del siglo XX en numerosos países y entre ellos Venezuela. Nuestros Jueces Tributarios, por su parte, no prestaron la atención debida al superior principio de defensa (artículo 68 de la Carta de 1961), por lo menos en lo que concierne al período 1980-1999, donde se observa un debilitamiento de la posición del contribuyente, no en cuanto concierne al Código Orgánico Tributario sino en concepciones de los Jueces en materias específicas. Motivación del acto administrativo tributario, por ejemplo. Esperemos a ver qué sucede en la etapa que se inicia en el año 2000. No solamente en lo tributario sino en otras áreas.

Nosotros le añadiríamos una característica adicional que creemos de interés, por sus consecuencias jurídicas.

En efecto, el *Derecho a la Conservación Ambiental, Derecho del Ambiente*, o como prefiera singularizarse a esta disciplina conforme a las diferentes denominaciones ideadas por los autores y los méritos invocados a favor de sus respectivas tesis; es lo cierto que representa una reciente *rama del derecho público* y no del derecho privado, dada la notable inherencia y/o permanente e ineludible presencia del Estado venezolano, en la inmensa mayoría de situaciones previstas por el legislador y en las cuales posee determinante interés ese mismo Estado. ¿Cuánto es reciente? *Sucedido hace poco tiempo* (CLAVE). Treinta años, que en Derecho es poco, en estos temas.

Recuérdense, por ejemplo, los numerosos *tratados, convenciones, declaraciones, conferencias, foros*, de naturaleza internacional relacionados con el *Derecho Ambiental* y en algunos de los cuales Venezuela ha estado representada y aportado su esfuerzo. Téngase presente siempre que el cumplimiento de los objetivos del Derecho Internacional Público no cesa con la suscripción de los tratados y otros pactos, sino que precisamente en ese momento, se inicia la tarea que nos incumbe a todos. A los Estados y a los administrados: empresas y particulares individuales. Hacer que tales pactos y convenciones sean verdaderamente útiles a la humanidad, en forma permanente.

Formar parte del Derecho Público, por lo demás, no descarta la posibilidad de que ocurran o se sucedan en forma coetánea o paralela, manifestaciones de *derecho privado* pero con una connotación mucho menos visible, mucho menos relevante desde el punto de vista numérico, advertencia esta última importante pues cada día se diluye más la idea del predominio del primero sobre el segundo. Marchamos hacia el equilibrio. Menos Estado y más Individuo, escribiéndose ambos términos con mayúsculas, pues el uno no es más o menos que el otro.

En efecto, otras ramas del Derecho calificadas de *derecho público* permiten la coexistencia de manifestaciones típicas del *Derecho Privado*, sin que ello obste al predominio de las manifestaciones típicas del *Derecho Público*, en un todo de conformidad con las Leyes; advirtiéndose que todavía no son totalmente satisfactorias las argumentaciones para distinguir el uno del otro, no obstante que la dicotomía tuvo su origen en el Derecho Romano (desde la fundación de Roma, años 754 o 755 a. de C., hasta la muerte 765 de la era cristiana) del emperador de oriente, *Justiniano I*, período histórico que abarca o comprende más de 1.000 años y que ejerció notable influencia todavía percibida tanto en la cultura como en la legislación universal constituida por el Derecho Privado y por el Derecho Público, habiendo sido más notable en el primer caso. Puede consultarse *inter alia*, entre numerosas publicaciones, nuestra Introducción a la publicación *Derecho Tributario Municipal Venezolano de la Colección Estudios Jurídicos* N° 11 de la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, p. 11. Lo importante es que los Jueces distinguan

acertadamente entre unas y otras manifestaciones, sin darle preponderancia *per se* al Estado, que es lo que muchas veces sucede u ocurre. Allí están las diferencias entre una y otra rama del Derecho. Incumbe a los Jueces identificarlas y reconocerlas, esto es, aceptarlas y darles fuerza efectiva en los casos en que así se corresponda.

Decimos de *reciente rama*, en el sentido expuesto, en virtud de que se trata de un conjunto de normas jurídicas coercibles, de orden público, que pueden afectar en apreciable medida los derechos de los particulares y en cuya observancia y cumplimiento el Estado posee un determinante interés, y que en nuestro país comienzan a desarrollarse a partir de la década de los años setenta, lo cual no quiere significar que con anterioridad (incluso en nuestra interesante época Colonial) no hubiesen existido (¿estuvieron vigentes?) normas de protección tanto del individuo como del propio ambiente. Las manifestaciones jurídicas anteriores a la mencionada década de los setenta (todavía inolvidable para los venezolanos de entonces y de los de ahora), revisten carácter parcial, aislado; así, por ejemplo, el artículo 106 de la Constitución de 1961; uno de los textos legales que nombramos posteriormente. Cuatro observaciones adicionales.

1° Al tratarse de normas en las cuales estaría interesado el *Orden Público*, cualquiera que fuese el criterio que pudiera adoptarse para definirlo, pues se trata de un concepto siempre huidizo que Cabanellas De Torres nos lo justifica en exactas palabras: “Más fácil es sentirlo que definirlo, y en la doctrina las definiciones dadas han sido las unas contrarias a las otras, sin poder determinar cuáles son sus límites, cuáles las fronteras, cuáles las líneas divisorias exactas del *orden público*; las mismas no podrían ser subvertidas por los particulares ni por el propio Estado, obviamente.

2° El hecho de que estemos en presencia de una rama del *Derecho Público* no comporta, como podría interpretarse por algunas personas, la existencia de una posición privilegiada de parte del Estado, sus Organismos y Agencias. Tal tesis se ha ido descartando durante los últimos años, donde las Cortes y los Tribunales de muchos países han tratado de salvaguardar y proteger a los ciudadanos, ante algunos posibles excesos de parte del Estado todopoderoso y/o algunos de sus funcionarios.

3° El propio *Código Orgánico Tributario*, por ejemplo, en su primera versión venezolana (1982) suavizó el contenido de los viejos privilegios fiscales a cuyo efecto redujo su número, persiguiendo colocar a las partes (Fisco y/o Administración Tributaria/Sujeto pasivo de la obligación tributaria (Contribuyente o Responsable), en un plano más cercano o próximo al necesario equilibrio en el proceso tributario, por ejemplo. Venezuela ha adelantado en este sentido. Obviamente, nuestros Jueces habrán de continuar manteniéndose atentos acerca de estos particulares y fungir de verdaderos *rectores* o *directores* del proceso tributario, en muchos aspectos cuyo detalle no podemos incluir ahora. Prueba de experticia, por ejemplo, en la cual en ocasiones se producen u ocurren ciertos excesos de la representación fiscal, concretamente, en la designación de los Expertos.

4° El Código Orgánico Tributario no es suficiente para proteger los derechos de los Contribuyentes. Ello depende también, en buena medida, de las actitudes de los señores Jueces.

Todo lo dicho con anterioridad, es aplicable a la temática *ambiental*, donde una de las tantas reglas o principios podría ser que “el Estado no lo puede todo, ni el ciudadano tampoco”.

O dicho de otra posible forma: “Los derechos del Estado terminan donde comienzan los de los ciudadanos”. Algún día, quizás no tan lejano, la expresión llegará a ser a la

inversa. Entonces habremos reconocido y respetado el verdadero significado y trascendencia del ser humano, a nivel universal.

7. Origen histórico de las normas sobre protección al ambiente

Para algunos autores (*Cfr.* Blanco-Uribe), la Ley Orgánica del Ambiente de 1976⁶ cuyo artículo 1º nos define su objeto, el cual consiste en “establecer dentro de la política del desarrollo integral de la Nación, los principios rectores para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en beneficio de la calidad de vida” y cuyo artículo 2º declara de “utilidad pública, la conservación, la defensa y el mejoramiento del ambiente”; puede considerarse como “la ley marco o la ley general que regula en Venezuela todo lo relativo al ambiente, estableciendo los principios básicos del Derecho Ambiental”⁷.

Es interesante fijarse en que, como tendremos oportunidad de verificarlo más adelante; mucho antes de 1976, el ordenamiento jurídico venezolano sin duda alguna, contenía normas relacionadas con lo que luego constituye entre nosotros el denominado Derecho Ambiental. Blanco-Uribe atribuye el reconocimiento de este derecho como “uno de los derechos inherentes (propios o característicos) a la persona humana, con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano” (1972), donde se produjo la denominada *Declaración de Estocolmo*. (Paréntesis nuestros)⁸.

La declaratoria de *utilidad pública* contenida en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Ambiente, en cuanto a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, habrá de ser examinada con sumo cuidado y estamos convencidos de que por lo menos los despachos de la Procuraduría General de la República (artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), de la Fiscalía General de la República (artículo 284 *eiusdem*) y de la Defensoría del Pueblo (artículo 280 *eiusdem*); se mostrarán atentos acerca del uso que pretendiere dársele a la famosa y compleja declaratoria, que no es ni podría ser interpretada como una suerte de comodín. En efecto, la declaratoria en referencia no es un instrumento múltiple capaz de sustentar válidamente cualquier tesis o teoría jurídica. Los efectos de dicha declaratoria deberían estar principalmente consagrados (en forma expresa) en la propia Ley Orgánica del Ambiente. Este último criterio evitaría excesos generalmente incurridos en perjuicio de los administrados.

Visto el anterior resumen, hemos de pasar a la Segunda Parte de nuestro estudio.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL INSERTA EN LA GACETA OFICIAL N° 5 EXTRAORDINARIO DEL 24 DE MARZO DEL 2000.

Para la elaboración de esta publicación, dirigida de manera especial a *los no Abogados*, se tuvo en cuenta la Gaceta Oficial del 24 de marzo del 2000, en la cual se reprodujeron tanto la Exposición de Motivos como la Constitución de la República Bolivariana

6. Ley Orgánica del Ambiente del 25 de mayo de 1976, *G.O.* n° 31.004 del 16 de junio de 1976.

7. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

8. BLANCO-URIBE, *op. cit.*

de Venezuela, *por error material del ente emisor*, esto es, de la *Asamblea Nacional Constituyente*.

Como es de general conocimiento en los medios jurídicos serios de nuestra sociedad, es lo cierto que existe por lo menos una *pluralidad de versiones* (por determinar y precisar los señores Jueces igualmente serios), de la Constitución de 1999: (i) la del 15 de diciembre de 1999, aprobada por referendo consultivo, (ii) la que fue objeto de publicación en la *Gaceta Oficial* del 30 de diciembre de ese mismo año y (iii) la modificada *por error material* en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo del 2000.

Por ahora, pasaremos por alto este increíble hecho que parece traducirse en tres textos diferentes entre sí, y nos limitaremos a hacer alusión a los textos contenidos en la *Gaceta Oficial* del 24 de marzo de 2000, acerca de los cuales expresáramos que la “interpretación judicial que llegaren a hacer los Magistrados y Jueces, será la mayor evidencia de que la Constitución *está viva*, alcanzándose así los efectos que le son propios” (Presentación de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Legislec Editores, C.A., Segunda Edición, 2000, p. 7). El Ministerio Público, por su parte, interpuso un Recurso de Interpretación, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), por presunta alteración del texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

De los cinco casos más importantes que hubiera tenido en cartera el TSJ, no tenemos duda de que este sea uno de los más relevantes, por su indiscutible interés para (i) la paz ciudadana, (ii) la vigencia del estado de Derecho en Venezuela y (iii) la seguridad jurídica, pues es evidente que ningún Estado podrá tener tres (3) textos Constitucionales vigentes al unísono. Y no se denominará TSJ la Corte que no decidiere con prontitud, imparcialidad y objetividad un recurso del tal entidad y naturaleza. Y ordenare las sanciones que fueren procedentes, en su caso.

-Luego se procederá al análisis, igualmente en forma resumida, de algunos de los principios más relevantes de la *exposición de motivos*, en relación con los *derechos ambientales*.

-A tal efecto, trataremos de conservar, en la medida de lo posible, el lenguaje empleado por el Constituyente de 1999, con lo cual se persigue destacar, en su versión original, la concepción dispuesta por la *exposición de motivos* de la novísima Constitución, en cuanto al basamento jurídico-filosófico de sus artículos 127, 128 y 129, respectivamente. Sería conveniente aclarar también por la Fiscalía General de la República, la situación de la *Exposición de Motivos*, de manera tal de conocer cuál es el texto válidamente considerado por la Asamblea.

-En efecto, de coexistir tres posibles versiones del texto Constitucional, habría que determinar el status de la *exposición de motivos*. ¿Existen, acaso, varias exposiciones de motivos? Se trata de uno de los tantos particulares que deberán ser analizados y resueltos por el Tribunal Supremo de Justicia.

-De igual manera, se adelantarán algunos breves comentarios relacionados con el *Preámbulo* del mismo texto constitucional de 1999 y su fuerza legal.

-El entrecomillado del texto se corresponderá, pues, con la valiosa labor y/o opinión de terceras personas, salvo que en forma expresa se hiciera constar lo contrario.

1. Capítulo de la nueva Constitución exclusivamente destinado, por entero, a la materia de los *derechos ambientales*

En efecto, por primera vez en nuestra prolongada historia constitucional de casi dos siglos (1811-1999), ha sido reservado en forma especial, “un Capítulo especialmente designado” para los *derechos ambientales*.

El Capítulo IX de los *derechos ambientales* consta de tres dispositivos legales cuyo contenido básico explicaremos a continuación:

El artículo 127 nombra en cuatro oportunidades el término *ambiente*: (i) *derecho - deber de protegerlo*, (ii) *ambiente seguro y sano y ecológicamente equilibrado*, (iii) su protección por el Estado, y (iv) *ambiente libre de contaminación*.

El artículo 128, por su parte, se contrae a la denominada ordenación del territorio, que en nuestra legislación está excluida del tema ambiental.

Por último, el 129 trata acerca de cinco aspectos diferentes: (i) ecosistemas; (ii) contratos y permisos que puedan llegar a afectar los recursos naturales; (iii) los recursos naturales, (iv) equilibrio ecológico; y (v) restablecimiento del ambiente. Resumamos en cuanto al artículo 129: (i) Ecosistemas; (ii) recursos naturales; (iii) equilibrio ecológico y su conservación; (iv) ambiente y (v) su restablecimiento.

Ello destaca la relevancia atribuida por la Constitución, a los derechos ambientales y a algunos temas conexos, pero ello, pensamos, no los hace *per se superiores* ni *inferiores*, a otros derechos y garantías, o categorías de unos u otras, previstos o no por el texto, e independientemente del orden correlativo que hubiera podido observar un determinado Constituyente.

Se dice *previstos o no*, como veremos luego, pues la Constitución de 1999, en materia de derechos, consagró un sistema de *numerus apertus* (número abierto, no restrictivo), y no de *numerus clausus* (número limitado o cerrado), de donde aparece que, a los fines de interpretación jurídica y ello es relevante para el lector no versado en cuestiones legales, la no consagración expresa de algún determinado derecho en la reciente Constitución, no debería interpretarse como su negación por la Carta Fundamental. (Ver artículo 22).

En otras palabras, la no enunciación expresa de algún determinado derecho, no equivaldrá a su rechazo o contradicción. Parecería que esta es la tesis correcta.

En efecto, si se estableciese un sistema de *número cerrado* de derechos, entre otras consecuencias, en adición a lesionar a los administrados, el Texto Fundamental podría perder su actualización o se haría quizás necesaria una nueva Constitución, por resultar insuficiente el Texto precedente.

La fórmula adoptada por los dos últimos Constituyentes permite, pues, que una persona invoque a su favor, un determinado *derecho* o *garantía* no previsto por el propio texto y él mismo podría serle finalmente reconocido por las Autoridades venezolanas. *Cfr.* Constitución de 1961 (artículo 50).

A. Derechos y deberes en lo ambiental

Hablar de *derechos ambientales* presupone, a nuestro juicio, no sólo en el campo teórico, sino práctico, la coexistencia de los correspondientes *deberes u obligaciones ambientales*.

Si bien el Capítulo IX del Título III de la novísima Constitución, se contrae en forma expresa e indubitable a los *derechos ambientales*, no puede dejarse de reconocer que el Título III trata (tanto) *de los Derechos Humanos y Garantías* y (como) *de los Deberes*. (Paréntesis nuestros).

Sobre los *Deberes* en general, versa el Capítulo X del Título III, que guarda silencio sobre la materia ambiental propiamente dicha.

“El origen de los deberes -señala el Capítulo X (*De los deberes*) del Título III de la Exposición de Motivos de 1999-, es la *Declaración de los Derechos del Pueblo* de 1811, publicada en la *Gaceta de Caracas*, el 23 de julio de ese mismo año”. (Destacado y paréntesis nuestros).

El mencionado Capítulo X del Título III es bastante lacónico y su contenido contrasta, abiertamente, con el amplio y vasto ámbito atribuido a los innumerables *derechos y garantías* otorgados y reconocidas por el nuevo Texto Constitucional.

(a) *Carencia de contrapeso entre derechos y deberes*

En general, se observa, que no existe un contrapeso entre los derechos y los deberes. Dicho contrapeso, de existir, hubiera servido *para igualar o equilibrar el peso o fuerza de algo* (CLAVE). Contrapesar es, precisamente, *poner en equilibrio*. Que fue lo que no se hizo. Por el contrario, los primeros (los derechos) resultan abrumadores en peso, entidad y número, si se les compara con los deberes. Somos un país con muchos derechos y pocas obligaciones. Respecto de los primeros, nos excedimos. En cuanto a los segundos, nos quedamos cortos.

Una de las interrogantes mayormente planteadas, en nuestro medio, acerca de dicho apreciable contraste numérico, consiste en preguntarse si el Estado venezolano, está o no en condiciones económicas, financieras y de otra naturaleza, de llegar a reconocer, en forma efectiva, el apreciable (¿exagerado?) número de *derechos* que prevé el nuevo texto constitucional. Y, por supuesto, cuál sería el costo aproximado de semejante meta. Muy probablemente estos desembolsos no han sido cuantificados, ni siquiera por vía de aproximación, ni para el ejercicio en curso ni para los sucesivos. En otras palabras: ¿Cuánto cuesta poner en marcha, en forma efectiva y segura, la nueva Constitución en materia de derechos? ¿lo sabría la Asamblea Nacional Constituyente de 1999? ¿Habría sido estimado?

(b) *Los deberes constitucionales no aluden a lo ambiental, ni a los deberes ecológicos ni a los ambientales*

En el reducido texto de los *deberes*, no se alude a la materia *ambiental*, ni a los *deberes ecológicos* ni a los *deberes ambientales*.

Derechos ayunos de obligaciones y deberes:

Llama la atención de que ante el hecho de haber iniciado el texto de la exposición de motivos de 1999, con la declaración de que en (A) “lo que se refiere a los derechos ambientales, la Constitución, además de establecer por vez primera en nuestra historia constitucional un Capítulo especialmente dedicado a los mismos...”, (B) que “supera, con una visión sistemática o de totalidad, la concepción del conservacionismo clásico que sólo procuraba la protección de los recursos naturales como parte de los bienes económicos”; se hayan incluido apenas tres disposiciones en materia de *derechos am-*

bientales, y no se haya incluido ninguna norma específica relacionada con los consecuentes *deberes* u *obligaciones*, en la parte correspondiente al Capítulo X (De los *deberes*) representada por los seis artículos (130 al 135, ambos inclusive), ni se haya adelantado algún comentario, por lo menos de carácter general, acerca de los mismos, en la exposición de motivos.

En otras palabras, ocurre que no se fue consistente con la tesis propuesta. Por lo demás, en cuanto a haberse superado el texto de 1961, hemos demostrado ya que para 1948, la Declaración de Bogotá, que incluyó 28 derechos, ninguno de ellos aludió a la materia ambiental, sencillamente, porque el tema para aquel momento y durante los años posteriores, no estaba *de actualidad*, como llegó a estarlo posteriormente, a partir de los años setenta. En adición, la actualidad no necesariamente implica efectiva vigencia. Este último criterio, propio de Abogados, no suele ser del conocimiento del Lector -no- Abogado.

En cuanto a los *deberes*, tan sólo se destaca (párrafo cuarto de la exposición de motivos de 1999), la consabida obligación de toda persona, “de cumplir y acatar el *Texto Fundamental*, las *leyes* y *demás actos* que en ejercicio de sus funciones legítimas, dicten los órganos que ejercen el Poder Público”, dentro de los cuales obviamente estarían incluidas las disposiciones en materia *ambiental* que pudiesen instituir *cargas* y *obligaciones* para las personas. *Cfr.* Artículo 131 de la Constitución de 1999: “Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”. Para quienes jurídicamente consideran que todavía se encuentra vigente la Constitución de 1961, por no haber sido derogada conforme a sus previsiones; el deber previsto en el artículo 131 no existiría y, por tanto, no sería exigible.

(c) *Alcance del término personas. Interpretación que consideramos procedente*

De donde podría inferirse que todas las *personas* físicas o naturales y las jurídicas, las empresas todas; se hallan obligadas, en primer lugar, a dar cumplimiento a las normas establecidas en los artículos 127, 128 y 129, respectivamente. En segundo lugar, deberán acatar también las demás disposiciones contenidas en Leyes de la República atinentes a la materia ambiental y otras materias a las cuales se contraen los tres artículos antes mencionados. Y, por supuesto, quedan sujetas todas a “los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”. En párrafos posteriores nos referiremos al importante capítulo de la fuerza vinculante u obligatoria, en este caso específico, por sus características especiales, tanto de la exposición de motivos de 1999, como del denominado *Preámbulo*.

Al expresar *empresas* ha de interpretarse siempre, creemos, que son las pertenecientes a accionistas privados y/o las pertenecientes al Estado venezolano, pues no es admisible exclusión alguna derivada del volumen, actividad o capital social y/o cualidad jurídica del ente. O a las que pudiesen revestir carácter mixto. Una vez más se hace lugar, en la compleja materia de la interpretación de las leyes, el famoso adagio romano: *Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*, esto es, “donde la ley no distingue, no debe distinguirse”. “Donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros”⁹.

9. Sobre la interpretación de las leyes puede consultarse la obra *Introducción al Derecho* del profesor venezolano HERNÁNDEZ GORDILS, José R., Legislec Editores, C.A., Caracas 2000, pp. 287 y ss.

(d) *El principio de ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*

Este tradicional apotegma romano tiende a proteger la interpretación restrictiva, que, por cierto, creemos que sea la que procede aplicar en el caso de los artículos 127, 128 y 129 y en las leyes concernientes a los *derechos ambientales* que para el Constituyente de 1999 comprende tanto el derecho y el deber de proteger al ambiente como tal (127), la denominada *ordenación del territorio* (128) que en la legislación venezolana forma parte separada de la ambiental; los ecosistemas (129) y (129) los contratos y permisos sobre recursos naturales.

Ante una declaratoria de *utilidad pública* como la contenida en el artículo 2° de la Ley Orgánica del Ambiente y tratándose en definitiva de textos legales que imponen cargas y restricciones a los particulares todos, pensamos que lo procedente en la materia ambiental, incluyendo los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de 1999, es su interpretación restrictiva.

No creemos que en esta materia que limita los derechos de los particulares y les impone obligaciones, podría aplicarse, por ejemplo, un criterio equivalente al contenido en el artículo 5° del Código Orgánico Tributario, en su encabezamiento, conforme a la reforma del 2001 (*Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17-10-2001): “Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, atendiendo a su fin y a su significación económica, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en aquéllas”, que luce excesivo y plantea un riesgo para los sujetos de la obligación tributaria.

La Disposición Transitoria Quinta del nuevo Texto Constitucional ordenó que se modificase el Código Orgánico Tributario, a objeto de “incluir la interpretación estricta de las leyes y normas tributarias, atendiendo al fin de las mismas y a su significación económica, con el objeto de eliminar ambigüedades”.

Se trata de una disposición de tipo *fiscalista*, poco equitativa y que un Tribunal ponderado -como creemos han de ser todos los Tribunales-, declararíá contraria a todo el progreso alcanzado durante las últimas décadas por el Derecho Tributario, en Venezuela y en otros países Occidentales, que son los que solemos (y debemos) conocer, un poco más, no para *copiar* sus disposiciones legales, sino para contar con un valioso elemento de comparación.

B. No posibilidad de jerarquizar, entre sí, categorías de derechos y garantías salvo *ab initio* por el propio texto constitucional o por los Jueces

A nuestro parecer, no es dable jerarquizar entre sí, *a priori*, los derechos y garantías constitucionales¹⁰. *Jerarquizar* significa, como es sabido, “clasificar u organizar en rangos de distinta categoría” (CLAVE).

10. Lo que sí pueden hacer los textos constitucionales, por ejemplo, es distinguir entre *derechos* y *garantías*. Tradicionalmente lo han hecho. Así ha ocurrido con nuestras Constituciones. El artículo 241 del Texto de 1961 contemplaba la posibilidad de que en los casos de (i) emergencia, (ii) conmoción “que pueda perturbar la paz de la República” o (iii) graves circunstancias que “afecten la vida económica o social” (obsérvese que no se estableció “que puedan llegar a afectar o que pudieran afectar”), la vida económica o social (este último criterio amplísimo), el Presidente de la República podrá restringir o suspender las garantías constitucionales, o algunas de ellas, con excepción de las consagradas en el artículo 58 (“El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la

Por tanto, dejándose a salvo las clasificaciones y/o jerarquizaciones que el propio texto constitucional expresamente dispusiera (así, por ejemplo: *derechos* y *garantías* como dos categorías jurídicas de Derecho Constitucional, sometidas a un tratamiento legal diverso; susceptibles o no de ser objeto de suspensión temporal, por ejemplo); somos de opinión de que exclusivamente los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, podrán establecer en un futuro, *jerarquías* u otras distinciones entre unos y otras.

Ello, para responder a la interrogante, ante un posible conflicto de una pluralidad de derechos o de garantías, donde se requiera conocer el criterio fundado de los Tribunales precisamente acerca de cuál de ellos habrá de prevalecer en un determinado supuesto.

Creemos que esto último podría ser tarea de los Jueces, en cada caso particular que fuera sometido a su conocimiento, donde resultare (i) permisible hacerlo e (ii) indispensable un pronunciamiento de tal naturaleza.

Obsérvense los dos requisitos mínimos que nos parecen procedentes para obtener el pronunciamiento del Juez: (i) permisibilidad para hacerlo procesalmente y (ii) carácter indispensable del señalamiento, siendo ambos elementos concurrentes. En otras palabras, no sería suficiente la presencia de exclusivamente uno de los elementos. Se requiere la concurrencia de ambos extremos legales respecto de un mismo caso. El Juez estará autorizado por las Leyes para decidir y su decisión deberá ser indispensable.

Nuestra referencia a los *Jueces* y no a los tribunales, no es gratuita. En efecto, a todo lo largo del estudio y en lo sucesivo, preferimos aludir al Juez y no a los Tribunales.

Lo anterior, con el específico objeto de realzar y acentuar la figura del magistrado, único responsable tanto de su función rectora del proceso (que en algunos casos no termina de asumir a plenitud) como del ejercicio de su cuasi divina tarea.

C. Derechos y garantías constitucionales envuelven una materia de especial significación para la generalidad de las personas

Esta materia de derechos y garantías de todas las personas (físicas o jurídicas, particular al cual nos referiremos posteriormente), en líneas generales, ha sido y será muy sensible, por su especial significación en la historia (por lo menos 5.500 años a de J.C.) de la Humanidad.

Algunos fueros españoles han sido ubicados por los historiadores, en el año 1080; por su parte, la *Carta Magna* de los barones ingleses y del Rey Juan Sin Tierra, data del año 1215.

Seleccionemos aquí, por su indiscutible significado, el principio de legalidad o de la reserva legal, a manera de ejemplo.

Ambos acontecimientos, por ejemplo, entre otras consecuencias, nos obligan a retrotraer el posible origen del principio de legalidad o de la reserva legal en materia de impuestos, a una cualquiera de las dos fechas indicadas. *Cfr.* artículo 317 del texto constitucional vigente. De igual manera, el artículo 4° del Código Orgánico Tributario (1994).

pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla”), y en los ordinales 3° (“Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral”) y 7° (“Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años”) del artículo 60. (Paréntesis todos nuestros).

Todo intento de parte de las autoridades de cualquier país, de burlar, encubrir o dejar sin efecto, el susodicho principio, muy seguramente justificará que las cortes y tribunales amparen a los ciudadanos irritados por tal infracción. Y a las empresas, por supuesto. En el derecho anglosajón, no sería necesaria esta última advertencia, pues el término *individuo o ciudadano*, en forma por demás acertada incluiría tanto a las personas físicas o naturales (Pedro, Juan, Antonia), como a las empresas con entera independencia de la cualidad jurídica de sus accionistas.

D. Constituciones que ha tenido Venezuela

Nuestra primera Constitución fue la de 1811, entonces ávidos de libertad; brevísima en su aplicación, por cuanto apenas nos rigió durante un año, y nos muestra la influencia tanto francesa (principio de la separación de poderes, por ejemplo), como norteamericana (pacto federal, por ejemplo, consolidado en la Constitución de 1864) y la N°. 26, ha sido la de 1999, que es la que nos preocupa de manera fundamental, a los efectos de esta publicación. El Texto de 1999, para ser exactos, contiene numerosas razones de sincera y honda preocupación jurídica venezolana pero hemos de limitarnos en este momento, a la cuestión básica objeto de nuestro estudio: la materia ambiental.

E. En materia de *derechos ambientales*, la Constitución de 1999 no encierra ningún *acto especial* presuntamente derivado del hecho de habersele dedicado *todo un capítulo*

El haber destinado a los asuntos ambientales, un capítulo completo por separado, tampoco constituye un *mérito especial* de la reciente Constitución, sino una de sus características; habida cuenta de que como es quizás sabido por todos, durante los últimos cuarenta años dicha materia ha cobrado, a nivel mundial, mayor significación, incluso legal y en ocasiones, constitucional.

De igual manera, se han alcanzado desarrollos significativos en algunas localidades y centros de trabajo de nuestro país, donde siempre destacó, por lo menos desde la década de los años cincuenta, inclusive, el sector petrolero y un determinado sector minero (extracción de mineral de hierro). Muchas otras actividades industriales son modelo en su género, por la forma en que desarrollan sus diarias operaciones, circunstancia desconocida por una gran cantidad de personas que desconocen las operaciones de nuestras empresas.

En todo caso, podría decirse que el Constituyente de 1999, en materia de derechos ambientales, legisló para un orden de cosas en cierta medida efectivamente existente y que no fue tampoco que *se adelantó* al mismo. Actuó, por así expresarlo, como un *buen padre de familia*, a la usanza romana.

En materia de *derechos ambientales*, la Constitución de 1999 no constituye pues ningún *acto extraordinario* ni mucho menos *heroico*.

En otras palabras, no es que el texto de 1999 *superó abiertamente* al Constituyente de 1961, en materia ambiental. En realidad, apenas si consagró tres normas a la misma. La de 1961, sólo una (el artículo 106, varias veces citado) cuyo texto nos permite avizorar dos aspectos diferenciados. En efecto, en primer lugar, el técnico: defensa y conservación de los recursos naturales. En segundo lugar, el programático, o político, si se prefiere: explotación de los recursos encaminada al *beneficio colectivo de los venezolanos*.

Cada uno de los legisladores actuó como se esperaba que lo hicieran, para sus respectivos escenarios temporales (1961 y 1999, respectivamente). Ninguno de ellos se excedió ni faltó por omisión, en cuanto al articulado de las Constituciones que hemos venido analizando. Preferimos reservar nuestra opinión, principalmente en cuanto a la Exposición de Motivos de 1999, a la cual aludiremos con posterioridad.

Exactamente igual que podría afirmarse que *el Código Civil de 1982*, en líneas generales, *superó* al de 40 años atrás (1942). ¿Fue el de 1982 *muy superior* al de cuatro décadas antes (1942)? ¿Fue acaso *notable* el legislador de 1982, en relación al que elaboró el código que le precedió?

Simplemente, pensamos, que tanto el uno como el otro legislaron *ratione temporis* para sus respectivos escenarios. No fue que “el de 1942 legisló para la última década de los noventa” ni el de 1982, por su parte, *se adelantó al siglo XXI*.

Disquisiciones de este tipo deberían ser tenidas en cuenta a los efectos de *comparaciones* entre uno u otro texto legal cualquiera, independientemente de su naturaleza (comercial, civil o ambiental). Lo propio ocurre con los textos constitucionales.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) consta de tres partes: Consideraciones de carácter previo; un Acuerdo; y su correspondiente articulado constituido por 38 artículos. El texto íntegro puede consultarse en la *Revista de Derecho Público* N° 34, de la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988. El texto aparece como parte final de un comentario monográfico del profesor venezolano Pedro Nikken, intitulado *La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

De los treinta y ocho artículos de que consta su articulado, 28 se contraen a *derechos* y 10 a *deberes*. Ni su articulado, ni el Acuerdo ni las Consideraciones de carácter previo aluden, directa ni indirectamente, a los derechos ambientales. Y es que para la época, la temática ambiental no era objeto de discusiones en eventos tan importantes como el referido. No es por tanto extraño, ni puede ser objeto de críticas, que el Texto Fundamental venezolano de 1961, hubiera tan solo consagrado el varias veces citado artículo 106. Ni tampoco es un *record* que el de 1999, hubiera insertado tres normas en materia ambiental y afines.

Comparar en forma serena y ponderada, desde un punto de vista científico, Constituciones entre sí, o Códigos; es labor propia de filósofos del Derecho, dotados de especiales y profundos conocimientos de (i) la realidad nacional e internacional, (ii) conscientes del significado práctico de la (factible) aplicación de uno y otro texto legal, (iii) al corriente de las necesidades de diversa naturaleza de un determinado país, en un momento específico de su desarrollo, y, en adición, (iv) Objetividad en su juicio quizás derivada del alejamiento de los Tribunales y de las pasiones del abogado en ejercicio.

Así, por ejemplo, podría aseverarse que el Código Civil de 1942 comienza a aplicarse en un país cuasi rural, donde Caracas se extendía hasta la hoy denominada Plaza Venezuela, donde se iniciaba la *carretera del Este*, que entonces era de tierra; luego de una conflagración mundial de muy apreciables consecuencias en el orden humano y material que en muy pequeña medida afectó al país que transcurría una etapa de plenas libertades. El Código Civil de 1982, por su parte, comienza a surtir efectos (1983), en los integrantes de la *generación Recadi* a quienes les correspondió desarrollarse en un medio convulsado y cuya calidad de vida en general decreció. Comienzan a sentirse los efectos morales de la década de los setenta. La generación Recadi podía adquirir, si así lo deseaba, dólares estadounidenses, en la medida de que, por ejemplo, estuviere dispuesta a cancelar un Bolívar de sobreprecio. Las transacciones se cerraban telefónica-

mente. Y así proseguir el examen de los posibles efectos y consecuencias de uno y otro código. O de una u otra etapa de nuestro acontecer.

Se trata, pues, de una tarea científica que requiere por lo menos ser abogado de experiencia, estar dotado de una especial cultura en varias ciencias y conocer profundamente a las personas y a nuestras instituciones. De ahí podría partir, por ejemplo, la labor de análisis y comparación de esas personas. Muy seguramente, habrá otras estrategias por examinar.

F. Juicios de valor en materia de comparación del mérito de los textos legales presupone decantación a través del transcurso del tiempo

Transcurridas varias décadas, entonces los abogados y muy especialmente los filósofos del derecho, estarán en mejor posicionamiento para dilucidar cuál texto legal *superó* al precedente, o si este último finalmente *resultó* superior a la *innovación*.

Las leyes, repetimos en forma reiterada, “tienen (o deberían tener) vocación de permanencia” y ello mismo es lo que permite crear *doctrina*, establecer *jurisprudencia* y comparar los textos legales entre sí. No se legisla para lustros ni para décadas, por lo menos generalmente y salvo excepciones.

Si los textos legales fueran modificados con indebida o exagerada frecuencia, como en ocasiones sucede, (i) no existirían los cuerpos de doctrina (ii) ni los de jurisprudencia o (iii) no fuese posible la comparación. No habría tiempo para realizar esta última labor ni quizás habría mayores elementos de apreciación y subsiguiente juicio de valor, pues al haber sido breve la vigencia, pocos habrían sido los efectos observables.

2. Queda relegado el *conservacionismo* anterior, clásico, sobre la materia

Como segunda nota característica del Texto de 1999, la exposición de motivos indica que se supera así, la “concepción de conservacionismo clásico que sólo procuraba la protección de los recursos naturales como parte de los bienes económicos”.

Dentro de este *clasicismo en lo ambiental*, se ubicó nuestro país en la precedente reforma constitucional de 1961.

A. Se hizo lo que pudo hacerse. Juicios de valor

Pudo o no haber sido *conservacionismo clásico* la concepción del varias veces citado artículo 106 de la Constitución, pero, en realidad, no había mucho más que incluir. Fue la tesis que estuvo en boga. También existió, por ejemplo, la época de la denominada *Comisión Económica Para América Latina* (C.E.P.A.L.) creada por la ONU en 1948. No sería legítimo juzgarla hoy con los parámetros actuales. Habría que esperar hasta la década de los años setenta, cuando comienza a observarse en Venezuela, el definido y característico flujo de un cuerpo de leyes en materia del ambiente.

- 1976 Ley Orgánica del Ambiente (LOA)
- 1983 Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOOT)
- 1992 Ley Penal del Ambiente (LPA)

¿Cómo fueron aplicadas? ¿Prestaron alguna labor beneficiosa al conglomerado nacional? ¿Sirvieron para algo útil? ¿Paralizaron el desarrollo o, por el contrario, lo impulsaron en forma ordenada? ¿Algún otro país la utilizó como modelo prestigioso? ¿Fueron sancionados los infractores, en su caso? ¿Existe doctrina? ¿Ayudaron los Jueces con sus decisiones? ¿Dónde está la jurisprudencia y qué valor técnico científico posee? Juicios de esta naturaleza serían expresados por los filósofos del Derecho, y por los expertos en la materia.

Caso especial del sector de los hidrocarburos

Excepción hecha del sector de los hidrocarburos que, en materia de *conservación* y de *ambiente*, fue y ha sido un caso excepcional o por lo menos muy especial entre nosotros. Quizás se ha pasado por alto la labor desarrollada por las sucesivas Administraciones de los últimos 50 años, en materia de *hidrocarburos*, su *conservación* y el *ambiente*. Las propias Leyes de Hidrocarburos, al igual que las mineras, contenían importantes disposiciones en material ambiental y de conservación. Lo anterior no desconoce los reiterados -y desconocidos-, esfuerzos del doctor Gumersindo Torres, médico de profesión, el magnífico ministro de fomento (entonces se ocupaba también de minas e hidrocarburos) del gobierno del General Juan V. Gómez (1908 - 1935). En los párrafos sucesivos tendremos la oportunidad de observar el respaldo real de nuestra última afirmación, en defensa de las administraciones del pasado, *donde no todo el desarrollo de la ardua tarea fue erróneo*.

Ya hemos hecho alusión al transcurso de las cuatro décadas, transcurridas desde 1961.

B. Artículo 106 de la Constitución de 1961. Algunas consideraciones sobre lo obtenido durante la vigencia de dicho texto constitucional

El artículo 106 de la Constitución de 1961, por su parte, se refería por una sola vez, en forma expresa y parcial, a los *recursos naturales*:

“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”, cuyo problema principal no parece haber sido contrariamente a lo ocurrido en otras naciones, la existencia (*reservas*), de recursos (elementos) en sí, sino un hecho posterior en el tiempo: la administración (*gerencia*) de los cuantiosísimos proventos obtenidos durante muchas décadas, con motivo de su explotación.

Como puede observarse, la norma transcrita (artículo 106) se contraía a tres aspectos íntimamente relacionados con los *recursos naturales* localizables en nuestro territorio:

su *defensa*, *i.e.*, por ejemplo: (i) Su protección ante otras posibles fuentes energéticas de carácter alterno (el carbón, la energía solar, el viento). (ii) Su posible rechazo en ciertos mercados exteriores por su alto contenido de azufre, lo cual llevó a la construcción de los complejos desulfuradores de Amuay y Cardón y a expedir una ley sobre la materia: *Ley sobre Convenios Especiales Relacionados con la Desulfuración de Hidrocarburos* (1967). (iii) La defensa de sus precios de exportación a nivel internacional, en un mercado donde el 30% de la población mundial (países industrializados), consume el 60/70% de los hidrocarburos producidos.

su *conservación*, *i.e.*, por ejemplo, evitar que los yacimientos resulten dañados, afectándose su potencial de producción futura, por ejemplo.

(iii) *destino de los ingresos derivados de su explotación*, con lo cual nos referimos obviamente a la administración e inversión de los fondos y recursos obtenidos como resultado de la explotación de un recurso no renovable.

Excepción hecha de este artículo 106, la Constitución de 1961 no contenía ninguna otra alusión expresa a la cada día más relevante materia ambiental. ¿Se requería? ¿Hizo falta?

Al haberse expresado (1961) que “la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos”, en forma acertada se reconoció y se le dio beligerancia al principio de que la riqueza minera, uno de dichos recursos, estaba y ha de estar destinada a su explotación. Este último particular guarda relación con los *impases* a los cuales nos referiremos más adelante, pues para algunos sectores minoritarios de nuestra colectividad, (a) *no puede desarrollarse la minería, porque el ambiente puede ser lesionado o desmejorado*, o (b) *será lesionado*, para expresarlo en forma más terminante. Ambos pareceres conducen, como sabrá comprenderse, indefectiblemente a la no ejecución de actividades de esta naturaleza. Como consecuencia inmediata y directa, la riqueza minera permanecería indefectiblemente oculta en el subsuelo. En definitiva, no se desarrolla la actividad minera. En adición, la riqueza no circula. Las sociedades se empobrecen. Nos empobrecemos todos. Salvo los garimpeiros y/o otros personajes.

Cfr. artículo 12 de la actual Constitución en el cual se establece que los yacimientos mineros y los de hidrocarburos, son “bienes del dominio público, y por lo tanto, inalienables e imprescriptibles”.

Al ser *inalienables*, como es de rigor, no se puede transferir la propiedad de los mismos, por ningún título jurídico; y al ser *imprescriptibles*, no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión (transcurso del tiempo). Ver artículos 796 y ss. y 1952 y ss. del Código Civil, respectivamente.

Es más, opinamos que en 1961, correctamente *se dio* y consideró la *explotación de los recursos*, hecho que en realidad se había iniciado en 1917; como un *hecho natural, en curso*, ya indetenible, de comienzos del siglo recientemente concluido. Invocamos el año 1917, pues podría afirmarse que fue durante dicho año cuando la industria petrolera venezolana empezó a desarrollarse en una forma más definida, separada de las viejas leyes de *minas* y sometida a una legislación expresamente concebida para la materia de los *hidrocarburos* (1918).

Estamos en 1961. Faltaban tres lustros para que ocurriera la *reserva* (1974) de la industria de la explotación del hierro y la de los hidrocarburos (1975) ambos acontecimientos jurídicamente afincados en el *artículo 97* (segundo párrafo). Cfr. con el *artículo 302 de la actual Constitución*. Transcurrido tanto tiempo desde entonces, no le hemos podido encontrar una verdadera razón de peso, a ninguno de los dos procesos de reserva, atribuibles a razones de contenido político, más no jurídicas, económicas ni estratégicas. Pasamos, de la noche a la mañana, sin estudios que así lo hiciesen aconsejable, a soportar la totalidad de los riesgos en la operación comercial. Todo porque a un dirigente político *así se le ocurrió*.

Este *artículo 97* nos confirma que ambas *reservas*, i.e., tanto la de 1974 como la de 1975, se cumplieron desde un punto de vista legal, sobre la base de la posibilidad jurídica de *reservar* contenida en dicha disposición que databa de 1961.

Exactamente igual que el actual proceso de la *Apertura Petrolera* en curso, pudo cumplirse con fundamento en dos disposiciones legales: el artículo 127 de la misma

Constitución de 1961 y el artículo 5° de la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975* (LOREICH), respectivamente.

La reserva (1974 y 1975) y la apertura (años noventa), no requirieron modificación alguna, ni del Texto Constitucional ni de la legislación de hidrocarburos (LOREICH), respectivamente. La legislación ponderada y su empleo racional y ponderado, permite el desarrollo ordenado de los países.

C. Las minas son para ser explotadas legal y racionalmente con estricta sujeción a los requisitos de la legislación ambiental

La Carta de 1961, hoy en forma injusta observada de soslayo y/o vituperada de parte de algunas personas, sin duda permitió alcanzar los importantes objetivos específicos antes mencionados; y estableció, además, la necesidad de que las minas y otros yacimientos fuesen explotados, lo cual requerirá siempre a nuestro entender, una actitud proactiva, resuelta y definida del Estado propietario de los yacimientos conforme al mencionado artículo 12.

D. Legislación ambiental y algunos impasses observados en nuestro medio

Lo propio ocurre en cuanto a la legislación del ambiente, que generalmente no ha podido entrar en sintonía ni con la materia minera ni con la de los hidrocarburos.

En efecto, durante mucho tiempo se observó un evidente impasse entre los Despachos del Ambiente (MARNR) y el de Energía y Minas (MEM), por una parte; y por la otra un segundo impasse entre el MARNR y las *empresas* del sector privado. Por ejemplo, con motivo del inicio de las actividades correspondientes a la Apertura Petrolera.

E. La propiedad de las minas en Venezuela

Fue el *Libertador Simón Bolívar* quien acertadamente declaró (1829) por un famoso como desconocido Decreto, emitido desde el Ecuador, un año antes del la muerte del Héroe de América, que todas las minas (incluyendo las de hidrocarburos), eran de “la propiedad de la República”, con lo cual zanjó una discusión por lo menos bizantina entre nosotros, porque aun en ausencia de declaración expresa del constituyente venezolano, nuestras leyes todas, rectamente interpretadas, arribaban a idéntica conclusión jurídica, o sea, las minas (todas) son de la propiedad de la República y no de los Estados ni de los Municipios.

3. Preámbulo de la Constitución

A. Definición de *Preámbulo*

Cabanellas nos define *preámbulo* (del latín *praeambulus*, lo que va adelante), en forma atinada: “Primeras palabras, fuera del articulado, con que una Constitución expone sus grandes principios o el poder que la dicta”.

B. Preámbulos constitucionales

En efecto, el *Preámbulo* de la nueva Constitución venezolana, se refiere en forma expresa, a la promoción y protección del *equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad*, con lo cual resumió en forma acertada, sin ambages ni excesos, la materia considerada como su objeto.

C. Preámbulo de la Constitución de 1961

Por su parte, el *Preámbulo* de la Constitución de 1961, no menciona la *cuestión ambiental* que entre nosotros ha sido objeto de especial consideración por los legisladores, con bastante anterioridad al texto de 1961, cuyo artículo 106 se contrajo en primer lugar, como acabamos de observar, a la *defensa y conservación de los recursos naturales*, declaratoria que comprende tanto a los renovables (fauna y flora) como a los que no lo son (hidrocarburos, minerales). Explicamos con anterioridad algunas de las razones históricas que influyeron en nuestro desarrollo.

D. Materia ambiental y recursos naturales: su diferenciación

La materia ambiental es bastante más amplia e integral que el tema de los recursos naturales, mas ambos son inseparables porque los recursos (bienes) en referencia, forman una de las partes integrantes obligatorias de la cuestión ambiental.

O dicho de otra forma, todo lo concerniente a los recursos naturales tiene que ver y guarda relación con el ambiente y puede llegar a afectarlo en una u otra forma, pero no puede decirse que la inversa sea igualmente cierta, por cuanto la cuestión *ambiental* no está limitada ni circunscrita al tema de los *recursos naturales*, por importantes que los mismos sean o pudieran llegar a ser en un determinado país o momento de su desarrollo.

4. Garantía de desarrollo sustentable y preservación del patrimonio de las futuras generaciones

A. Exposición de Motivos de 1999

La exposición de motivos declara que se aspira a garantizar, “un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, en el que el uso de los recursos por parte de las presentes generaciones no comprometa el patrimonio de las futuras”.

B. Análisis

(a) *Lo sustentable*

El término *sustentable*, de frecuente uso en Venezuela durante los últimos años, no aparece definido por algunos modernos y actualizados diccionarios (CLAVE, por ejemplo).

Una de las acepciones del verbo *sustentar*, como es sabido, es “sostener o mantener firme o en una determinada posición” (CLAVE), de donde podría colegirse el significado de *sustentable*. ¿Podría equiparse a *sostenible*?

Creemos que la respuesta es positiva. CLAVE define este último término, como aquello “que puede ser sostenido” a cuyo efecto añade un magnífico y oportuno ejemplo: “El mundo debe tener un desarrollo *sostenible*, porque el progreso indiscriminado está causando graves desastres ecológicos” (destacado en su forma original).

(b) *Las expresiones progreso indiscriminado y desastre ecológico*

La anterior frase encierra una contradicción severa en cuanto a sus términos, puesto que pareciera que el primero (progreso) ha de excluir siempre al segundo (indiscriminado). Pero, es lo que en ocasiones sucede, cuando coexisten *progreso y problemas ecológicos*, por cuanto la expresión (grave) *desastre ecológico*, no es aplicable en el 100 por 100% de los casos.

Obviamente, habrá *desastres* pero no siempre estaremos en presencia de hechos que así lo configuren y mucho menos que realmente, en adición, sean *graves*.

En efecto, *desastre* equivale a una “desgracia grande o suceso lamentable en el que hay mucho daño o destrucción”. (CLAVE). Sin eufemismos, no todo daño al ambiente (culposo, doloso o imprevisto o casual), materializa una *desgracia* ni una *catástrofe*. Se trata, sin duda, de expresiones interesadas propias de aquellos sectores minoritarios que aspiran a la paralización de las actividades de todo género, en cualquier región del mundo, por presentarse, en su criterio, un conflicto irresoluble entre el *ambiente y cualquier actividad*, independientemente de su especie. Esta irresolución sine die, si bien precave daños ambientales y/o ecológicos, lo cual es obvio, pues no existe actividad alguna que pudiese llegar a causarlo, en su caso; sí ocasiona daños a las Naciones, a sus economías y a sus habitantes, pues se deja de ejecutar actividades rentables para todos, que las Leyes someten desde hace décadas, al estricto cumplimiento de patrones legales de obligatoria observancia.

(c) *Lo futuro no puede condicionar el presente*

La *preservación del denominado patrimonio de las futuras generaciones*, al cual se refiere la *exposición de motivos*; a nuestro entender, no podría interpretarse, en el sentido de sacrificar, impedir o coartar, el *mejor desarrollo y calidad de vida* de las generaciones presentes. (Cfr. La breve referencia anterior que hicimos respecto al criterio de que la *riqueza minera* puede y debe ser explotada con estricta sujeción a las leyes y a las disposiciones técnicas aplicables incluyendo las relacionadas con la cuestión ambiental).

Para nosotros, por ejemplo, no existe contradicción alguna *per se*, como pretende hacerse ver, entre la industria minera y la materia ambiental. Pero ello escapa al presente estudio.

(d) *Equilibrio MARNR/Particulares y empresarios. Algunas sugerencias elementales para el Sector Oficial del Ambiente*

Nuevamente, a nuestro parecer, se requiere de un compromiso, de un razonable equilibrio, entre uno y otro extremo interpretativo, de parte de los altos funcionarios del Estado, a ser dirimido finalmente por los Jueces, en caso de ser necesario, con la celeridad

dad del caso, requisito este último que no se cumple, porque nuestros Magistrados muchas veces, ante las fuertes presiones, retrasan las decisiones y/o resuelven en contra de las empresas (Estatales y/o de los particulares), lo cual obviamente representa el *camino más corto*, la *solución más sencilla*. Pero sí mucho más costosa.

Los calificados funcionarios del MARNR, por su parte, deberían conocer un poco más, desde adentro, las actividades de las empresas y los gerentes de estas últimas, por la suya, deberían conocer un poco más a los funcionarios del Estado.

En un plano *transparente*, de mutua cordialidad y respeto, en un plano de igualdad profesional, *donde ninguno se crea superior al otro* y donde cada quien represente y defienda dignamente, en forma objetiva, los derechos de sus respectivos representados que en algún momento deberán coincidir.

Esto último es lo que no ha podido lograrse en materia *ambiental* en Venezuela.

-Sería recomendable, también, que cesen algunas faltas de coordinación (A) MARNR Caracas/Centro de Operaciones (B).

-Ambas son igualmente importantes. (A) y (B) aparecen un tanto distanciadas.

-Se requiere (i) un mayor flujo de información Oficial entre (A) y (B) y que los funcionarios de (B) dispongan de una mayor autonomía gerencial

-Los funcionarios de Caracas deben visitar los *centros de operaciones*, con cierta periodicidad. Y viceversa. En la práctica, suele observarse la no celebración de visitas.

-B) requiere asistencia legal y jurídica local, a tiempo completo.

-Los abogados de (A) y (B) actúan en forma coordinada.

-Boletines expedidos por (B) explican el status de los asuntos en curso y los puntos de acción pendientes de acción de parte de los particulares.

(e) *Recurso minero y ambiente objetos de abandono por el Estado Venezolano*

Durante los últimos años, el Estado venezolano no le ha prestado la debida atención a la *minería* y mucho menos a la materia *ambiental* tan directamente relacionada con la misma. Todo lo contrario.

Lo único destacable quizás ocurrido durante los últimos años, haya sido haber elaborado una nueva Ley de Minas que vino a reemplazar a la de 1945, lo cual nos confirma, una vez más, que *la minería no es un problema de leyes*, ni *mineras* ni *ambientales*, sino de administración, o de *gerencia*, si se prefiere. Ahora falta *gerenciar* con acierto el nuevo instrumento legal.

En materia de *hidrocarburos*, la última década destaca y se hace visible por la denominada *Apertura Petrolera*, desarrollada por PDVSA y no por el Estado venezolano que se mantuvo prudencialmente alejado, como creemos ha de ser su figuración en el negocio y en las actividades de los hidrocarburos. No ocurre hoy lo mismo, cuando es notable la injerencia e intervención de la Administración Pública, en los asuntos de PDVSA y la propia Organización empresarias en sí.

No todos, pues, los Gobiernos venezolanos han participado de la misma idea en cuanto a las relaciones MEM - PDVSA, exactamente igual que no todas las sucesivas Administraciones petroleras, han demostrado el mismo interés por las *cuestiones ambientales*.

(f) *Especificidad de la función jurisdiccional. Definición judicial acerca de la figura de los Jueces en Venezuela.*

a' *Comprender a los Jueces.* Por otra parte, sucede que los venezolanos, en su inmensa mayoría, no hemos terminado de alcanzar a comprender, ni a valorar, en sus justos términos, el significado de la *función judicial*, ni la meritoria labor de los *Jueces* en general, diariamente cumplida.

b' *¿Qué es un Juez? ¿Qué hace? ¿Cómo se le define?* Una decisión de fecha 23 de julio de 1992, distinguida con el N° 249, de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, recientemente reemplazada por el Tribunal Supremo de Justicia (artículo 262 de la nueva Constitución), nos define el término *Jueces*. Juez es aquella persona investida, en virtud de una determinada distribución constitucional de los poderes públicos, de potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto de intereses sometido a su decisión. Según Couture, en su Vocabulario Jurídico (Montevideo, 1960), *juez* es el "magistrado integrante del Poder Judicial, investido de las autoridad oficial requerida para desempeñar la función jurisdiccional y obligado al cumplimiento de los deberes propios de la misma bajo la responsabilidad de la Constitución y las leyes". Excelentes definiciones actualizadas.

c' *Significado de la función judicial y su importante vinculación con el Derecho Ambiental de reciente data en Venezuela como rama autónoma.* Sólo el futuro y tesonero esfuerzo de los magistrados judiciales venezolanos, harán que en las próximas décadas, los habitantes de nuestro país estén conscientes -y orgullosos-, acerca de la *obra de bien* que pueden llegar a ejecutar los *jueces* honestos, capaces y trabajadores. En el área del Derecho Ambiental, contribuirán en apreciable medida a su desarrollo. Su jurisprudencia debería ser objeto de divulgación. Desafortunadamente no ha ocurrido lo propio con la atribuible a los Jueces del área Penal que en muchas oportunidades conocen de la materia Ambiental pero cuyas decisiones no son objeto de divulgación en los medios científicos. Lo mismo sucede con valiosas actuaciones y dictámenes de la Fiscalía General de la República: no son del conocimiento generalizado. Bibliotecas superespecializadas poseen las colecciones de sus Dictámenes de años anteriores. Década de los años ochenta y noventa, por ejemplo.

d' *Aumento indiscriminado del parque judicial. Qué hacer mientras tanto. Recomendaciones prácticas.* Para desarrollar el Derecho Ambiental -y otras ramas del Derecho-, en Venezuela, deberíamos (i) pasar pronto, de un reducido parque judicial de 1.500 magistrados que tenemos hoy, por lo menos a un universo de 6.000 debidamente remunerados. Y, en adición, (ii) edificar, en un plazo máximo de un año, las decenas de sedes apropiadas, en todo el Territorio Nacional. Estos son los dos requisitos fundamentales, a nuestro juicio. Mientras tanto, *Jueces de 20 causas* por doquier.

e' *Pajaritos y el Poder Judicial venezolano.* El edificio *Pajaritos* colapsó mucho antes de ser ocupado hace muchos años, luego de diversas y prolongadas dilaciones y retrasos debidas a marchas y contramarchas de la IV República, durante algunas décadas. Y es lo cierto que buena parte de sus modestas e incómodas dependencias están todavía ocupadas por sectores diversos de las tareas judiciales propiamente dichas. El proceso de intervención de la Banca venezolana en los noventa, aportó cómodas y confortables sedes para muchas dependencias Oficiales (SENIAT, por ejemplo, con la anterior sede del Banco de Maracaibo, en la Plaza Venezuela), pero no, en lo mejor de nuestro conocimiento, para los *Tribunales de la República*, integrantes del Poder Judicial

Venezolano que el doctor José Román Duque Sánchez calificó en el año de 1993 de *Cenicienta de los Poderes Públicos*. Todavía ocurre lo mismo. No hemos adelantado.

(g) *Fe en la administración de justicia, incluyendo obviamente el área ambiental*

Si no se aligeran nuestros interminables procesos judiciales incorporando 4.500 Jueces, no habrá justicia rápida y efectiva y el ciudadano de *a pie* (normal o modesto), no *creerá* en la Justicia, ni en sus órganos, ni en sus hombres y mujeres. Ello crea un grave problema adicional a cualesquiera otros igualmente serios en el entorno venezolano, una de cuyas tantas consecuencias en los últimos años ha sido (a) “tomar la justicia por las propias manos de los afectados”. (b) “Linchamientos” en cárceles y en sectores populares de las colectividades. (c) Reclusos y “azotes de barrios” aniquilados por sus propios compañeros y vecinos, respectivamente.

La materia *ambiental*, por su parte, debería ser decidida pronto por los Jueces. Este requerimiento, se dirá, es aplicable a todas las materias. Eso es perfectamente cierto. Pero, en esta área especial se requieren *decisiones más expeditas*, en vista de la frecuente y grave disparidad de criterios Estado/particulares. La tardanza de las decisiones judiciales, entre otras consecuencias, acarrea inseguridad jurídica. En Venezuela la inseguridad jurídica en materia *ambiental* continúa siendo apreciable. Ello contribuye, en adición, de manera notable, a la falta o carencia de nuevas inversiones que tanto demanda el país.

(h) *Constitución venezolana de 1999. Derechos y deberes ambientales y los derechos de las generaciones futuras*

Señala luego la aludida *exposición de motivos* de 1999 que el “texto constitucional se caracteriza por desarrollar con la amplitud necesaria”, “los derechos y deberes ambientales de cada generación” y *por reconocer el derecho que tienen* (todas las generaciones, incluyendo la actual y obviamente, las futuras), “a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado”. (Paréntesis nuestros).

La expresión *con la amplitud necesaria*, parece aludir al tema antes tratado del *capítulo por separado*, tratándose de dejar entrever la (inexistente) *omisión* del Constituyente de 1961, en cuanto a lo ambiental. Nuestros Jueces han podido perfectamente bien *desarrollar* la normativa del artículo 106 de la Constitución de 1961.

Se escucha en nuestros centros de opinión y se lee en la prensa, que “la Constitución de 1961 superó a la de 1953, que terminó con el federalismo”, y “esta última, a la de 1947 que limitó los derechos económicos”. Otras personas consideran que la de 1947 fue *la mejor de todas*. *Limitar los derechos económicos*, o de otra especie, en nuestro medio puede constituir *acto heroico*, digno de reconocimiento público. En Venezuela, los verbos cortapisas (limitar, restringir, prohibir) son considerados magistrales y necesarios, en la medida que se le apliquen a los sectores económicos, a las empresas y a las obras de bien. Si se le aplicasen a los garimpeiros, buhoneros, constituirían un exceso del Gobierno de turno

Cada quien es libre de pensar lo que a bien tenga, en la medida que aporte sus propias argumentaciones jurídicas para respaldar su opinión. Pero no se trata de competir en materia de *opiniones* sino de acción. *En materia ambiental se requiere acción. Diaria, objetiva y permanente*. Dicha objetividad, por cierto, requiere por lo menos desprender-

se de fanatismos, intransigencias y tesis improcedentes: “La minería contamina el ambiente” y muchas otras ideas contrarias al desarrollo y al progreso. No siempre la minería perjudica el ambiente. Tal afirmación es falsa.

Corresponde al MARNR y a los Jueces, en buena medida, que la minería se practique conforme al ordenamiento jurídico. Esa es, precisamente, la tarea a desarrollar con interés, buena fe y verdaderos deseos de trabajar. La idea “mágica” (piedra filosofal) no puede ser paralizar *todos* los proyectos. Eso no tiene sentido ni encierra ninguna creatividad jurídica ni de otra naturaleza. Pero sí es realmente deplorable. Exactamente igual que la generalidad de las personas no conozca lo que ocurre.

5. Desarrollo de la seguridad ambiental

A. Fábricas y complejos industriales

Posteriormente, el Constituyente alude en su *exposición de motivos*, a la necesidad “de mantener un eficaz desarrollo de la seguridad ambiental en las *fábricas y complejos industriales*”.

Esta última afirmación nos confirma, que se pasa por alto, una vez más, que por lo menos (i) el 50% de nuestra economía reviste desde hace algunos años, carácter *informal, subterráneo* y se (ii) ignora el monto de sus *ventas y prestación de servicios*, porque somos un país sin estadísticas y si existen, no se divulgan, contrariamente a lo que sucede en otros países; (iii) que dentro de tales especificaciones, como es obvio no suele haber ni *fábricas ni complejos industriales* por doquier. ¡Ojalá fuese así! Aparentemente, se hizo alusión a un futuro desarrollo de nuestra economía. Quizás sobre la base del desarrollo cooperativo.

B. LOCYMAT

La Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOCYMAT) de 1986, como es sabido, tiene por objeto específico, garantizar a todos los trabajadores, “condiciones de seguridad, salud y bienestar, en un medio ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio de sus facultades físicas y mentales”.

No obstante su importancia incluso desde el punto de vista humano, se trata de uno de los textos legales de menor divulgación y observancia en Venezuela, tanto entre los patronos como los trabajadores.

¿Cómo puede tener aplicación efectiva una LOCYMAT en medio de una economía informal de tan alto y desproporcionado nivel?

De hecho, más del 50% de los venezolanos está absolutamente afuera de las previsiones de LOCYMAT.

¿Lo conoce el Ministerio del Trabajo? ¿Qué ha hecho al respecto?

Nuestro más reciente Constituyente (1999), por su parte, parece pasar por alto la realidad nacional, aludiendo a *fábricas y complejos industriales*, como si en ellos estuviese concentrada la totalidad de los trabajadores venezolanos. Ello no es así. Ojalá estuviésemos pletóricos de millares de fábricas y complejos industriales por doquier, incluyendo los próximos a nuestras despobladas fronteras. Si acaso, algunas *cooperativas* que se pretende desarrollar. Nada más atrasado que las cooperativas. Ningún país del mundo

ha desarrollado su economía sobre la base de *cooperativas*, que no compiten, no suelen pagar impuestos, pero sí obtienen apreciables ventajas ocultas para sus agremiados.

Es evidente que en Venezuela, en la actualidad, con un elevado índice de desempleo, más del 50% de las personas hábiles para trabajar, no están ubicadas ni en *fábricas* ni en *complejos industriales*. En estas últimas instalaciones no se suele desarrollar *economía informal*. Este último hecho deberían conocerlo perfectamente bien tanto los legisladores como los funcionarios del Estado ocupados de administrar las *leyes ambientales*.

Entonces deberían quizás dirigir sus esfuerzos, a *administrar lo disponible*, en época de severo malestar económico; lo cual todavía (2002) es un método admisible de gerencia con resultados generalmente satisfactorios.

¿Cómo y de qué manera puedo aplicar determinadas leyes, un conjunto de requisitos legales, en materia *ambiental*, a unas circunstancias fácticas muy distantes de parecerse a una *fábrica* (lugar con las *instalaciones necesarias* para fabricar u obtener un producto" (CLAVE). Instalaciones necesarias desde el punto de vista industrial, comercial, sanitario, laboral, legal, *ambiental*, por lo menos.

Complejos industriales: Conjunto de establecimientos que sirven para un mismo fin y están situados en un mismo lugar" (CLAVE). Nuevamente se alude a las instalaciones fabriles, sanitarias, de trabajo, y ambientales.

Este es un mundo donde la mitad de los trabajadores venezolanos no tiene un ingreso digno y suficiente. ¿Cuántos venezolanos perciben salario mínimo?

Pero, si muchas veces no se cumple ni la *Ley Orgánica del Trabajo*, ni LOCYMAT, ni con las más elementales *normas sanitarias*, ¿cómo se pretende o aspira, además, que cumplan con las relacionadas con el *ambiente*?

C. Previsiones inaplicables en apreciable porcentaje

De donde aparece evidente que las provisiones legales, una vez más: o se quedaron *cortas* o simplemente no se adecuan a la realidad.

Háganse encuestas y determinense *cuántos trabajadores* venezolanos (de todos los sectores de la economía, incluyendo la creciente economía informal), conocen o han tenido noticia acerca de LOCYMAT. Lo propio sucede con muchos empresarios (grandes, medianos y pequeños). Muchos de ellos no conocen a cabalidad, a ciencia cierta, sus obligaciones derivadas de la mencionada ley orgánica. Y los trabajadores, por su parte, tampoco tienen una idea ni información apropiada sobre sus derechos y obligaciones. Para expresarlo en una forma clara y sencilla. Si ni siquiera conocen las del INCE (1958), elementales.

6. Responsabilidades del Estado

A. Desarrollo ecológico

El Estado, asienta la exposición de motivos en su cuarto párrafo, "con el objeto de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable", adoptará una serie de medidas, entre las cuales destaca la *protección del ambiente, diversidad biológica, recursos genéticos, procesos ecológicos, parques nacionales, monumentos naturales*, a la par que velará por *un medio ambiente libre de contaminación*.

La expresión *desarrollo ecológico* no resulta del todo feliz. *Ecológico* es (A) aquello “de la ecología o relacionado con ella” y (B) lo que “respeto el medio ambiente porque no contamina o porque no malgasta energía”. (CLAVE).

Parecería entonces que el Constituyente de 1999, quiso referirse al “desarrollo general” de un país, en materia de aumento de bienes y servicios, crecimiento económico. No al desarrollo o avance de la *ecología* (de eco, medio ambiente y logia, ciencia) en sí, como ciencia ineludible no precisamente reciente. Tampoco al desarrollo de las relaciones existentes “entre los grupos humanos y el medio ambiente natural”, que sería la segunda acepción del término *ecología*. (CLAVE).

7. Política de ordenación del territorio

A. Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio

Este texto legal orgánico (1983) tiene por objeto “establecer las disposiciones que regirán el proceso de *ordenación del territorio* en concordancia con la Estrategia de Desarrollo Económico y Social a largo plazo de la Nación” (artículo 1°).

Lo que se propone el Constituyente

El Estado, en forma adicional, indica la misma *exposición de motivos* de 1999, “desarrollará una *política de ordenación del territorio* que atienda a las exigencias del desarrollo sustentable”.

B. Territorio y ambiente

Entre *territorio*, elemento material y base física del Estado, y *ambiente*, existe una muy estrecha relación y conexidad, al punto de que el uno presupone al otro.

Esta *ordenación del territorio* es tan antigua entre nosotros como la etapa del Descubrimiento y la Colonia.

Recuérdese la clásica figura de la denominada *manzana*, por ejemplo, principio básico de la susodicha ordenación.

De *ordenamientos y reordenamientos* territoriales y de otra naturaleza, tenemos un país plétórico mas no de verdadero respeto y acatamiento de ese cúmulo de previsiones legales que en buena medida arrancan desde la década de los años setenta con la nombrada *Ley Orgánica del Ambiente* (1976).

8. Contratos de la República y asignación de permisos (Cláusula implícita)

A. Cláusula implícita

En los *contratos* que pudiera celebrar la República, o “en los *permisos* que se otorguen, que afecten *recursos naturales*”, se tendrá por existente una cláusula *implícita* (incluida sin haber sido expresada), por la cual los *contratistas* o *permisarios* asumen la obligación de (i) “conservar el equilibrio ecológico”, (ii) *permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas* y (iii) de

restablecer el ambiente a su estado natural obligaciones estas dos últimas que creemos son acreedoras de breves comentarios, por separado y a continuación.

(a) *La tecnología*

De acuerdo con lo previsto en el *artículo 129 de la Constitución de 1999*, en materia de *tecnología*, en “los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere 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 resultare alterado, en los términos que fije la ley”.

Hemos resaltado la parte atinente a la *tecnología*, conforme al fin propuesto.

Si examinamos la porción del texto resaltado, podemos observar obligaciones de diverso contenido, tanto para los *contratistas* como para los permisarios, nacionales y extranjeros:

A) Permitir el acceso a la *tecnología*;

B) Permitir la transferencia de la *tecnología* en condiciones mutuamente convenidas.

Precisar que hemos de entender o interpretar por *tecnología*, nos conduce, en primer lugar, a la Ley de Impuesto sobre la Renta del 28 de diciembre del 2001, cuyos artículos 42 y 43, respectivamente, definen *asistencia técnica* y *servicios tecnológicos* con bastante precisión.

¿A qué quiso referirse el Constituyente con la expresión *tecnología*?

¿A *asistencia técnica*? ¿A *servicios tecnológicos*? ¿A los dos conceptos definidos tradicionalmente en idéntica forma por la Ley de Impuesto sobre la Renta desde 1966?

No lo sabemos, a ciencia cierta. Habría que examinar la situación fáctica concreta.

Tecnología, para los diccionarios no especializados, significa lo siguiente: Del griego *thekhnología* y éste de *thekhné* (*industria*, arte) y *lógos*, tratado. En otras palabras, tratado de la industria o del arte. “Conjunto de medios técnicos, instrumentos y procedimientos industriales de un sector o campo”. (CLAVE).

Luego, viene el punto concerniente a la denominada *transferencia*.

Preguntamos: *Transferencia*, ¿De qué? ¿De la asistencia técnica, de los servicios tecnológicos, o de ambos a la vez? ¿O de la tecnología?

Nuevamente parecería que primero habría que examinar el caso concreto.

El requisito de *las condiciones mutuamente convenidas*, aparentemente inocuo, pasa por alto los problemas que suelen presentarse en la práctica precisamente en lo atinente a la *transferencia* en sí.

Se trata de una materia generalmente compleja, donde las partes actúan, o suelen hacerlo, en todas partes del mundo, *at arms lenght*, esto es, paradas una frente a la otra, como dos empresas independientes, sin consideraciones especiales. “Ustedes allá. Nosotros, aquí”.

Y donde el *bargaining power* (que podríamos traducir aquí libremente por “poder de contratación”), de las partes, en este caso específico, no suele estar en equilibrio. En otras palabras, no son los mismos ni son iguales. No comparan entre sí.

Desafortunadamente, debemos reconocer todo lo anterior y tratar de estar claros al respecto. Aquí podrían presentarse dilaciones, retrasos y otros problemas. La naturaleza de nuestra publicación no nos permite profundizar en el análisis del tema pero, es nuestro deber profesional llamar la atención y advertir a nuestros lectores.

(b) *Restablecer el ambiente a su estado natural*

Desde hace casi medio siglo, la *Ley de Minas de 1945*, en su artículo 93, contenía las denominadas *Obligaciones* de los Concesionarios y entre ellas cabe destacar ahora la del ordinal 9º:

“A nivelar el terreno y a reponer la capa vegetal que hayan removido cuando trabajaren con draga depósitos aluvionales de más de cien metros de ancho en tierras cultivadas o cultivables, cuya capa vegetal tenga más de cincuenta centímetros de espesor”. (Cfr. Artículo 5º de la Ley de Minas de 1999, *Gaceta Oficial* N° 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999). Esta Ley de Minas de 1999, aparentemente fue recibida por los inversionistas, *sin pena ni gloria*. Es increíble el estado de abandono general de nuestra minería, excepción hecha de las actividades de los *garimpeiros* y de las piedras de construcción y otras sustancias explotadas en forma *clandestina*.

Es digno de observación el interés del legislador de 1945, en cuanto concierne a la conservación y protección del ambiente, la minuciosidad de su planteamiento y la claridad de lo requerido al particular dedicado a la actividad minera. Nuestra legislación Colonial fue extremadamente exigente en cuanto a los requisitos de protección del ser humano y del ambiente, principalmente pero no limitado a ello, en materia minera.

Si a un abogado experto en materia minera le piden examinar la obligación legal que transcribimos con anterioridad, no se le plantearán mayores dudas al respecto, no sin antes observar que si leemos la norma en el 2002, la *obligación de hacer* contenida en el artículo 93 de la *Ley de Minas derogada*, deja perplejo al lector cuando observa lo que ocurre en la realidad minera venezolana, donde no se le suele dar -salvo excepciones-, el menor cumplimiento a esta elemental previsión legal. Ni tampoco se sanciona a los millares de infractores. Piénsese, por un momento, en la actividad desplegada por los señores *garimpeiros* en territorio venezolano, que representa el summum de la corrupción, desidia e inacción del Estado venezolano, tanto en materia minera como del protección del ambiente propiamente dicha.

Pero, si se tratase de una empresa organizada, tenga el lector la plena seguridad de que la acción de los funcionarios todos del Estado, no se haría de aguardar porque tanto los señores del MARNR como los del MEM estarían presentes, “dando estricto cumplimiento a sus obligaciones legales” y haciendo declaraciones por televisión, acerca del *desastre ecológico* ¡que tiene más de 30 años!

Caso práctico:

Hagamos un breve ejercicio de interpretación jurídica, a título de ejemplo.

Lo primero es responder a la interrogante: “¿Qué estamos explotando?” Si la respuesta fuese un *depósito aluvional*, parecería que la empresa califica dentro de la norma. Si se trata de yacimientos de veta, manto o filón, estaría excluida.

Segunda pregunta: ¿Emplea *draga*? ¿Qué es una draga? “Máquina que se emplea para excavar y limpiar el fondo de puertos y zonas de agua navegables, extrayendo de ellos fango, piedras u otros materiales” (CLAVE). Podríamos consultar un diccionario técnico, para Ingenieros, por ejemplo. O revisar también, a todo evento, la Ley de Navega-

ción. U otro instrumento, incluyendo el Arancel de Aduanas. La respuesta será positiva o negativa. Si es de esta última especie, la empresa no está afectada por la disposición.

¿Removieron depósitos aluvionales? Depósitos aluvionales son aquellos que se encuentran en los ríos y otros cursos de agua, generalmente superficiales, donde puede localizarse oro, diamantes y otros minerales. Nuevamente la respuesta será positiva o negativa. En este último caso, la norma no se aplicaría.

Sí, sí hubo remoción, desde un punto de vista técnico. De acuerdo. ¿Cuánto medía el terreno? Más de 100 metros de ancho. La empresa califica. ¿Cuál era el espesor de la capa vegetal? 20 centímetros.

Hubiéramos podido comenzar nuestro interrogatorio al Ingeniero gerente de operaciones de la empresa minera, con esta última pregunta. ¿20 centímetros? ¿Siempre? ¿A todo lo largo y ancho? ¿Estás seguro? Entonces no existe obligación de reponer la capa vegetal. ¿El técnico de la empresa definió “capa vegetal”? ¿Confirmamos su criterio con el Colegio de Ingenieros y con la Escuela o Facultad de Agronomía? ¿Con los señores geólogos? De todas formas, vamos a repetir el ejercicio *in situ*. Por cierto, que traigan el teodolito. El que está en buenas condiciones”.

El anterior ejercicio, podrá observarse, resulta acorde con un método, un examen de la realidad, una seguridad total, en cuanto a los extremos de ley. No existen dudas.

(c) *¿Qué quiso significar el Constituyente de 1999 con la frase inserta al final del artículo 129 de la Constitución?*

Veamos la norma: “restablecer el ambiente a su estado natural si este resultare alterado, en los términos que fije la Ley”.

Lo 1º es que se debe esperar a que la ley lo fije. ¿Cuál Ley? No podrá ser por *Reglamento*. Menos por *Resolución*. Tampoco por *Providencia*. Ver artículo 14 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

¿Y si no lo fijan? Se suspende la actividad. Así de fácil. Con todos los perjuicios consiguientes.

Se trata de los problemas que frecuentemente ocurren entre nosotros, en materia *ambiental*. Y en muchas otras áreas.

(d) *Las cosas no son gratuitas*

Esta posible deficiencia observada en el texto constitucional, pone de manifiesto, algunas de las consecuencias de redacciones atribuibles a personas no conocedoras ni versadas en Derecho en general, menos en Derecho Público y mucho menos en Derecho Ambiental.

9. Obligaciones de diverso contenido:

A. Educación ambiental (obligatoriedad)

Al no precisarse el objeto específico de dicha obligación, pudiera interpretarse que, entre otros elementos que llegaren a caracterizarla, la Ley dispondrá lo conducente de

modo que dicha educación, por ejemplo, sea impartida en un futuro, en todos los niveles del Sistema Educativo. Desde los cursos iniciales, hasta la Educación Universitaria y Superior, lo cual presupondría entre otros requerimientos, entrenar al personal docente.

B. Lo tributario y la cuestión ambiental. Sugerecias y recomendaciones

La materia *impositiva* y su futura estrecha conexión con los asuntos *ambientales*, podría ser un interesante tema susceptible de pronta revisión en nuestro país, principalmente en materia de Impuesto sobre la Renta, uno de nuestros más tradicionales y relevantes tributos, hoy en segundo lugar, detrás del I.V.A., en materia de recaudación, pues este último prácticamente le duplica.

De manera de otorgar diversos beneficios fiscales, rebajas, por ejemplo; a aquellas personas (físicas o jurídicas) que (i) *favorezcan la conservación* del ambiente y/o (ii) den estricto cumplimiento a las disposiciones legales sobre la materia.

Se trataría de una novedosa fórmula, en cuanto a Venezuela se refiere, susceptible de examen por las autoridades del SENIAT, y cuya aplicación permitiría obtener por lo menos tres ventajas apreciables, entre otras:

1° La debida protección del ambiente.

2° En adición, *disminuir*, parcialmente, la elevada *presión tributaria* respecto de aquellos contribuyentes que cumplan estrictamente sus obligaciones en materia ambiental. En Venezuela sí existe una elevada presión tributaria, contrariamente a la tesis de que no hay tal presión entre nosotros, “porque una gran cantidad de personas no pagan sus impuestos”. Para quienes sí los pagan, obviamente que sí existe la presión. Bastaría pensar en más de 22 impuestos paralelos, por ejemplo.

3° Ampliar, o profundizar, la *cultura tributaria*.

4° Aproximarnos al país y sentir sus problemas como si fuesen nuestros.

Nuestra legislación impositiva de 1976 contempló casos de esta naturaleza, en materia de exoneraciones parciales de impuesto sobre la renta, a las cuales nos referiremos posteriormente.

Si bien en el país ha cobrado cuerpo durante los últimos años, la idea de reducir, en la medida de lo posible, el número de exoneraciones impositivas (caso del ISLR y del IVA, por ejemplo), es todavía recomendable examinar la posibilidad de instituir algunas ventajas y beneficios de carácter tributario, realmente atractivos, tanto para el Estado como para los propios *contribuyentes*, en algunas áreas específicas de alto interés, como podría ser el caso de la *protección del ambiente* cuyo desembolso por intermedio de otras vías podría resultar en situaciones mucho más costosas y por ello de menos factible realización en un futuro previsible.

C. ¿Puede una obligación legal tener su fuente u origen en la citada *exposición de motivos* de un texto legal, incluyendo la de una Constitución? ¿O en su Preámbulo?
¿Qué si se tratase de un *derecho* de los administrados?

La sola y exclusiva respuesta a ambas interrogantes, o a una sola de ellas, justificaría con creces, un análisis jurídico del punto. En efecto, tradicionalmente ha sido la tesis dominante en nuestro país, que del contenido de las exposiciones de motivo y/o de los proemios de las Cartas Fundamentales no puede derivarse *derecho* alguno y, por ende,

consecuencialmente, *obligación* alguna. Tampoco de las denominadas normas *programáticas*. Luego de analizar el Texto de 1999, incluyendo tanto su *Preámbulo*, como su *Exposición de Motivos*, en cuanto concierne exclusivamente a la materia *Ambiental*, el suscrito ha llegado a una conclusión, que se permitirá exponer en la presente publicación.

Se trata de sendas preguntas de apreciable interés tanto jurídico como de otra naturaleza, que atañen tanto al individuo como a las personas jurídicas, básicamente las empresas pero no limitado a ello, pues existe el caso por ejemplo de las fundaciones. Estos, ciertamente, ante asuntos novedosos, por lo menos en nuestro medio jurídico.

Nuestra respuesta es, pues, afirmativa.

Una opinión contraria simplemente *pasaría por alto*, sin asignarles valor jurídico alguno, aspectos que han sido objeto tanto de la *Exposición de Motivos* -principalmente, que es el texto respecto al cual, por su extensión, se presentarían las mayores y más frecuentes dudas del intérprete-, como de un *Preámbulo*, que a nuestro entender sí son *vinculantes*, en este caso concreto; esto es, crean Derecho y por ello revisten carácter obligatorio, y han de equipararse al derecho positivo, al derecho escrito, *como si fuese una norma más del propio articulado*. Esta sería nuestra tesis, a ser examinada por el lector.

Un parecer en sentido contrario, en adición a servir de fuente de contradicciones y posibles dudas, de parte del intérprete, significaría pura y simplemente desdeñar o desestimar, en este caso, tanto la redacción como el contenido de la *exposición de motivos* y del *Preámbulo*.

Lo cual podría incluso promover una *Consulta*, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en sus atribuciones previstas en el *artículo 336*.

Téngase presente, que como es lógico y natural y no podría ser de otra manera, que el Tribunal Supremo de Justicia, es *el máximo y último intérprete* de la Constitución y que sus interpretaciones, a través de la Sala Constitucional, “sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes (*obligatorias*) para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República” (*artículo 335* de la Constitución vigente). (Paréntesis nuestros).

Es más, creemos que en el presente caso, dada la trascendencia de la materia, la propia Sala Constitucional podría incluso *motu proprio* proceder a hacer una interpretación jurídica acerca de este fundamental asunto.

Considérese al mismo fin, en adición, que en casos como el descrito, no existe la posibilidad de una *interpretación auténtica* (en materia legislativa, la dimanante del propio autor del texto legal o Reglamentario), toda vez que la Asamblea Nacional Constituyente autora del texto constitucional de 1999, cesó en sus delicadas y complejas funciones. Habría que aguardar el funcionamiento de una futura Asamblea Constituyente.

10. Limitaciones a la libertad derivadas de la protección del ambiente

“Las limitaciones a la *libertad* por razones de protección del *ambiente*”.

Conforme a la razón, nuevamente se hará necesario un ponderado análisis de las situaciones fácticas que pudieran suscitarse en la vida real, en conexión con estas materias, puesto que ninguno de los bienes (dones) de los cuales se trata (*libertad* y *ambiente*), podría considerarse *per se* superior al otro, sino que de existir o producirse conflicto, corresponderá finalmente a los Jueces pronunciarse en cada situación particular.

Reiteramos así la inmensa relevancia de la función judicial que entre nosotros, en cualquiera de las Repúblicas, debería aumentar en forma apreciable.

Slogans (esloganes) tales como -permítasenos la terminología pero su meridiana claridad entre los más jóvenes, se impone a los fines ilustrativos-, *libertad mata ambiente* o *ambiente mata libertad*, como fórmulas generales de proceder, podrían resultar improcedentes. Ninguna de ellas es cierta.

Este último sería el tipo de posible *razonamiento* futuro que estamos tratando de precaver. Las *modas*, los momentos por los cuales atraviesan las sociedades, los *estilos*, pueden dar lugar a posibles interpretaciones como las indicadas a título de ejemplo. Nada más alejado de una interpretación jurídica o de un *Estado de Derecho*, donde siempre ha de prevalecer por lo menos la juridicidad y, por vía de consecuencia, no tendría cabida una interpretación *legal* de tan especiales connotaciones. Los Abogados todos, incluyendo a los Jueces, han de escudriñar (examinar o indagar para averiguar detalles, CLAVE), los asuntos planteados a su sabia consideración.

Se reitera la recomendación y/o sugerencia de analizar cada caso o situación concreta, en forma individual, a base de sus propios méritos, una vez conocidos y discutidos a plenitud, por los representantes de las partes interesadas. Por lo menos así deberían actuar los Abogados.

No debería un Tribunal pronunciarse acerca de la controversia, sin conocer previamente tales méritos, incluso in situ. Así como no debería *gerenciarse por helicóptero*, tampoco podría *decidirse a distancia*, en ambos casos alejados de la realidad. Nuestros gerentes deberían visitar los *galpones* y demás instalaciones de las empresas todas. Los Magistrados deberían en ocasiones abandonar sus Oficinas y trasladarse al lugar de los acontecimientos. Bajar del pedestal. No obstante ser magistrado del Tribunal Supremo de Justicia o del más modesto (pero no menos importante) Tribunal.

11. Bienes del dominio público

El artículo 539 del Código Civil dispone que “Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del *dominio público* o del dominio privado”. Enseguida la normativa civil enuncia los *bienes del dominio público*: “los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra (poblaciones fortificadas) y demás bienes semejantes”. (Paréntesis nuestros).

El artículo 540 *eiusdem* establece que “los bienes del dominio público son de uso público o privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades”. La Constitución de 1961 incluyó los términos *Municipio* y *Municipalidad* y la ahora vigente excluyó al primero y adopta *alcalde* y *alcaldesa* mas no *alcaldía*. Y, finalmente, el artículo 543 *eiusdem* declara que los “bienes del dominio público son inalienables...”, vale decir, que no pueden ser objeto de enajenación ni de traspaso. Visto lo anterior, pasamos a la *exposición de motivos* objeto de análisis que considera *bienes del dominio público*, la categoría de bienes indicada en el punto 2.10.1.

A. Aguas de dominio público

Carácter de bienes del dominio público que se le atribuye a las aguas.

Sugerimos contrastar esta *declaratoria de dominio público* y sus implicaciones jurídicas, por ejemplo; contenida en una *exposición de motivos* y no en alguna disposición

constitucional específica, con las normas de los artículos 539 y 653 del *Código Civil* de 1982, y con el artículo 89 de la *Ley Forestal de Suelos y Aguas*. Salvo mejor opinión, parecería que en materia de aguas, la *exposición de motivos* del nuevo texto constitucional pretende o aspira fijar cabeceras de puente para luego, introducir cambios significativos aun no del todo claros ni definidos respecto de las tradicionales disposiciones del Código Civil que recoge una inveterada tradición legal.

Por ahora, mientras tanto, resultaría que las aguas y sus yacimientos, los recursos hídricos en general, no pueden ser objeto de propiedad particular, lo cual encierra por lo menos una importante modificación legal en nuestro país.

En otras palabras, como podrá observarse, se utilizó la *materia ambiental*, para nacionalizar el régimen de las *aguas*.

Los filósofos del Derecho venezolanos, en algún momento nos expondrán con singular maestría y claridad meridiana, las consecuencias e implicaciones de algunas de estas determinaciones ocurridas entre *gallos y medianoche*.

B. Agricultura sustentable

La agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral.

Expresiones de esta especie, perfectamente intercambiables (vgr. el *desarrollo rural integral* como base estratégica de una *agricultura sustentable*, por ejemplo), no aportan conceptos, ni ideas de interés para desarrollar nuestra economía ni nuestras instituciones, crear fuentes de traba adicionales, ni crear más en el futuro.

Antes bien y muy por el contrario, parecerían constituir suertes de *ritornelos* o, si se prefiere, de *juegos de palabras*. *Plays upon words*. Expresiones todas ellas que nos ponen de manifiesto las inconsistencias de ciertos instrumentos importantes que no deberían ser elaborados a la ligera, en cenáculos políticos, o por personas no profesionalmente capacitadas. Donde ni siquiera las comisiones *técnicas* o *de estilo* pudieron aportar soluciones a los problemas *jurídicos* que habrían de presentarse con posterioridad.

12. Protección del hábitat de los pueblos indígenas

La protección del hábitat de los pueblos indígenas. Hábitat, como se sabe, procede del latín hábitat (habita); “área geográfica con unas condiciones naturales determinadas y en la que vive una especie animal o vegetal”. (CLAVE).

En realidad, el DRAE lo circunscribe a los denominados reinos animal y vegetal. La protección del hábitat de los pueblos indígenas -lo cual nos parece encomiable-, no tenía necesidad alguna de alcanzar excesos como los que se alcanzaron.

Pasemos a desarrollar un *Tercer Aspecto* de nuestra publicación.

III. AUSENCIA DE CONCORDANCIA ENTRE (A) LA “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” Y (B) LOS ARTÍCULOS 127, 128 Y 129. ALGUNOS CASOS EN LOS CUALES SE OBSERVA CARENCIA DE PRECISA CORRESPONDENCIA ENTRE (A) Y (B). ANÁLISIS JURÍDICO. CONSECUENCIAS. CRITERIO DE INTERPRETACIÓN ACERCA DE LA NUEVA PRECEPTIVA CONSTITUCIONAL EN EL ÁREA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

¿Estamos autorizados para concluir que (i) el contenido íntegro de la *Exposición de Motivos*, en lo concerniente a los *derechos ambientales*, como (ii) el *Preámbulo* de la Carta, al igual que (iii) los *artículos 127, 128 y 129*, a cuyas disposiciones aludiremos con posterioridad; pudieran llegar a ser interpretados en el sentido de expresar todos ellos (i+ii+iii), tanto *derechos* como *obligaciones* de los administrados, en materia de los mencionados derechos?

En otras palabras, podríamos llegar a interpretar -legalmente-, que los *derechos* y *obligaciones* no están contenidos, en su integridad, en los citados artículos 127, 128 y 129; sino que por el contrario, (i)+(ii)+(iii) constituyen los *derechos* y *obligaciones* en lo que se relaciona con los *derechos ambientales* a los cuales nos estamos refiriendo en esta publicación.

No sabemos ahora, porque ello excedería nuestro propósito, cuál es el status de *otros derechos constitucionales*.

Dicho de otra forma, exclusión hecha de los *derechos ambientales*, ¿cuál es la situación jurídica de los demás derechos (muy numerosos, por cierto) previstos en la novísima Constitución?

Habría que adelantar un estudio, a objeto de comparar los tres importantes textos, en relación a algún determinado *derecho constitucional*: 1° *Exposición de Motivos*; 2° *Preámbulo*; y 3° *Articulado de la Constitución*.

Este último criterio, bastante sui géneris, i.e. considerar las tres posibles fuentes; procede, a nuestro entender, en apreciable medida, de la forma en que ha sido concebida la *Exposición de Motivos*, en esta ocasión, que contrasta con lo ocurrido en 1961 y en la inmensa mayoría, por no decir totalidad, de nuestros textos legales, cuya exposición - como su denominación lo indica-, en resumen, explica (con menor o mayor detenimiento), las razones que sustentan la inserción de las normas. De ahí la apreciable utilidad de dichas exposiciones de motivos.

En efecto, en Venezuela, generalmente, las *Exposiciones de Motivos*, explican (o tratan de hacerlo), los *fundamentos* (políticos, filosóficos, económicos, jurídicos y cualesquiera otros), de las normas jurídicas contenidas en la respectiva Ley.

1. Objeto de la *Exposición de Motivos* de una Ley

Por ello es que para conocer el significado y alcance de una determinada norma legal, o el *espíritu del legislador*, el intérprete se dirige a la *Exposición de Motivos*. Aquí no ocurre ni sucede así.

En efecto, la *Exposición de Motivos*, en materia ambiental, pudiera ser llegar a ser invocada, por algunas personas, como continente de *obligaciones*, *derechos* y objetivos legales, de carácter adicional, complementario o paralelo, de *rango constitucional*, a los contenidos en forma expresa, en los *artículos 127, 128 y 129 de la Carta*. Nuestros

tribunales podrían ir aprestándose para dar oportuna respuesta a solicitudes de esta naturaleza.

En realidad, como principio general, una verdadera y auténtica *exposición de motivos* en Venezuela, (i) no legisla, (ii) contribuye a hacerlo, en el sentido de plasmar en el texto legal, las disposiciones correspondientes, y lo que suele ser determinante, (iii) facilita la recta interpretación de los textos; que son tres conceptos distintos. Pero ello no es el caso de la exposición de motivos del texto de 1999.

2. Exposición de Motivos clásica o tradicional en Venezuela

En efecto, si se tratase de una *exposición de motivos* a la usanza tradicional, la misma nos explicaría el significado y alcance de los artículos 127, 128 y 129, respectivamente. Nada más.

Y nos hablaría, en adición, acerca del *espíritu del legislador* y de sus propósitos, por ejemplo, y de las causas que le llevaron o condujeron a adoptar una determinada política, sistema, filosofía, en lo que respecta a dichas tres disposiciones legales.

Por tanto, en principio, existiría (o debería existir), la plena correspondencia entre la *exposición de motivos* (el *Preámbulo* también, por supuesto) y el respectivo *articulado*, como si la primera (la *exposición*) fuera la *sustentación* lógica y racional de los últimos (el *articulado*). O dicho de otra forma, el antecedente o precedente (*exposición de motivos*) y su resultado lógico, congruente (*un determinado texto legal* que establece una determinada obligación o un cierto derecho). En resumen, tal sería el *desiderátum*.

Pero, por las razones que abonaremos luego, no creemos que ello haya sido la intención de los textos de 1999, *reimpresos todos, por error del ente emisor*, en el Número Extraordinario 5.433 de la *Gaceta Oficial* del día viernes 24 de marzo del 2000. La reimpresión por (presunto) error de copia no puede dar margen a modificaciones ilegales e improcedentes, por así calificarlas y, mucho menos tratándose de un texto Constitucional. Obviamente, tampoco en el caso de las Leyes orgánicas y las ordinarias. Pero, es evidente que la anomalía se hace más grave en el primer caso al tratarse de la Ley fundamental de una nación que establece sus principios básicos. Aquí tampoco abrigamos duda alguna.

En efecto, a nuestro entender, podríamos interpretar que por la redacción y la terminología empleadas, los *derechos ambientales* se encuentran real y efectivamente *dispersos*, en la Constitución publicada en el año 2000, en tres instrumentos que normalmente son diferentes, en el sentido de que cada uno de ellos posee su propio contenido: *Exposición de Motivos, Preámbulo y Articulado*. No abrigamos dudas razonables al respecto.

3. Análisis de casos concretos o específicos

A. Un primer caso de correspondencia:

Obsérvese, por ejemplo, el penúltimo párrafo de la susodicha *exposición de motivos*, cuyo Capítulo IX del Título III, trata acerca de los *contratos* de la República y los *permisos*, en comparación con el último párrafo del *artículo 129* de la Constitución, atinentemente precisamente, a “los *contratos* que la República celebre con personas naturales o jurídicas, o en los *permisos* que se otorguen, que afecten los recursos naturales”; de donde resulta que, a no dudarlo, se da una *estrecha relación*, como creemos ha de ser,

entre lo que apunta la *exposición de motivos* y lo expresado por la *normativa legal* consecutiva (artículo 129, aparte final).

B. Un segundo caso de correspondencia:

De igual manera, la referencia al hecho de que la anterior Constitución (1961) apenas si “procuraba la protección de los *recursos naturales* como parte de los bienes económicos”, mientras que la publicada en el año 2000, por su parte, “supera, con una visión sistemática o de totalidad”, la que estuvo previamente en vigor.

En este segundo caso, también estamos en presencia de una coincidencia, entre lo anunciado por la *exposición de motivos* y lo que dispone el Constituyente en el encabezamiento del artículo 127, por ejemplo.

C. Otros casos o supuestos

En los demás casos (artículos 128 y 129), no resulta tan simple hallar la concordancia exacta entre los términos de la necesaria ecuación (*exposición de motivos* y *disposición legal*), donde el segundo es, o debería ser, consecuencia directa e inmediata del primero.

Veamos algunos casos que comprueban nuestra última afirmación.

3.3.3.1 El segundo párrafo de la *exposición de motivos*, se refiere expresamente a *los tratados internacionales de carácter ambiental*. Los artículos 127, 128 y 129, no se contraen a los dichos *tratados*, ni aparecen nombrados, directa ni indirectamente. ¿Es necesario que lo hiciera? Parecería que la respuesta es positiva. ¿Se reduce o desaparece, el elemento vinculante derivado de los tratados, ya suscritos o por celebrarse? La respuesta es negativa.

3.3.3.2 El tercer párrafo de la *exposición de motivos* alude al “eficaz desarrollo de la *seguridad ambiental en las fábricas y complejos industriales*”, en tanto que los mencionados tres artículos no contienen la menor referencia a las *fábricas y complejos industriales*.

3.3.3.3. El último párrafo de la *exposición de motivos* alude a diversos particulares de notable interés general: (i) *educación ambiental*, (ii) *libertad económica* y sus limitaciones, (iii) *declaración bienes de dominio público* a las *aguas*, habla acerca de la (iv) *agricultura* y la (v) *protección del hábitat de los pueblos indígenas*. Declaratoria de cuyo exacto significado jurídico posiblemente no todas las personas estén conscientes, así como tampoco de sus posibles implicaciones futuras en materia jurídica, económica y de otra especie.

Ninguna de las tres normas incluidas en el texto constitucional, citan ni sugieren ninguna de las cinco materias mencionadas en los cinco literales anteriores.

4. Problema de interpretación grave

Estamos ante un problema grave, a ser resuelto por los señores Jueces y Magistrados, quienes muy seguramente llegarán a conocer, en estrados, de las antinomias y/o contradicciones previamente anotadas. Y, por supuesto, del valor, de la *Exposición de Motivos*, del *Preámbulo* y de los artículos 127, 128 y 129, interpretados como un todo, como creemos corresponde, en lo jurídico, es decir, como fuentes de obligaciones.

De donde aparece que, jurídicamente, estaríamos en presencia, de una superposición de principios, normas y disposiciones paralelas: (i) *Exposición de Motivos*, (ii) *Preám-*

bulo y (iii) *Articulado propiamente dicho*, cuyas normas y disposiciones y principios, en materia de derechos ambientales, poseen efecto vinculante u obligatorio.

5. Consecuencias de una interpretación en sentido contrario a la previamente expuesta

Un parecer contrario al antes expresado nos llevaría a concluir que prevalece el texto del articulado (artículo 127, 128 y 129) y que tanto el *Preámbulo* como la *Exposición de Motivos*, tratan de explicar el contenido de las citadas tres disposiciones y que en ausencia de congruencia y/o posible *contradicción* o *silencio* de las dos primeras (i e ii) con el *articulado*, habrá de prevalecer la tercera (iii), que fue donde real y efectivamente, el Constituyente *legisló*. Y el intérprete ha de atenerse a la realidad.

Este último criterio (iii), *inter alia*, conduciría a rechazar valor jurídico alguno -salvo en los casos de la triple (i+ii+iii) o doble congruencia (ii+iii)-, a todo cuanto estuviese fuera de (i) y (ii), para respetar como únicas, verdaderas y auténticas normas reguladoras de los “derechos ambientales”, las disposiciones contenidas en (iii), con carácter de exclusividad.

Tesis esta última que, entre otras consecuencias jurídicas, podría conducir al absurdo de que los extremos precedentes (i y ii), carecerían de efecto o validez jurídica, tesis de la cual nos permitimos disentir. En otras palabras, que en ausencia de correspondencia con (iii), (i) y/o (ii) adolecerían de efectos jurídicos vinculantes u obligatorios, tanto para el Estado, como para los particulares.

Lo que sí sería dable concluir es que en caso de contradicción entre (i) y (iii), o entre (ii) y (iii), respectivamente, habría de prevalecer (iii), a todos los efectos legales.

Hasta donde tenemos conocimiento, no ocurrió antes en nuestro país, ningún otro caso como el presente donde, aparentemente, valen como normas de contenido legal, con efecto vinculante a los efectos de las relaciones entre el Estado y los particulares; tanto el contenido de (A) la Exposición de Motivos como (B) el texto de los artículos 127, 128 y 129 de la Nueva Constitución, en la medida claro está que no exista contradicción entre el extremo (A) y el extremo (B).

Si existe contradicción entre (A) y (B), creemos que prevalecería (B), esto es, el articulado, que sería la consagración expresa que efectivamente hizo el Constituyente.

Nos corresponde desarrollar un Cuarto Aspecto de nuestro estudio.

IV. OTROS ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE POSIBLE INTERÉS GENERAL

1. Constituciones de 1961 y de 1999

Contrariamente al texto Constitucional de 1961, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 dispuso, de manera especial, un capítulo, exclusivamente destinado a la consagración de normas en materia de *derechos ambientales*.

En efecto, el Capítulo IX del Título III de la Carta de reciente promulgación en Venezuela, está constituido (en forma exclusiva), por tres artículos (127, 128 y 129, respectivamente), reguladores de *los derechos ambientales*, sin perjuicio de la tesis interpretativa antes expuesta, en el sentido de que en Venezuela, los *derechos ambientales* están

contenidos en (i)+(ii)+(iii). O en el peor de los casos, en la Exposición de Motivos y/o el articulado.

El extenso Título III (artículos 19 al 129), como es igualmente sabido, se contrae a *los derechos humanos, y garantías y de los deberes*, inserción que nos revela la importancia y trascendencia que el Constituyente de 1999, le asignó a los referidos *derechos ambientales*, sin que lo anterior pudiera conducirnos a interpretar, que algunos *derechos y garantías* posean naturaleza, jerarquía o rango *superior*, a los demás derechos y garantías cuya sumatoria total representa el *universo de derechos y garantías* constitucionales reconocidos y regulados por el Texto constitucional. Cfr. *Declaración de Derechos de Virginia (1776)*, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)* y la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)*.

A. Pacto de San José de Costa Rica

Puede consultarse también la denominada *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y su correspondiente Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *Pacto de San José de Costa Rica (Gaceta Oficial N° 31.256 del 14 de junio de 1977)*.

Llama la atención que una Convención de esta naturaleza, de más o menos reciente factura, no aluda a los *derechos ambientales*, si bien su *Preámbulo* reafirme el propósito de los Estados Americanos signatarios de la Convención, entre los cuales estuvo Venezuela, “de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, *un régimen de libertad personal y de justicia social*, fundado en el respeto de los *derechos esenciales del hombre*”, pudiera arguirse que ciertamente la Convención *versó principal y únicamente sobre la libertad personal y la justicia social* conceptos que no atañen directamente a los *derechos ambientales*.

B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Lo propio pudiera decirse acerca del denominado *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Gaceta Oficial N° 2.146 Extraordinario del 28 de enero de 1978, del cual es signataria la República de Venezuela)*, “aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por la República de Venezuela el 24 de junio de 1969, si bien es cierto reconocer que su artículo 1 (Parte I), reconoce el derecho de todos los pueblos, *para el logro de sus fines*, de “disponer libremente de sus *riquezas y recursos naturales*” oportunidad donde hubiera podido aludirse aun incidentalmente a los *derechos ambientales*, para así subsanar la posible omisión. Lo resaltante ahora es poner de relieve que tanto la *Convención (1977)* como el *Pacto (1978)*, son posteriores a nuestra Constitución de 1961.

C. Constitución de la República de Venezuela de 1961

La referida Carta de 1961, elaborada hace cuatro décadas, cuando como sabemos y hemos tenido oportunidad de ratificarlo a la luz del citado texto de 1948, la *cuestión ambiental* -cuya problemática, a no dudarlo, ciertamente existía en la realidad-, no tenía la trascendencia ni el significado que luego llegó a poseer, como ocurrió por ejemplo en la década de los años setenta; que en el transitar de todos los países, independientemente-

te de su grado de desarrollo, sí representan un período ciertamente apreciable de varias generaciones, por los cambios y modificaciones que pueden llegar a suscitarse en la cultura de los pueblos y en sus concepciones jurídicas, todo ello de acuerdo con su específico nivel de desarrollo; no incluyó el tema de los *derechos ambientales*, si bien es cierto reconocer que conforme a su sabio artículo 50 cuyo equivalente en la hoy vigente, está representado por el artículo 22:

La *enunciación* de los *derechos y garantías* contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo *inherentes* a la persona humana, no figuren expresamente en ella. El adjetivo *inherente* significa, como es igualmente sabido, “propio o característico de algo o que está unido a ello de manera que no se puede separar” (CLAVE).

No abrigamos duda que nos impida considerar, desde un punto de vista técnico-jurídico, que los *derechos ambientales*, cumplen el mencionado requisito de la *inherencia* y así hubiera podido perfectamente bien llegar a reconocerlo algún Tribunal de la República, no obstante no haber sido nombrados tales derechos, en forma expresa, por el texto de 1961.

Ofrece interés jurídico discurrir cuál podría haber sido el criterio de algún Juez venezolano si, durante la prolongada vigencia del texto de 1961, no hubiera existido su artículo 50 (equivalente al 22 de la actual Constitución); si alguna persona (natural o jurídica) hubiera invocado algún derecho o garantía específica *no* expresamente consagrada por la Constitución de 1961.

Dicho de otra forma: En ausencia de norma expresa y del artículo 22 de la actual Constitución (o su equivalente representado por el artículo 50 de la de 1961), ¿Cuál hubiera podido ser la respuesta de algún magistrado venezolano si algún administrado hubiera invocado un derecho y/o garantía no expresamente reconocido por las Cartas Magnas en referencia? En presencia de un verdadero y auténtico derecho, reconocido a nivel internacional, mas no en nuestro país, la solución ha debido ser positiva. Pero, el tema excede de los límites del presente análisis.

D. Sujetos activos de los derechos y garantías constitucionales. Breve referencia incidental

Por cierto, en nuestro país ha existido el criterio de que los *derechos y garantías constitucionales* son mayoritariamente “propios” de las *personas físicas o naturales* mas no de las *personas jurídicas*, ni de las *fundaciones, corporaciones* ni de las *empresas*.

El tratamiento de este último tema, como se comprenderá fácilmente, excede nuestro propósito actual, pero, creemos que una interpretación no necesariamente caracterizada por su laxitud, hubiera podido pronunciarse en forma positiva respecto de algún derecho *inherente* a la persona humana, no expresamente incluido por el texto de 1961, previa comprobación en autos del requisito ineludible de la *inherencia*. Y por supuesto que muchos derechos y garantías de la especie mencionada, son perfectamente reconocibles en cabeza de las *personas jurídicas*. Desafortunadamente, hasta ahora no hemos tenido conocimiento de decisiones de nuestros Tribunales que hubieran extendido a las personas jurídicas, caso concreto de las empresas; derechos reconocidos y tradicionalmente considerados como objeto de detentación exclusivamente por las personas jurídicas. Una empresa seria, una fundación honorable, una asociación civil, perfectamente pueden llegar a ser considerados como titulares de los derechos o garantías constitucionales, exactamente igual que una persona física o natural, pues no hemos encontrado razones jurídicas que pudieran excluir a las empresas, las fundaciones o las asociacio-

nes civiles, ni al Estado, los Estados ni los Municipios tampoco, por ejemplo. Para algunas materias, nos retrotraemos a Roma, pero, para otras, nos acogemos con entera facilidad a los sistemas legales más flexibles del mundo, sin ningún miramiento.

E. Algunas empresas y fundaciones

No podemos pasar por alto que algunas *empresas* y ciertas *fundaciones* incluso algunas patrocinadas y/o promovidas por el propio Estado, por ejemplo, principalmente a partir del Decreto Ley N° 401 del 14 de diciembre de 1984, asidero jurídico de las *fundaciones* creadas o instituidas por algunos entes públicos estatales; que numéricamente han sido las menos, en nuestro país; han motivado, en parte, reacciones adversas, por el desenvolvimiento de algunas de las empresas y/o fundaciones.

Hemos sugerido a los sectores empresariales sanos, y lo cual comprende empresas de la más diversa categoría y volúmenes de ventas; sostener *campañas permanentes de divulgación*, no necesariamente apabullantes ni costosas, acerca de la loable o magnífica función cumplida por el sector empresarial venezolano, grande, mediano o pequeño, en la generalidad de los casos incluyéndose el meritorio caso de la mayoría de las *fundaciones privadas*. Hasta ahora, no hemos sido escuchados, por lo menos en la extensión y medida que creemos la situación lo requiere.

F. Reciente decisión de un Tribunal de la República de Francia, uno de los países cuna de la libertad

Próximo a concluir el año 2000, un Tribunal de la República de Francia, llegó a considerar, acertadamente a nuestro juicio, que un *correo electrónico* a través de *Internet*, interpretado como *mensaje electrónico de persona a persona*, representa un *correo*, exactamente igual que cualquier otra *correspondencia privada*, salvaguardada por el derecho al secreto de las comunicaciones de correo. La parte actora denunció *violación del secreto de la correspondencia*. Contra la anterior tesis, que compartimos a distancia, que finalmente protege al individuo, a la persona humana y a sus derechos, y los de las empresas, se estrelló el siguiente razonamiento de la defensa: una *carta precintada por su autor*, no es lo mismo que un *correo electrónico*. Claro que no lo es, pero, a nuestro modesto entender, lo determinante es, a nuestro juicio, que el *derecho constitucional del individuo* merece igual respeto y consideración en uno u otro caso. Se trata de dos cuestiones diferentes: el derecho en sí y la protección y salvaguarda de las personas (todas), derivada de las leyes, principalmente de la Constitución. Pueden consultarse los *artículos 63 del Texto de 1961*, amplio, claro, preciso y por ello, inobjetable, y el *recordado 48 del novísimo Texto*.

2. Textos legales relacionados con la materia ambiental anteriores al siglo XXI:

Es dable observar que en Venezuela, con anterioridad al año siglo XXI, fueron promulgadas leyes y otras disposiciones, de mayor o menor connotación en materia ambiental y entre ellas destacan, por ejemplo:

1937: Ley de Protección y Vigilancia para Impedir la Contaminación de las Aguas por el Petróleo”;

- 1943: Ley de Hidrocarburos (y sus reformas parciales de 1955 y 1967);
- 1944: Ley de Caza (derogada);
- 1945: Ley de Minas (derogada por la Ley de Minas de 1999);
- 1955: Ley Forestal de Suelos y Aguas (derogada);
- 1956: Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo;
- 1966: Ley Forestal de Suelos y Aguas (derogó la anterior Ley sobre la materia del año 1955);
- 1967: Ley sobre Convenios Especiales Relacionados con la Desulfuración de Hidrocarburos;
- 1968: Resolución N° 960 del anterior Ministerio de Minas e Hidrocarburos relativa a las operaciones de exploración, explotación, manufactura o refinación y transporte de petróleo;
- 1970: Ley de Protección a la Fauna Silvestre (mediante la cual fue derogada la Ley de Caza del año 1944);
- 1971: Decreto N° 832 sobre disposiciones de conservación de los hidrocarburos;
- 1976: Ley Orgánica del Ambiente;
- 1976: Ley Orgánica de la Administración Central (LOAC) (Gaceta Oficial N° 1.932 Extraordinario del 28 de diciembre de 1976, crea o establece el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (MARNR));
- 1976: Decreto N° 1.846 del 26 de octubre de 1976, por el cual el Ejecutivo Nacional acordó exonerar parcialmente, el impuesto sobre la renta de las empresas que efectúen *inversiones destinadas a evitar la contaminación ambiental*;
- 1983: Reglamento sobre Prevención de Incendio;

A. Establecimiento del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (1976)

Según pudo apreciarse de la sucinta relación cronológica precedente, el MARNR fue instituido en el año 1976, el cual tendría por objeto, conforme al artículo 36 de la LO-AC (1976), “la planificación y la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional para el *fomento de la calidad de la vida, del ambiente y de los recursos naturales renovables*; la elaboración y ejecución de los programas de conservación, defensa, mejoramiento, regulación, aprovechamiento y uso de las aguas, de los bosques, de la tierra y de los suelos; el catastro, la conservación, defensa, mejoramiento y regulación de la fauna y de la flora silvestres; los parques nacionales y en particular, las siguientes actividades:” y seguidamente se incluyen 23 numerales atributivos de competencia. Desde la Constitución de 1961, habían transcurrido pues 15 años. Fue entonces cuando se concretó la idea de establecer un nuevo Despacho del Ejecutivo nacional, que tuviese a su cargo las materias anteriormente indicadas.

B. ¿Qué ocurrió antes de 1976?

Lo anterior no pasa por alto, que (1°) con anterioridad a 1976, algunas de las actividades precedentes estuvieron asignadas al viejo Ministerio de Obras Públicas (MOP) y a

otros Despachos del Ejecutivo Nacional, como era el caso específico del Ministerio de Agricultura y Cría (MAC). Se trataba de competencias y atribuciones compartidas; (2°) los *Estados* y los propios *Municipios*, por su parte, tuvieron algunas limitadas atribuciones sobre las mismas materias. Los particulares anteriormente mencionados deberían ser tomados en consideración, a objeto de disponer de alguna información concreta acerca de la situación y los orígenes de esta legislación en los anales jurídicos venezolanos. Se trató, pues, de todo un *proceso* legislativo, cuyos méritos e imperfecciones serán analizados por los filósofos del derecho y otros expertos; y, (3°) que como lo veremos seguidamente, desde la Colonia venezolana, incluso antes de su consolidación en el Siglo XVII, hubo normas relacionadas con algunas de las citadas materias y en definitiva con la protección de los derechos y cumplimiento de las obligaciones ambientales. No todo apareció de la Noche a la Mañana, como algunos imaginan.

C. Brevísima referencia al poco examinado período de nuestra Colonia:

Por su parte, debe observarse, a mayor abundamiento, que las disposiciones legales, en materia minera, por ejemplo, que estuvieron vigentes durante la *época Colonial*, que en nuestro inmensos territorios perduró casi tres siglos; contuvieron numerosas normas en *materia ambiental*, y de *protección de la salud* tanto de las personas dedicadas a la susodicha actividad como de los propios *yacimientos* mineros, todo lo cual resulta admirable por lo menos desde un punto de vista de desarrollo legislativo de parte de la Metrópoli. Una vez más, no sabemos, a ciencia cierta, cómo fue el encomiable comportamiento *desarrollo legislativo versus realidad humana*. Este ha sido uno de los problemas tradicionales de nuestro medio, prácticamente desde siempre y aun en la actualidad.

D. Desarrollo legislativo versus realidad. Intento de aproximación a un juicio crítico

En efecto, una cosa es *lo que dicen las leyes* -conforme a la sentida expresión popular-, y otra lo que ocurre y sucede en nuestra dura realidad. Las disposiciones atinentes al ambiente, no parecen haber sido la excepción. Ello es desafortunado. No fue ni ha sido un problema técnico-legal. Parece haber sido de otra especie o naturaleza. *¿Gereñcial? ¿Humano?* En estas dos últimas expresiones podría estar buena parte de la respuesta.

En cuanto a *legislación* concierne, incluyendo la *ambiental*, la venezolana compara favorablemente con cualquier otro país. Siempre, desde la remota Colonia, sin solución de continuidad, hemos dispuesto de un *arsenal de disposiciones legales y de inferior rango*. En prácticamente todos los órdenes.

Tampoco se trata, pues, en resumen, de que el más reciente Constituyente venezolano hubiera *inventado la rueda* de las primeras etapas de la civilización.

E. Teofrasto

Ecología del término alemán *oekologie* equivalente a “relación del género animal tanto con su ambiente orgánico como con el inorgánico”. Procede del griego *oikos* (casa u

hogar en que se vive). Esta primera acepción la contienen muchos autores. Algunas obras consultadas, en cuanto a etimología, hacen derivar la denominación de la antigua ciencia, de *eco* (medio ambiente) y *logía* (ciencia, estudio). (CLAVE). Sus antecedentes remotos, como ciencia, no están definitivamente precisados. Quizás tuvo su origen con la denominada *historia natural* de los griegos.

Particularmente los autores la relacionan con Teofrasto (¿372? - 287 a. de C.), filósofo griego sucesor de Aristóteles (384 - 322 a. de C.), de quien fuera su discípulo, amigo y colega; como director del Liceo, paseo de Atenas donde el universal estagirita (por haber nacido en Estagira), impartía sus sabias lecciones.

Teofrasto, iniciado en la denominada filosofía natural, en adición a obras de Metafísica, Lógica y Moral, escribió una *Historia de las plantas* (9 libros) y describió la interrelación entre los organismos y entre éstos y su ambiente no común, o sea, aquellos que viven en una forma no habitual.

F. MALTHUS

Thomas Robert Malthus (1766-1834), es el segundo pensador nombrado por los autores, entre los antecedentes históricos de la ciencia que nos ocupa. Fundador, con David Ricardo (1772-1823) y Adam Smith (1723-1790) de la escuela liberal o librecambista; refutó la teoría de Ricardo pero no formuló una propia; observó las contradicciones internas del sistema capitalista y el carácter inevitable de la sobreproducción y de las crisis periódicas y formuló las leyes que ostentan su nombre. Autor del “Ensayo sobre el Principio de la Población” (cuya denominación completa en idioma Inglés es “Essay on the Principle of Population, as it effects the Future Improvement of Society with Remarks on the Speculations of Mr. Godwin, M. Condorcet, and other Writers”), publicada en 1798 en forma anónima y que constituye su más famosa e influyente obra; y, obviamente del denominado *malthusianismo* derivado de sus doctrinas y teorías. Pastor protestante y economista de profesión, nacido en Sussex, detentó la primera cátedra de la asignatura *Economía Política*, en el Reino Unido, donde también fue profesor de historia. Partidario acérrimo de la denominada *selección natural* de la especie humana: “Un hombre que nace en un mundo ya ocupado, si su familia no le puede alimentar o si la sociedad no puede utilizar su trabajo, no tiene el menor derecho a reclamar una porción de cualquier alimento”, por ello, estaría *demás*. Por tanto, en general ha de tenderse necesariamente a la auto-regulación de la población y, en consecuencia, las *bocas inútiles* (sic) deberían ser eliminadas.

Exclusivamente, un estricto control moral (que reemplace las hambrunas, las guerras y las pestes), mediante la abstinencia sexual para el control de la natalidad, mientras el individuo no dispusiese de suficientes medios para el debido sostenimiento de su familia, evitándose así una declinación en los estándares de vida, en tiempos posteriores de la humanidad. Las leyes de Malthus (1766-1834), fueron dos: 1ª. La población cuando no está detenida por ningún obstáculo crece en progresión *geométrica* ($2 \times 2 = 4 \times 2 = 8 \times 2 = 16 \times 2 = 32$), mientras que (2ª ley), la producción de alimentos, en las mejores circunstancias, lo hace en progresión *aritmética* (2/4/6/8/16/32...). Las consecuencias fueron la espantosa miseria de Irlanda, China, la India, y principalmente Bengala, donde en un siglo la población aumentó de 10 a 70 millones.

En lo que concierne a la Gran Bretaña, los sucesos del siglo XIX, demostraron que Malthus estaba equivocado, toda vez que entre 1800 y 1900, la población del Reino Unido aumentó ocho veces, en forma simultánea con un enorme crecimiento de los

mencionados estándares, no obstante que la producción de alimentos declinó. Esto se logró a través del descubrimiento o accesibilidad a nuevas tierras (USA, Australia) y el tremendo desarrollo industrial de la Gran Bretaña. El problema de la población mundial en la segunda mitad del siglo XX aparentemente justificó, en alguna medida, los temores de Malthus, aunque él exageró la diferencia entre la tasa de expansión o de crecimiento de la población y los medios de subsistencia.

En resumen, pues, los estudios del famoso economista británico, relacionaron entre sí la *demografía humana* (“estudio estadístico de la población humana según su composición, estado y distribución en un determinado momento o según su evolución histórica”, según la definición aportada por CLAVE) y la *producción de alimentos*. Malthus tuvo algunos seguidores: Hegewich, quien tradujo el famoso ensayo al idioma alemán y José de Maistre, escritor y filósofo francés (1753-1821), en cuyas obras condenó a la Revolución francesa.

G. HUMBOLDT

El célebre naturalista e incansable viajero alemán Carlos Guillermo Humboldt (1767-1835), fundador de la moderna geografía física, sigue el orden cronológico empleado por los autores. El Barón de Humboldt, entre sus múltiples actividades, incluyendo el viaje a las regiones tropicales americanas (1799-1804), algunas realizadas en nuestros territorios, en compañía de Bonpland, descubrió las relaciones entre la temperatura y las diversas formas de vida vegetales. Al regreso de ambos a Europa, publicaron el *Viaje a las Regiones Equinocciales del Nuevo Continente*, en 30 volúmenes que aparecieron entre 1805 y 1832.

H. VON LIEBIG

El barón Justus Von Liebig (1803-1873), famoso químico alemán, por su parte estudió la producción agrícola, donde encontró algunos factores limitantes.

I. DARWING

Carlos Roberto Darwin (1809 - 1882), el naturalista y fisiólogo inglés, en su obra “Del origen de las especies por medio de la selección natural” (1859), en la cual fundó la denominada *teoría de la evolución*, destacó la importancia de las relaciones establecidas en una misma especie y las que se generan entre diferentes entidades taxonómicas, al igual que trató acerca de la adaptación de los organismos a su ambiente. El darwinismo, en cierto sentido, complementó los principios de Malthus.

El zoólogo alemán Ernst Haeckel (1834-1919), apuntado por las teorías de Darwin, propuso (1869) la fundación de una disciplina biológica independiente, con el específico objeto de estudiar las relaciones entre los animales y su ambiente tanto orgánico como inorgánico. Haeckel la denominó *Ecología*. El individuo es producto de la cooperación entre el ambiente y la herencia biológica. Durante los primeros años del Siglo XX se estudió separadamente la ecología de los vegetales (ecología vegetal) y la de los animales (ecología animal).

El suizo Forel (1892), el danés Warming (1896), y los norteamericanos Birge, Cowles y Clements, durante los años 1891-1905, colocaron a la ecología sobre un basamento teórico moderno.

Charles Elton publicó (1927) *Animal Ecology (Ecología Animal)*, donde trató acerca de los *nichos ecológicos*, la *pirámide ecológica* o de los números y la *biomasa de un ecosistema*. Forma parte de la teoría de la pirámide ecológica, por ejemplo, la tesis de que los pequeños animales se reproducen a un mayor potencial que los mayores en tamaño.

El siguiente resumen nos muestra algunos importantes desarrollos posteriores:

-Birge (E) y Juday estudiaron (1930) las posibilidades energéticas de los lagos y desarrollaron la idea de la producción primaria, por ejemplo, el ritmo al que se genera la energía de los alimentos.

-Alfred R. Lotka y el matemático italiano Vito Volterra (1860 - 1940) Desarrollo de ecuaciones matemáticas para estudiar el crecimiento de las poblaciones.

-Tansley (Arthur C.) aporta la definición de *ecosistema* (1935)

-Lindeman (R.L.) detalló el flujo de la energía (1942) a través del ecosistema. Desde un punto de vista matemático, examinó los efectos de la pirámide sobre los alimentos. Comienza entonces la ecología moderna.,

-Década de los años cincuenta: Publicación de los primeros manuales de *ecología general*, donde se unifican la ecología animal y la vegetal.

-Desarrollo del marcaje de sustancias mediante *isótopos radiactivos* que permiten seguir, paso a paso, el transporte y transformación en el *ecosistema*, o el empleo de computadoras para el estudio del mismo.

Si fue durante los años cincuenta, hace medio siglo, que fueron publicados los *primeros manuales de ecología general*, no ha de sorprendernos, pues, por lo menos a nuestro modesto entender, que la Constitución de 1961, hubiera limitado sus disposiciones en esta materia, a la contenida en el *artículo 106*, donde se preveía acertadamente, que los *recursos naturales de su territorio*, aparentemente suficientes, debían ser objeto de la *defensa y conservación* de parte del Estado venezolano y que su explotación estaría “dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos”. No podía haberse ido *más allá. O más acá*. Como se prefiera. Cuarenta años después, la Constitución de 1999, incluyó las disposiciones contenidas en los artículos 127, 128 y 129, a los cuales hemos de referirnos de inmediato (4.3.), (4.3.1.).

3. No existe orden de prelación a priori entre los diversos derechos y garantías constitucionales previstos en nuestras Constituciones:

A. Ubicación de los *derechos ambientales* en el Texto Constitucional de 1999

Si se examina el contenido del Título III (“De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes”), puede observarse, entre otros particulares, que los *derechos ambientales*, aparecen insertos en el último lugar de dicho Título; i.e., después de la consagración de los otros derechos que le preceden en la enunciación: *nacionalidad y ciudadanía; derechos civiles; derechos políticos; derechos sociales* y de las *familias; derechos cul-*

turales y educativos; derechos económicos; derechos de los pueblos indígenas; derechos ambientales; seguidos estos últimos por el Capítulo X: De los deberes.

B. ¿Alguna razón para haber ubicado a los *derechos ambientales* en el sitio en que lo fueron dentro del Texto Constitucional?

Desde este ángulo, los *derechos ambientales* fueron colocados al final del Título III; lo cual mueve al intérprete a preguntarse, si tal ubicación (o la de cualquier otro derecho constitucional), ha de reflejar algún propósito o significado jurídico en particular, de carácter especial, si bien es cierto que no nos parece admisible asignarle *orden de prioridad (jerarquía, peso específico)* alguno superior, en principio (a priori), a ningún *derecho* en relación con los demás.

No se trata de *cuestión de opiniones* (todas igualmente valiosas), sino de *análisis jurídicos*, que es cosa bastante distinta.

En efecto, el Constituyente podrá, veámos con anterioridad, clasificar los derechos: *derechos y garantías, derechos intangibles*, pero, a nuestro juicio, no podrá su intérprete (*salvo el judicial*, mediante pronunciamiento expreso), seleccionar alguno de ellos para considerarlos *-a priori-*, superiores a los de otra especie ni entre los de su misma naturaleza, apriorísticamente. Como se comprenderá hemos excluido el término *categoría*, como posibles sinónimos de *especie y/o naturaleza*; por significar, en su primera acepción, “cada una de las *jerarquías* establecidas en una actividad” (CLAVE).

Dicho de otra forma, el *derecho de tránsito* (artículo 50), individualmente examinado, no es superior ni de mayor grado ni entidad, que el *derecho de reunión* (artículo 53), ni siquiera porque en forma correlativa a uno le hubiera correspondido el numeral 50 y al otro el 53. La inversa tampoco es cierta. Ello incumbe en forma exclusiva, se reitera, a los Jueces, en caso de contradicción entre uno y otro derecho.

(a) *Los Jueces vistos como solucionadores finales de los conflictos*

Los Jueces, *ex officio*, son los *solucionadores* (componedores son los árbitros), finales de las querellas o conflictos que ordinaria y regularmente, ocurren y se presentan entre los Estados, entre los ciudadanos, entre los vecinos colindantes o no, entre los cónyuges, entre los navegadores de Internet y los proveedores de bienes y/o servicios, o el Fisco y los contribuyentes, por cualquier impuesto. Y, obviamente, entre los Estados, los ciudadanos (término que, a estos efectos, incluye a las empresas) y el universo de titulares de derechos ambientales.

Esta función de los Jueces es connatural a sus actividades de gran responsabilidad. No todos los venezolanos estamos al tanto de lo que hemos indicado. Ello es desafortunado.

Por tanto, no son las *encuestas*, ni las *simpatías del público*, ni la opinión del diario vespertino ni los que aparecen a otras horas, ni los canales de televisión, ni las estaciones de radio, ni el criterio de los vecinos y sus útiles asociaciones. Es el *criterio legal*. Lo otro, importante también, puede formar parte de la *opinión pública* o contribuir a su formación. Pero, por generalizada que sea o pudiera ser la *opinión pública*, su concepto no ha de coincidir necesariamente con la *opinión jurídica*. Recuérdese el reciente asunto de Elián Gonzalez, el *balsarito cubano*”

Este aspecto de la función de los Jueces, es interesante, y por tanto, insistimos en el tema. *Dilucidar conflictos* como los indicados a título de diarios ejemplos, *corresponde finalmente a los Jueces*. Exactamente igual que una controversia entre los propietarios de dos fundos colindantes o no. O entre el aceptante y el beneficiario de una letra de cambio o giro, como se le denomina corrientemente entre nosotros. Una disputa legal entre el SENIAT y un contribuyente. O un Municipio y un comerciante. Los asuntos de familia o de menores. La creciente violencia en las relaciones conyugales. O una operación de compraventa a través de Internet. Ello, en pocas palabras, es lo que se denomina *cultura jurídica*.

C. Ranking o graduación de algunos determinados derechos constitucionales

El *ranking* (lista, o mejor, graduación, jerarquía) de los *derechos económicos*, para citar un segundo caso, tampoco luce precisamente *preferencial*, pero, creemos que salvo el posible orden alfabético, que no se utilizó en esta ocasión, los *derechos y garantías*, todos, sin excepción, en principio, *comparan todos favorablemente entre sí*. Vale decir, los *derechos con los derechos y las garantías con las garantías*, en cuanto a entidad y significación se refiere. Y, en consecuencia, a la necesidad del debido y oportuno respeto judicial. Salvo claro está que el Constituyente se refirió a los *derechos* y a las *garantías* y a estas últimas les colocó algunos privilegios en relación con los primeros. En efecto, las garantías del (i) *derecho de vida*, a (ii) *no permanecer incomunicado y a no ser torturado*, al (iii) *debido proceso*, al *derecho de* (iv) *estar informado* y los (v) *demás derechos humanos intangibles*, no podrán ser suspendidos ni aun temporalmente, porque así lo prescribe el *artículo 337 del Texto Fundamental* de 1999. Lo que pensamos le incumbe a los Jueces -en caso de colisión entre unas y otras, por ejemplo-, es determinar, en situaciones concretas, cuál de ellos prevalece ante los demás.

D. Diferencias y colisiones entre los derechos constitucionales

En efecto, este último tema posee trascendencia, tanto jurídica como esencialmente humana, por cuanto es perfectamente factible, en la vida ciudadana y/o corporativa, *que por lo menos una pluralidad de derechos o garantías* llegaren a estar en evidente conflicto entre sí. Colisión que, se insiste, tendrán que resolver en definitiva los señores Jueces.

En realidad, los derechos pueden llegar a diferir, también, en cuanto a su peso específico. De hecho, *unos son más antiguos que otros*, por ejemplo. Pero la antigüedad por sí sola, creemos que no sería motivo suficiente por sí sólo, para ubicar a alguno de ellos en lugar preferente respecto de los restantes. Véase igualmente el artículo II de la “Declaración de Derechos de Virginia” (1776) que consagra algunos derechos a los cuales califica de *derechos propios*: “el goce de la *vida* y de la *libertad*, con los medios de adquirir y poseer la *propiedad* y de perseguir y obtener la *felicidad* y *seguridad*” y de los cuales “al entrar en sociedad, no pueden ser privados, ni despojada su posteridad por ningún pacto”.

4. Declaración de Derechos de Virginia (1776)

Más de dos siglos después de haber sido elaborada la cláusula de 1776, luce interesante la referencia a los conceptos *vida* (goce y calidad de la misma, bastante deteriorada entre nosotros), *libertad* (disfrute), *propiedad* (de los más antiguos y caros pero no menos amenazados), *felicidad* y *seguridad*, auténticas entelequias en la Venezuela de hoy, contrariamente o lo que sucede u ocurre en otros países.

Pasemos a continuación a un Quinto Tema.

V. ARTÍCULOS 127, 128 Y 129 DE LA CONSTITUCIÓN:

1. Contenido básico de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de 1999

Si, se tratase de sintetizar el contenido básico de las tres normas constitucionales (artículos 127, 128 y 129 de la Constitución), podríamos exponer a título de ensayo, que la primera (127), parece referirse, en resumen, al *derecho-deber*, de cada generación, de *proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro*. La segunda (128), incide fundamentalmente, sobre la obligación del Estado venezolano, de *desarrollar una política de ordenación del territorio*. La tercera (129), por su parte, alude a las *actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas*, imponiéndose la obligación de todos, esto es, del Estado y de todos los particulares, de acompañarlas del correspondiente “estudio de impacto ambiental y sociocultural”. Si quisiésemos resumir aun más, el resultado del ejercicio sería el siguiente: 1º *Proteger y mantener el ambiente*; 2º *Política de ordenación del territorio*; y, 3º *Obligatoriedad*, cuando se pueda generar daños a los ecosistemas, acompañar del *estudio de impacto ambiental y sociocultural*. Ecosistema, “sistema biológico formado por una comunidad de seres vivos y el medio ambiente en el que se desarrollan” (CLAVE).

2. Vigencia de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución:

Cualquiera de estas tres normas, no sólo está vigente en la actualidad, obviamente, sino que su cumplimiento podrá serle exigido a cualesquiera personas (físicas o naturales, jurídicas, empresas, u otras). Nos explicamos a continuación.

El artículo 128, por su parte, prevé que una “Ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento”.

Preguntamos: ¿Significa lo anterior que, por ejemplo, hasta tanto no fuera promulgada la mencionada *ley orgánica*, el resto del contenido del artículo 128 “no está en vigencia”, razón por la cual los particulares se encuentran en libertad plena de hacer cuanto plugieren en materia de “ordenación del territorio”. La respuesta es definitivamente negativa. En adición, existen otros textos legales vigentes, atinentes a la materia.

3. Breve referencia a LOCYMAT

Este último particular nos hace recordar la tesis sostenida por algunos abogados, en el sentido de que la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOCYMAT) de 1988, “no habría estado vigente, por cuanto la misma no había sido reglamentada”.

La obligatoriedad de las Leyes no deviene de su subsiguiente reglamentación, sino de su publicación, según lo dispone el conocido artículo 1º del Código Civil: “La Ley es obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, o desde la fecha que ella misma indique”.

Considérese, por ejemplo, que desde el año 1986, ha estado vigente la *Ley Orgánica de Ordenación del Territorio*, cuyas disposiciones son y serán de obligatoria observancia, independientemente de la temática reglamentaria.

4. Vigencia de la Exposición de Motivos de la Constitución y de su Preámbulo

Ha sido una de las tesis expuestas con anterioridad, que el tema de los “derechos ambientales” y ahora lo reiteramos en breve resumen, está contenido actualmente, en la Exposición de Motivos, el Preámbulo y en el texto de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución.

5. ¿Quid si no se promulgase en un futuro la nombrada Ley Orgánica de Ordenación del Territorio?

El primer párrafo del artículo 128, es y será de obligatorio cumplimiento, tanto por las Autoridades en general, como por los particulares. Por lo menos, tal es nuestra opinión. En efecto, no podría concebirse dispositivos constitucionales cuya eficacia final y su coercibilidad dependan, en situaciones como la descrita, de que efectivamente sea dictada la ley orgánica que desarrolle “los principios y criterios para este ordenamiento”. ¿Y si nunca se la dictase?

Este último planteamiento nos revela que, por ejemplo, el Poder Legislativo Nacional, no es ni será el llamado a decidir cuáles son los mandatos de la Constitución que habrán o no de cumplirse, en la realidad jurídica venezolana. Es y será la propia Constitución. Tampoco el Ejecutivo Nacional.

Finalmente, hemos de pasar a resumir algunas de las conclusiones más importantes.

VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El breve recorrido anterior, nos permite someter a la consideración y subsiguiente análisis, las siguientes conclusiones que hemos calificado de preliminares, por lo reciente del Texto.

1. Derechos Humanos y Garantías: Responsabilidades del Poder Público Nacional. Relevancia del Poder Judicial

La efectiva vigencia de las normas sobre los *Derechos Humanos y Garantías*, como les denomina el Capítulo IX del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dependerá, en buena y apreciable medida del proceder de todos los funcionarios y empleados del Poder Público Nacional, en cualesquiera de sus cinco ramas: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral; pero, en nuestro modesto parecer, fundamentalmente del Poder Judicial, en el cual sí creemos, aunque en oportunidades ello no sea precisamente fácil.

En efecto, son los Jueces venezolanos, independientemente de su especialidad o jerarquía, quienes en definitiva harán o no efectivos, los *Derechos Humanos y Garantías* al reconocérselos tanto a las personas físicas o naturales como a las personas jurídicas, amparándolas a todas, puesto que no existe ninguna antinomia que propicie diferencias entre unas y otras, salvo en los casos donde los tales derechos y garantías no fuesen aplicables a algunas de ellas, en virtud de consideraciones jurídicas.

De no contarse con el rápido y efectivo respaldo judicial, la novísima Constitución podría devenir en *letra muerta* que no se observa ni cumple, o en disposiciones de dudosa vigencia en materias fundamentales, i.e., los derechos y garantías que hemos examinado.

2. Control difuso de la Constitución

Nuestros Jueces todos deberían convertirse en un próximo futuro, en expertos, por ejemplo, en el denominado “control difuso de la Constitución”, conforme a la preceptiva del artículo 20 del CPC, cuyo breve texto no empecé a su manifiesta claridad, precisión e ineludible mandato, que por lo demás, nada de extraordinario revela:

Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán esta con preferencia.

Texto legal, cuyo especial significado resalta incluso de haber sido el mismo (idéntica redacción), previsto en el artículo 7º del CPC cuya vigencia se inició el 19 de diciembre de 1916. Dispositivo procesal, por cierto, cuyo uso en exceso, conllevaría a la práctica de (a) un “constitucionalismo” exacerbado, resultante de observar deficiencias y/o contradicciones por doquier o, por el contrario, (b) de un desconocimiento de la preceptiva constitucional, igualmente indeseable, por constituir el otro extremo de las posiciones antagónicas de 180º, a precaver por siempre, en obsequio del Derecho, la justicia, la equidad, y de la seguridad jurídica.

Es aquí donde precisamente se requiere del funcionario judicial equilibrado que se abstendrá tanto de audacias y temeridades, como de actitudes timoratas e irresolutas para lo cual no es extraño que se tomen dos o tres años después de haberse dicho “Vistos”.

Algunos de nuestros Jueces se muestran poco inclinados a la práctica del “control difuso”. ¿Qué podría explicar tal actitud? ¿Qué ocurre?

Una vez, más el mesurado equilibrio (del latín *aequilibrium*, y éste último de *aequus* (igual) y *libra* (balanza)), parecería materializar el ineludible Norte del funcionario judicial universal de hoy y de siempre. *Sindéresis*, i.e., “discreción, buen juicio o capacidad natural para juzgar acertadamente” (CLAVE), con la celeridad que fuese posible.

3. Inmensa responsabilidad de los Jueces venezolanos

La futura interpretación del Capítulo IX (“De los Derechos Ambientales”) del Título III (“De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes), de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no ha de estar exenta de las consideraciones precedentes sobre esta materia, i.e., inmensa responsabilidad de los Jueces venezolanos, sin cuyo función rectora e ineludible concurso, estaríamos una vez más en presencia de la *letra muerta*, una de las más importantes causas por las cuales los venezolanos se muestran particularmente incrédulos y capciosos en la mayoría de las cuestiones judiciales. Independientemente de la cuantía y naturaleza de los asuntos debatidos. Esta incredulidad no ha sido precisamente gratuita. Todo lo contrario. El tratamiento de esta última materia trascendería el objeto del presente estudio.

4. Exposición de (A) Motivos de la Constitución actualmente en vigor, su (B) Preámbulo y (C) los artículos 127, 128 y 129

Podría interpretarse, desde un punto de vista jurídico, que ciertamente existen algunas disparidades, sustanciales, entre (A) la *Exposición de Motivos* de la Constitución del 2000 y (C) el contenido de sus artículos 127, 128 y 129, al no observarse una plena coincidencia, ni la obligatoria correspondencia legal, lógica y natural, entre los particulares (A) y (C). Hemos observado que dicha correspondencia es la piedra fundamental de la inmensa mayoría de nuestras leyes que encuentran su justificación y/o explicación -por lo menos parcial-, en la correspondiente *exposición de motivos*. En el caso específico de la Constitución de 1999, es prácticamente imposible hallar contradicciones entre (A) y (B) por una parte, y (B) y (C), toda vez que la el *Preámbulo* en materia de derechos ambientales es tan importante como limitado, cuasi imposible de infringir o de contradecir. En efecto, el *Preámbulo* limita a requerir de parte de la República Bolivariana de Venezuela, la *promoción* del “equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad”, de donde resulta prácticamente teórica la posibilidad cierta de que haya una antinomia o contradicción entre el Preámbulo y la Exposición de Motivos y/o el Preámbulo y/o entre el mismo Preámbulo y el articulado (normas materializadas en los artículos 127, 128 y 129), atinente a los “derechos ambientales”.

Antes bien y por el contrario, en algunos casos, puede observarse un desfase (parcial) entre los susodichos extremos (A) y (B), que parecen no marchar al unísono hacia un objetivo común sino de manera no coincidente. A ellos nos referiremos en el numeral siguiente (5.3.2.).

En efecto, podría discutirse si algunos aspectos previstos en (A) mas no en (B), son susceptibles de ser invocados por los particulares, o incluso por el propio Estado venezolano; no obstante no haber sido desarrollados algunos temas del literal (A), en el contenido de los artículos 127, 128 y 129, respectivamente. En otras palabras: ¿Cuál sería el exacto valor jurídico de las declaraciones contenidas en la exposición de motivos o en el preámbulo de un texto constitucional si este último guardase silencio sobre las materias incluidas en la una y en el otro?

Si el concepto (item) estuviese incluido por lo menos en el articulado, no hay duda de que la *exposición de motivos* podría significar, en su caso, una valiosa ayuda en cuanto concierne a la interpretación de la norma.

¿Pero, qué ocurre si no hubo *norma* o la misma, de haberla, se contrae a conceptos diversos, o por lo menos, no coincidentes?

Si el concepto no está incluido en el articulado, mas si aparece en el texto de la Exposición de Motivos y/o en el Preámbulo, somos de opinión de que tanto la Exposición de Motivos como el Preámbulo, poseen efecto vinculante. Dicho de otra forma, ambos revisten carácter obligatorio. Hacen las veces de cualquier disposición contenida en el articulado regular u ordinario del texto de las leyes, representada en este caso por la más importante de todas las leyes: la Constitución. Ni más ni menos. ¿Y qué mayor fuerza jurídica para una determinada “norma”, preguntamos, que emanar o proceder o tener su fuente u origen, en la exposición de motivos o en el Preámbulo de la propia Carta Fundamental?

Lo previsto en 6.4.4. no guarda relación con los denominados conceptos *programáticos* que caracterizaron el texto de 1961. En otras palabras, en materia de derechos ambientales, a la luz de la Constitución de 1999, las previsiones de la (i) Exposición de Motivos, su (ii) Preámbulo y sus (iii) artículos 127, 128 y 129, respectivamente; constituyen la Legislación Ambiental por excelencia, básica entre nosotros.

De uno u otro texto, esto es, en forma individual (i, ii o iii); o de la pluralidad de ellos, o sea, considerados en forma conjunta; puede surgir alguna obligación o derecho ambiental. Esta última es nuestra interpretación, derivada del hecho, se reitera, de que en el caso específico de la Constitución de 1999, no se trata de la típica exposición de motivos propia o característica de la legislación venezolana tradicional, i.e., donde primero se explica en la exposición de motivos de la Constitución u de otra Ley, la intención de alguna norma prevista en la respectiva Ley; el propósito que guió al legislador para incluirla en el texto legal; y el significado de la norma. Ello no fue lo que ocurrió en Venezuela en materia de “derechos ambientales”. Como hemos visto ut supra, existen casos donde la norma incluida en el articulado de la Constitución, se corresponde -plenamente-, con lo expuesto en la Exposición de Motivos. Mas, en los casos donde no existe tal correspondencia, ha de interpretarse que lo previsto en la “exposición de motivos” (o en el Preámbulo), hace exactamente las veces de *articulado*.

VII. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL NOVÍSIMO PARECERÍAN MARCHAR PARI PASSU SALVO PRUEBA EN CONTRARIO

En efecto, como hemos tratado de demostrarlo, desde un punto de vista jurídico, no podrían establecerse diferenciaciones a priori entre los mencionados derechos y garantías cuya sumatoria representa el conjunto de *derechos* y de *garantías* de rango constitucionales, en lo atinente a una posible jerarquización en cuanto concierne a cada una de dichas dos categorías, que en todo caso, requeriría del respectivo respaldo judicial, con carácter previo, en supuestos individualmente considerados por las autoridades judiciales. Lo mismo ocurre, si se tratase de la normativa prevista en el texto constitucional de 1961. O en cualquier otro de nuestra dilatada historia constitucional.

Asignar posibles *jerarquizaciones*, a priori, entre los diversos y numerosos (casi 30), “derechos y garantías constitucionales”, en cualquier época, podría tener un efecto (i) contrario a su efectividad puesto que algunos tendrían mayor peso que otros e incluso la propia (ii) coercibilidad dado que la misma tendría mayor alcance en el supuesto de “los más importantes” y (iii) credibilidad de los mismos, en virtud de prácticamente las mismas razones previamente indicadas. Y la propia imagen.

1. La *imagen* de los derechos y garantías constitucionales

A no dudarlo, los derechos y garantías constitucionales, incluyendo los derechos ambientales, poseen *imagen*. Ello ha sido así tanto en el exterior como en nuestro país. En consecuencia, los más destacados derechos y las más respetables garantías ciudadanas, tendrían *mejor imagen* ante la opinión pública, que los restantes.

Por principio, salvo las distinciones de rigor que emanan del propio texto constitucional, todos los *derechos* y *garantías* constitucionales poseen un idéntico peso específico cuya determinación corresponderá a los Jueces.

De igual manera, los derechos y garantías también parecen participar de modas y tendencias, dentro de las diferentes épocas en las cuales se les trata o analiza. Bastaría la presencia en el Tribunal Supremo de Justicia, de uno o dos magistrados expertos en Derecho Ambiental o que profesasen su docencia, para que la materia recibiese un espaldarazo a nivel jurisdiccional y en otros órdenes de la vida nacional. La Corte Suprema de Justicia en el pasado, dio relevante importancia al Derecho Administrativo en general, cuando entre sus miembros hubo destacados *administrativistas*.

2. Prueba en contrario de la aplicación del *pari passu* en materia de derechos y garantías constitucionales

La prueba en contrario, relacionada con el mayor o menor peso específico de un determinado derecho o garantía constitucional, (A) en ocasiones emanará del propio texto constitucional (ejemplo, “estamos en presencia de una garantía y no de un derecho puro y simple”; nos hallamos ante un “derecho - garantía”, o “se trata de un derecho susceptible de ser visto o calificado como garantía”). En otros supuestos, (C) corresponderá a los Magistrados calificar y subsiguientemente sopesar, los elementos o circunstancias reales o efectivos que harán inclinar hacia uno u otro lado el fiel de la balanza. Resalta la posible mayor complejidad de los casos bajo el literal (C).

3. ¿A quién corresponde desaplicar el principio del *pari passu*?

“Demostrar lo contrario”, i.e., hacer la respectiva prueba en contrario, vale decir, comprobar judicialmente que cada uno de los derechos y garantías difieren entre sí, como lo hemos aseverado, corresponde en definitiva a los Jueces, quienes tendrán que pronunciarse, en diversos contextos temporales, sobre casos concretos de posibles contradicciones o antinomias entre unos y otros, o de problemas axiológicos o de valoración, de moral y de ética. Lo anterior no impide, que a los fines extrajurídicos o extralegales, los autores posean sus propias interpretaciones o sus querencias, como los toros o los hombres, en ese orden. Así, por ejemplo, el poeta y escritor inglés John DRYDEN (1631 - 1700), expresó que “el amor a la libertad nos ha sido dado juntamente con la vida; y de ambos dones del cielo, el inferior es la vida”(17).

§ 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Luciano Parejo Alfonso
Vicerrector Académico de la
Universidad Carlos III de Madrid
España

I. EL ARTÍCULO 45 CE Y LA PROGRAMACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Desde el punto de vista de la actuación de la Administraciones públicas en cuanto poder público constituido el tratamiento constitucional del medio ambiente ofrece dos perspectivas relevantes.

1. El medio ambiente, principio rector

La ubicación sistemática del artículo 45 CE en el capítulo III del título I referido a los *principios rectores de la política social y económica* alude por sí misma ya a la dinámica de los poderes públicos, al desarrollo por los mismos de la pertinente *política* para la configuración del orden social y económico en el sentido constitucionalmente programado. Esta es la perspectiva propia justamente del capítulo con el que se cierra el título I, el IV referido cabalmente a las *garantías*, es decir, a la acción de tutela a desplegar por los referidos poderes constituidos, en definitiva el Estado definido en el artículo 1.1 CE, para la efectividad del orden material definido en el expresado título. La importancia, en el seno de dicha acción, de la que el artículo 106.1 CE califica como *actuación administrativa* luce en la referencia expresa que a ella hace la previsión por el artículo 54 CE del Defensor del Pueblo como institución complementaria del sistema nuclear de garantías precisado por el artículo 53 CE. Por lo que hace a los principios rectores que aquí importan, el número 3 de este último precepto se centra justamente en el funcionamiento del Estado en su conjunto, imponiendo el reconocimiento, el respeto y la protección de dichos principios tanto por la legislación positiva (el proceso decisional estatal normativo) y la práctica judicial (el proceso decisional estatal consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado; aquí: en los términos que resulten del anterior proceso decisional), como, de nuevo, la misma *actuación de los poderes públicos*, expresión ésta genérica pero claramente referida al conjunto de las Administraciones públicas en cuanto manifestación *ejecutiva* última (y, por tanto, de actuación) por excelencia en la relación con el ciudadano.

Por su ubicación sistemática, pues, la regulación constitucional específica del medio ambiente apela desde luego al deber constitucional de acción inherente al Estado social y democrático de Derecho determinado en el artículo 1.1 CE, en conexión con el artículo 10.1 CE (que establece su suelo nutriente axiológico y, por tanto, su fin últimos: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de ésta en el seno de la sociedad organizada, es decir, el libre desarrollo de la personalidad en el contexto de la solidaridad social

como fundamento del entero orden político y de la paz social; orden en paz definido constitucionalmente, de cuya realización se predica la calidad de vida a que hace referencia el preámbulo de la norma fundamental). El Estado democrático, en su condición de Estado de Derecho, ha de ser, para ello, social, es decir, cumplir la responsabilidad que le asigna, en términos estrictamente jurídicos (conforme tiene señalado una bien decantada doctrina del Tribunal Constitucional....), el artículo 9.2 CE: promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Nótese el empleo por el precepto, en su fundamental inciso inicial, del mismo verbo utilizado en el preámbulo de la norma fundamental al hacer referencia a la calidad de vida, la cual aparece en el artículo 45 CE, que alude asimismo al desarrollo de la persona, es decir, al valor basal del entero orden constitucional.

La responsabilidad constitucional así definida respecto del medio ambiente, ligado expresamente al desarrollo de la persona y la calidad de vida, se atribuye por supuesto al Estado como un todo en tanto que tutor del interés general en el entero ciclo de su gestión: legislación, ejecución y, en caso de contienda, juicio. Pero es claro que tiene su centro de gravedad en la ejecución y, más concretamente, en la ejecución administrativa, en tanto que aparece establecida desde la pretensión de efectividad del medio ambiente requerido para el desarrollo de la persona y la calidad de vida; pretensión, que siendo absoluta y no meramente condicional comporta la exigencia de eficacia real (y no meramente jurídica), es decir, la que aparece consagrada en el artículo 103.1 CE como principio justamente de la actuación administrativa, en cuanto actuación estatal dirigida a hacer *efectiva* la pertinente programación normativa.

2. El medio ambiente, simultáneamente mandato a los poderes públicos y derecho-deber de todos

Se explica así que el artículo 45 CE sea un precepto de contenido complejo. Comienza ciertamente proclamando el derecho-deber de todos, es decir, de la persona en cuanto tal (con entera independencia de si es o no español, comprendiendo, pues, no solo a éste, sino también al extranjero-ciudadano comunitario europeo y al extranjero de terceros países) a disfrutar y conservar, respectivamente, el medio ambiente, para inmediatamente establecer el mandato a los poderes públicos (a todos ellos sin distinción, lo que quiere decir a cuantos sean competentes y según sus competencias) de velar por la utilización racional de los recursos naturales para proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. Este mandato no es sino traducción concreta de la condición constitucional de “principio rector de la política social y económica” que tiene el precepto en los términos que acaban de ser analizados.

Esta dualidad de contenidos -uno subjetivo-individual, el derecho-deber, y otro objetivo-colectivo, que es objeto del mandato a los poderes públicos y se pone de relieve en la apelación a la solidaridad colectiva- pone de relieve la que R. Martín Mateo (1991: 144) ha calificado con acierto de asimetría de la materia regulada. Cada uno de ellos se refiere a un bien específico y distinto, aunque con referencia a uno común. El primero lo hace al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Y el segundo, a la utilización racional de todos (naturales -art. 45.2 CE-, culturales -art. 46 CE- y en todo caso el suelo -art. 47 CE-) los recursos naturales (para la protección y la mejora calidad vida) y al medio ambiente (para defensa y restauración).

Se trata de bienes objetivamente diferentes, como ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1995, de 26 de junio (los recursos naturales son los elementos o factores del medio ambiente en sentido objetivo, cuya perspectiva se supera en la idea de sistema o conjunto presidido por el principio de equilibrio de aquéllos en el espacio y el tiempo), y ha argumentado convincentemente en la doctrina A. Betancor (2001: 369 y sgs.): mientras el medio ambiente es el sistema interrelacionado formado por todos los elementos (incluido el ser humano) antes aludidos, los recursos naturales son cabalmente esos mismos elementos que -en interacción entre sí y junto con el hombre- forman el medio ambiente como ecosistema. De ahí que, según la norma fundamental, mientras éste es objeto de disfrute y conservación, aquéllos lo son de utilización racional desde una determinada estimativa (la protección y la mejora de la calidad de vida).

Como ha destacado el Tribunal Constitucional (STC 102/1995, 26 junio, ya citada), el medio ambiente -considerado desde una perspectiva estática y objetiva- es un bien (expresado en un concepto jurídico indeterminado pluridimensional-interdisciplinar), cuya complejidad ha encontrado su mejor formalización por ahora en la fórmula empleada por el artículo 27.11 del Estatuto de Autonomía de Madrid, que se refiere a los equilibrios ecológicos, especialmente en lo relativo al aire, las aguas, los espacios naturales, la flora y la fauna y los testimonios culturales. Este bien se ha decantado como tal, adquiriendo unidad conceptual, precisamente porque la evolución social ha conducido a que la utilización de sus elementos componentes (los recursos naturales) ha llegado a adquirir la condición de peligro (capacidad para producir daño), en tanto que las actividades humanas comportan de suyo riesgos diversos de actualización de tal peligro.

Conforme a la Sentencia del Tribunal 102/1995 repetidamente invocada, en efecto, la descripción del medio ambiente incluye los siguientes recursos-elementos: los naturales integrados por los tres reinos clásicos de la naturaleza (el vegetal o la flora y el animal o la fauna en el escenario que forman el suelo, el aire y el agua, es decir, el espacio natural) y los históricos o culturales (los testimonios o monumentos y el paisaje entendido como modo de mirar del hombre, distinto en cada época y cultura). Es claro que la evolución conducente de la sociedad industrial a la postindustrial dominada por la ciencia y la tecnología en desarrollo acelerado ha hecho del hombre y su actividad un factor de elevado riesgo por razón de su notable incidencia en todos los expresados recursos-elementos, así como en su equilibrio recíproco estático y dinámico. No en vano la sociedad actual ha sido calificada precisamente de sociedad del riesgo (U. Beck,), del catálogo de cuyas perniciosas consecuencias para el equilibrio ambiental se ha hecho eco el propio Tribunal Constitucional (erosión del suelo, deforestación, desertización, contaminación de las aguas marítimas, fluviales y subálveas, contaminación de la atmósfera, extinción y degeneración de especies, degradación de la riqueza agrícola, forestal, pecuaria y piscícola, contaminación acústica y otras múltiples manifestaciones que van desde lo simplemente incómodo o a lo letal).

El medio ambiente es, así, un concepto jurídico indeterminado alude a un bien complejo que está en peligro, es decir, que surge como reacción frente a ese peligro, reconduciendo a unidad los diferentes recursos-elementos expuestos a éste y desencadenando un simétrico planteamiento tuitivo, es decir, de guarda y protección, dirigido desde luego a la conservación, pero con una vertiente o perspectiva dinámica funcional que trasciende ésta para alcanzar también la mejora. Es este planteamiento tuitivo el que se formaliza en el texto constitucional y que se refleja tanto en la ubicación sistemática como en el contenido complejo mismo de la regulación que hace del medio ambiente, según hemos tenido ya ocasión de comprobar.

II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEDIOAMBIENTAL Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El alcance de la repercusión de la regulación constitucional tuitiva del medio ambiente en la actividad de la Administración pública es cuestión que aún dista de ser pacífica y se encuentra en abierta evolución. En esta evolución pueden distinguirse, de forma convencional y hasta hoy mismo, tres fases, que no deben entenderse tanto como secuencias sucesivas en el tiempo, como aproximaciones y soluciones que interactúan y compiten por ofrecer la explicación definitiva y aceptada.

1. El planteamiento primero o tradicional, que responde a la forma inicial de acometer la dificultad inherente a la asimetría de la materia medioambiental

La primera y aún muy generalizada interpretación del artículo 45 CE se centra en la consideración del medio ambiente ante todo como un bien objetivo-colectivo que solo puede salvaguardarse mediante una acción estatal no solo tuteladora, sino a propio tiempo configuradora de la realidad. La acción así aludida implica el entero ciclo de la gestión pública del interés general, comprensivo -dejando ahora aparte la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, que solo se actualiza en caso de conflicto- de la legislación y la ejecución. Concretamente de una legislación que, por su objeto forzosamente ha de ser programadora de la ejecución en términos de actividad administrativa, es decir, de la actividad estatal que, prolongándose más allá de la normación y en línea de continuación con ella resulta indispensable para hacer efectiva en la realidad el programa legislativo.

Desde este punto de vista se está, así, ante una encomienda típica al Estado de cumplimiento de su función primordial de conjuración de riesgos, es decir, de prevención y, en su caso, de superación o corrección de cualesquiera perturbaciones del orden y la vida sociales. Solo que se trata de despliegue de esa función respecto de la forma nueva que revisten los riesgos en las sociedades avanzadas. Se está, pues, ante una clara apelación al Estado social, que demuestra hasta que punto éste, en la época de la mundialización y la nueva economía (sobre el significado y alcance de estos conceptos véase J. Estefanía, 2001:), está no tanto en retroceso, como más bien en transformación. Transformación, que justamente consiste en el desplazamiento del centro de gravedad de aquel tipo de Estado hacia el aseguramiento de la calidad de vida, en el que el medio ambiente desempeña, a su vez, un papel en modo alguno secundario.

Cabalmente a la aludida encomienda, es decir, responsabilización del Estado por el medio ambiente responde la estructura interna del título I CE: como ya nos consta su capítulo III tienen por objeto definir los principios por los que debe regirse la política social y económica de los poderes públicos, es decir, las directrices constitucionales para la entera acción estatal de gestión de los asuntos públicos. Se trata de principios o directrices objetivo-jurídicos que deben ser primeramente trasladados a normas de desarrollo constitucional asimismo objetivas para, a renglón seguido, ser objeto de la acción ejecutiva administrativa, preventiva y represiva, precisa para su efectividad. No hay, pues, más que Derecho objetivo ejecutado por el poder público encargado del servicio justamente al interés general con sometimiento pleno a dicho Derecho. En esta construcción la dimensión o el momento subjetivos únicamente pueden surgir en los términos y como consecuencia del Derecho objetivo y su aplicación, es decir, como reflejo de aquél y para hacer posible la exigibilidad por los ciudadanos de la acción (ejecutiva)

estatal misma y su resultado, en su caso mediante el control de legalidad y eficacia, tal como dispone justamente el artículo 53.3 CE. Por tanto, la aludida dimensión subjetiva solo podría decantarse en términos de derechos subjetivos reaccionales (en este sentido T. R. Fernández Rodríguez, 1981: 346).

Se entiende así que el Tribunal Constitucional, situado inicialmente en esta línea en la Sentencia repetidamente invocada 102/1995, de 26 de junio, explique la referencia constitucional al derecho y el deber de todos a disfrutar y correlativamente a conservar el medio ambiente, por su combinación con el mandato a los poderes públicos para su protección, desde la perspectiva del fin-resultado de la acción pública correspondiente. Se trata, en efecto, de una acción tuitiva que, por su propia condición, se condensa en un concepto jurídico indeterminado *cuya concreción corresponde tanto a las normas como a las actuaciones para su cumplimiento*. Y de una acción que se plantea contra *algo* (los correspondientes riesgos y peligros) y contra *alguien* (el que despliegue una actividad que implique riesgo y, en su caso, peligro), traducándose en consecuencia en una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, *para garantizar su disfrute por todos*. Lo que ha de hacer cabalmente también interviniendo actividades humanas (haciendo valer sus límites) y estableciendo y exigiendo deberes (en su caso mediante la imposición de sanciones por la comisión de infracciones).

De esta suerte la expresión constitucional derecho/deber de todos debe ser interpretada como alusiva no tanto a un derecho-deber subjetivo constitucional, cuanto a una situación derivada justamente de la acción pública (consistiría en su resultado) que, al propio tiempo que actualiza el deber, hace posible el derecho de disfrute de un bien colectivo no fragmentable en situaciones jurídicas individualizadas de carácter real. Estas situaciones únicamente pueden resultar, por tanto, como “reflejo” de la normativa objetiva y su ejecución, haciéndose operativas y accionables gracias a la tutela de los intereses legítimos.

Esta construcción se corresponde con la posición de negación del reconocimiento constitucional de un verdadero derecho subjetivo, que tiene una amplia representación en la doctrina científica. Para su representante más caracterizado, R. Martín Mateo (1991: 145) el sustrato colectivo del Derecho ambiental hace impracticable la consideración del derecho a que se refiere el artículo 45.1 CE como verdadero derecho constitucional, que debe ser objeto de una catalogación específica. En la misma línea se inscriben las opiniones de J. Domper Ferrando (1992: 105), L. Martín Retortillo (1996: 31), J. M. Baño León (1996: 615) y B. F. Macera (1998: 60).

Ahora bien, la acción del poder público administrativo demanda obviamente la pertinente programación legal. Surge así la cuestión relativa a quién programa. La transversalidad de la acción humana con riesgo y, por tanto, peligro para el medio ambiente, que la hace capaz de proyectarse en las más variadas manifestaciones y realidades (insusceptibles de ser compartimentadas de modo perfecto), determina, según el Tribunal Constitucional (STC, una vez más, 102/1995; también, ya antes, STC 64/1982), una concurrencia o convergencia *poliédrica* de competencias estatales y autonómicas (y aún locales). Desde esta perspectiva, se produce, sin embargo y es lo que aquí interesa destacar, una matización importante al planteamiento expuesto (una modulación del mismo en sentido *subjetivizador*), pues conforme a la doctrina del propio Tribunal Constitucional, a los efectos del específico y peculiar título competencial consignado en el artículo 149.1.1 CE los contenidos del capítulo III del título I CE no son solo “objetivos” (principios rectores), sino derechos-deberes constitucionales propiamente dichos, respecto de

los cuales el legislador general puede y debe establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos cabalmente en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (STC 173/1998, de 23 de julio; y ya anteriormente SsTC 13/1992 y 16/1996) [véase, a este respecto, M. Vaquer Caballería, 2001: 61 y sgs.].

2. El planteamiento extremo: el medio ambiente como derecho subjetivo constitucional

El carácter claramente insatisfactorio del planteamiento anterior, por su incapacidad para superar la *asimetría* de la materia ambiental, ha dado lugar a esfuerzos doctrinales (pero también de algunos pronunciamientos judiciales) dirigidos a la conceptualización del derecho al medio ambiente como uno más de los derechos subjetivos proclamados por la norma fundamental en el contexto del proceso de *subjetivización* de la relación jurídico-pública en general y jurídico-administrativa en particular que esta última propicia al reconocer a la persona y, en su caso, al ciudadano una posición específica, cabalmente la que resulta de la desagregación del valor proclamado en el artículo 10 CE en libertades y derechos dotados de especial consistencia y eficacia incluso frente al poder público y su acción; posición calificada de *fundamental* por la dogmática alemana. Se trata de esfuerzos destinados, en los términos concretos en que se vienen realizando, destinados al fracaso por las enormes dificultades técnicas y axiológicas que representa la construcción del derecho de que se trata como derecho fundamental; dificultades, sobre las que ha llamado certera y tempranamente la atención J. Perez Luño (1984: 261).

El representante más destacado de este planteamiento es D. Loperena Rota (1996: 61 a 65), para quien el derecho al medio ambiente posee todos los caracteres propios de un derecho constitucional fundamental material (no así los de los instrumentales, razón que explica la falta de tutela en amparo tanto ordinario como constitucional), cuyo contenido esencial está institucionalmente garantizado por la norma fundamental. Se trata, como ha razonado de modo concluyente A. Betancor (2001: 377), una caracterización voluntarista, que carece de todo soporte en los datos constitucionales positivos.

Justamente las dificultades evidentes con las que tropieza la caracterización de Loperena Rota han llevado a J. Jordano Fraga (1995: 483 y 484) a una posición más matizada: el derecho al medio ambiente es ciertamente un derecho subjetivo, pero solo de manera mediata, es decir básicamente determinado en su contenido por el legislador ordinario, aunque poseedor -desde la Constitución- de la condición de posición jurídica garantizada o interés legítimo protegido susceptible de ser actuado frente al poder público administrativo.

Pero la subsistencia de las dificultades denunciadas explica, finalmente, la posición más sincrética de F. Delgado Piqueras (1993: 53): se trata de un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, de configuración legal y protección o tutela ordinaria. Y también la menor exigencia aún de F. López Ramón (1997: 347 y sgs.), para quien se está ante derecho ciertamente subjetivo pero no fundamental, sino legal.

Como se ve, esta línea de argumentación y explicación se ve obligada, al hilo mismo de los problemas que suscita la calificación del medio ambiente adecuado como objeto de un derecho reconocido *ex constitutione*, a rebajar esa calificación hasta un punto en que prácticamente llega a conectar con el planteamiento objetivista antes examinado.

3. El nuevo planteamiento que tiende a afirmarse: el ensayo de superación de las dificultades de la subjetivización del medio ambiente sobre la base de la reinterpretación del contenido del título I CE

El proceso de dilución del grado elevado de formalismo que había alcanzado el derecho público (en concreto el administrativo) gracias al paso a primero plano del contenido mismo de las relaciones diversas trabadas por el poder público con el ciudadano viene favoreciendo e incluso exigiendo la reinterpretación del contenido dispositivo del entero título I CE. Pues la *posición fundamental* otorgada a la persona en general y el ciudadano en particular por la norma fundamental, estrechamente ligada al proceso aludido, comporta la procedencia de un visión unitaria de orden material constitucional desde el valor central proclamado en el artículo 10.1 CE. Esa procedencia se hace especialmente evidente justamente en el caso del artículo 45 CE, en el que se apela al desarrollo de la persona y a la calidad de vida; valor síntesis éste, aludido en el preámbulo de la norma fundamental, que alude al equilibrio de los factores del ecosistema y, por tanto, a una adecuada ponderación entre las exigencias del desarrollo económico y la conservación del entorno, es decir, al desarrollo sostenible, como recuerda la STC 102/1995. Todos los contenidos del título I CE pueden y, más aún, deben referirse a la realización y efectividad de valor central en diferente medida, estando así todos ellos imbricados entre sí.

La interpretación dominante del orden sustantivo constitucional parece que permite suponer que éste predetermina la solución en su artículo 53, encuadrando, en particular, los contenidos del capítulo III del título I CE, por mor de su no configuración directa-cual sucede, sin embargo, con los del capítulo II del mismo título- como derechos subjetivos (derechos fundamentales-libertades públicas y derechos-deberes constitucionales), en la categoría de los de menor consistencia. Consistirían así, según la norma fundamental y con independencia del tenor literal de los preceptos de ésta, en pronunciamientos constitucionales objetivos (destinados a *dirigir* la acción de los poderes constituidos y, en concreto, la del legislativo, es decir, la producción de normas ordinarias) susceptibles de y, al propio tiempo, con específica vocación de conversión, en el plano infraconstitucional, en situaciones jurídicas individualizadas. Con entera independencia del carácter y el alcance de éstas, una vez constituidas normativamente, su mismo origen en la acción del legislador dejaría claro su *reversibilidad*, es decir, su no oponibilidad, como límite, a una nueva acción legislativa de signo distinto.

La diversidad del tratamiento de los distintos contenidos del orden sustantivo constitucional es evidente desde luego por lo que hace a la defensa de aquéllos, mediante acciones eficaces, ya desde la propia norma fundamental. La razón de que ello es así salta a la vista: la heterogeneidad de la textura, demandante de diferentes presupuestos para la viabilidad misma de la tutela jurídica y, en especial, judicial. Si para ésta en unos casos basta con la acción de ordenación asimismo jurídica o en todo caso solo ésta es esencial (en los supuestos de los derechos proclamados en el capítulo II del título I CE, pero sobre todo de la sección 1ª de aquél: de ahí que sus contenidos se califiquen indistintamente de derechos y libertades), en otros se requiere, además y como presupuesto, una configuración legal o real o el establecimiento de una prestación, o en todo caso una u otra resultan determinantes (cabalmente en los supuestos de los contenidos del capítulo III del título I CE).

Pero esta diferencia en la garantía ni expresa una diferencia de naturaleza en los correspondientes contenidos del orden constitucional, ni impone por sí misma su lógica al

plano propio de ésta, como apuntan en la doctrina científica L. López Guerra (1998) y J. Jiménez Campo (1999) y en la constitucional, ya antes, el voto particular de F. Rubio Llorente a las SsTC 152/1988 y 106/1990, de 6 de junio (al abogar por un *concepto genérico* de derechos constitucionales). Prueba evidente es que el constituyente haya entendido plausible agrupar todas las regulaciones relativas a la actuación de los repetidos contenidos sistemáticamente bajo la rúbrica (que es la del capítulo IV del título I CE) *De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*. Por su propia perspectiva, el capítulo III del título I CE comprende básicamente pronunciamientos sobre políticas públicas que, por su objeto, se agotan en el plano del Derecho objetivo. Pero allí donde esas políticas públicas no se refieren únicamente a la realización de intereses generales aún por concretar o a la puesta en pie de organizaciones o sistemas de prestaciones o servicios (caso paradigmático: arts. 40, 44.2 y 46, pero también 41 CE), sino que identifican y protegen bienes con vertiente o dimensión individuales, la norma fundamental consagra igualmente, ella misma y de forma directa, derechos, es decir, situaciones jurídicas individualizadas. Y ello incluso cuando el predominio de la regulación constitucional concreta es objetivo, por alusivo, por ejemplo, a una institución, cual sucede en el artículo 39 CE, en el que aparecen el derecho de los hijos a la igualdad ante la Ley con independencia de su filiación, así como de las madres con independencia de su estado civil; el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad; y los derechos de los niños (todos los reconocidos en acuerdos internacionales y por remisión a los mismos). Así sucede: en el artículo 43.1 CE (derecho [de todos, se sobreentiende] a la protección de la salud, incluso con la fórmula específica *se reconoce* y en mezcla con la organización y tutela de la salud pública y el fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte, así como la facilitación del ocio); en el artículo 44.1 CE (derecho de todos al acceso a la cultura, en mezcla con la promoción y la tutela de dicho acceso); en el artículo 45.1 CE (el derecho de todos al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de todos de conservarlo, en mezcla con la acción de velar por la utilización racional de los recursos naturales, la defensa y la restauración del medio ambiente y la sanción administrativa y penal del daño ambiental); en el artículo 47.1 CE (el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, en mezcla con la promoción de las condiciones necesarias y el establecimiento de las normas pertinentes para -significativamente- hacer efectivo dicho derecho); y en el artículo 50 CE (el derecho de los ciudadanos de la tercera edad a pensiones que les garanticen la suficiencia económica).

A todos esos pronunciamientos constitucionales es común:

a) Una doble dimensión:

i) La *subjetiva* consistente en la directa determinación constitucional de una *situación jurídica individualizada* (con el carácter de derecho), pero *incompleta*, en el sentido de no llevar consigo fijación de contenido preciso alguno. Se trata, pues, aquí más propiamente que en el caso de los proclamados en el resto del título de la norma fundamental y calificados así por la doctrina del Tribunal Constitucional, de “derechos de configuración legal”.

ii) La *objetiva* consistente en la información, en los términos del artículo 53.3 CE, es decir, en calidad de principios, del Estado como poder y ordenamiento, que presupone la *entrega de la determinación concreta del contenido de la aludida situación jurídica individualizada al legislador ordinario*.

b) Una doble eficacia:

i) La *directa* constitucional propia de la entera norma fundamental, en cuanto hace a su *dimensión subjetiva*. Esta eficacia directa existe, aunque sea reducida, como resulta ya del tenor li-

teral del número 3 del artículo 53 CE: la entera actuación y, por tanto, las decisiones, incluso legislativas, de los poderes constituidos no pueden desconocer, más aún deben “respeto”, a “el reconocimiento” y “la protección” de los principios reconocidos en el capítulo que nos ocupa.

ii) La *vinculada y en parte demorada al desarrollo constitucional*, por entrega, en el resto, es decir, en la dimensión objetiva, a la acción configuradora del legislador ordinario, con la consecuencia de que es ésta la que, por su propio imperio y como resultado, delimita el contenido de la correspondiente situación jurídica individualizada o derecho. Esta es la justificación y este es también, cabalmente, el sentido del inciso final del número 3 del artículo 53 CE, referido únicamente a *la garantía* en términos de tutela específica judicial: ésta -nótese que se habla de la jurisdicción ordinaria y en modo alguno de la del Tribunal Constitucional- solo puede prestarse “de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen [los principios]”. Como quiera que tal concreta garantía no puede disponerse directamente desde la norma constitucional, sencillamente porque en ella no hay propiamente contenido directamente declarado, aquélla ha de quedar demorada al momento de la integración de tal contenido.

De todo lo dicho se sigue: allí donde la Constitución, a todo lo largo de su título I y con independencia de la subdivisión interna de éste, identifica y establece situaciones jurídicas individualizadas hay un reconocimiento de los correspondientes derechos, aunque éste tenga un alcance distinto para el ulterior proceso decisorial en el seno de los poderes constituidos (según exista o no contenido constitucionalmente declarado y, por tanto, núcleo esencial determinado ya incluso frente a la acción delimitadora y configuradora del legislador). Por tanto también cuando opera así en el capítulo III de dicho título. En nada obsta a ello que estos últimos sean también principios objetivos, es decir, parte del Derecho objetivo. Pues no es ésta peculiaridad alguna: el Tribunal Constitucional ha destacado idéntica doble dimensión, subjetiva y objetiva, en los derechos calificados como fundamentales y los derechos constitucionales simples. La diferencia constitucional entre todos esos derechos -y ello no es poco- radica exclusivamente en el plano de la garantía de su tutela jurídica y es solo de grado, como se desprende claramente del artículo 53 CE y se expresa en el siguiente cuadro:

Tutela jurídica general contenidos tit. I CE	Tutela judicial contenidos tit. I CE
Núcleo esencial: todos dchos. cap. II	Jurisd. const. y ord. reforzada: solo dchos. S. 1ª cap. II
-----	Jurisd. ord. (normal): dchos. S. 2ª cap. II
Marco principal: dchos. cap. III	Juris. ord. (normal): dchos. cap. III

Desde la Constitución misma los preceptos del capítulo III gozan, pues y al igual que los restantes preceptos del título I CE, de la eficacia que resulta del despliegue por el Estado de la tutela jurídica general servida por la tutela específica judicial. Así lo prueba el hecho de la posibilidad en todos los casos del control por el Tribunal Constitucional de la adecuación a la norma fundamental de las correspondientes Leyes (con la consecuencia, en su caso, de la nulidad), variando únicamente el criterio de tal control (el contenido constitucionalmente declarado o núcleo esencial en el caso de los derechos del capítulo II y los principios mismos en el de los derechos del capítulo III, ambos del título I CE); pero también la posibilidad, igualmente respecto de todos, de la tutela judicial, solo que en términos y con intensidad distintos: únicamente la ordinaria y por relación al contenido constitucionalmente declarado o núcleo esencial y el legalmente declarado o solo este último (el determinado legalmente) en el caso de los derechos reconocidos en la sección 2ª del capítulo II y en el capítulo III, respectivamente, y el amparo ordinario y, además, el subsidiario constitucional en el de los derechos a que se refiere el número 2 del artículo 53 CE.

El reconocimiento directo de derechos en el repetido capítulo III del título I CE, aunque no comporte declaración de contenido preciso alguno de tales derechos, es claro que representa un límite a la acción del legislador. Este límite es sin duda de contornos imprecisos, en tanto dependientes éstos de la interpretación de los principios-directrices constitucionales para la determinación por la legislación ordinaria de aquel contenido. Pero se activa en todo caso, en términos absolutamente impositivos, cuando la legislación pretenda una dilución tal del régimen establecido que implique el vaciamiento incluso del simple reconocimiento constitucional del correspondiente derecho.

Esta operatividad del marco constitucional viene impuesta por el carácter estricto de derechos de configuración legal de los sociales. Este carácter impide por sí mismo cualquier intento de invocación en el campo social y por relación a los derechos de esta naturaleza de la doctrina de los llamados *derechos adquiridos*, incluso con independencia del rechazo rotundo por el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, de 29 de noviembre) de la asunción o siquiera cabida constitucional de tal doctrina. En efecto, si el legislador ordinario y legitimado democráticamente ha podido otorgar un determinado contenido a los derechos sociales dentro del marco constitucional, es claro que el mismo legislador ha de poder volver ulteriormente sobre dicho contenido, en ejercicio del *ius variandi* que le es inherente siempre que respete igualmente el pertinente marco constitucional.

Dicho esto, inmediatamente ha de precisarse que el legislador no puede actuar la amplia libertad de configuración social de que dispone en cualesquiera términos, es decir, a su simple arbitrio. Se opone a ello justamente el principio de Estado de Derecho y los que de él traen causa, de suerte que éstos fungan como límites previos al último antes expresado y establecido por relación a la preservación del sentido del reconocimiento constitucional mismo de los derechos (exigente de un contenido mínimo legalmente declarado). Se trata, ante todo, de los principios de interdicción de la arbitrariedad y del más concreto -relacionado con los valores inherentes al principio de la seguridad jurídica- de proporcionalidad y confianza legítima, en relación con el ya determinado de optimización de los valores-fines de desarrollo económico y bienestar social al servicio del valor último de la calidad de vida. Ninguna duda puede ofrecer que el primero, el de interdicción de la arbitrariedad y, consecuentemente, el de proporcionalidad, alcanzan al legislador, pero tampoco debe haberla en que idéntico juicio es predicable del de confianza legítima, por más que formalizado legislativamente y aplicado jurisprudencialmente en nuestro Derecho por ahora exclusivamente respecto de la actividad de la Administración pública. Pues esta restricción del ámbito de aplicación carece de sentido, al haber clara identidad de razón para su juego frente al ejercicio del poder legislativo, que al igual que el ejecutivo es constituido. Ni que decir tiene que el juego de todos estos principios y, en definitiva, el de Estado de Derecho y el de los en su momento invocados en relación con el principio de Estado democrático se refuerzan mutuamente en la limitación de la acción del legislador y, por tanto, en su incidencia en el decurso posible de la evolución del régimen de bienestar.

Desde el renovado punto de vista que ofrece, pues, esta visión unitaria del orden constitucional material o sustantivo, la integridad y efectividad del medio ambiente y, más concretamente, la utilización racional de los recursos naturales se aparece, en lo que aquí interesa, como presupuesto y condición de efectividad de los derechos constitucionales de libertad-autonomía, que si en su interpretación tradicional predicaban del Estado solo abstención y ahora pasan a demandar del mismo también actuaciones y prestaciones, adquiriendo de esta suerte la dimensión añadida de derechos a determina-

dos contenidos prestacionales. En otras palabras: a través del deber estatal de acción y de resultado, los contenidos principales del capítulo III del título I CE y, concretamente, el medio ambiente adecuado se *subjetivizan* en la medida en que los derechos proclamados con motivo del establecimiento de aquéllos y, en particular, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado son parte del contenido constitucionalmente declarado de los derechos constitucionales, incluso de los fundamentales-libertades públicas de la sección 1ª del capítulo II del mismo título I CE.

Este nuevo planteamiento está penetrando y afirmándose en sede de doctrina constitucional de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de D. Humanos de Estrasburgo, sentada fundamentalmente en las Sentencias Airey *c/ Irlanda* de 9 de octubre de 1979, Powell y Rayner *c/ Reino Unido* de 21 de febrero de 1990, López Ostra *c/ España* de 9 de diciembre de 1994, Guerra y otros *c/ Italia* de 19 de febrero de 1998, y Hatton y otros *c/ Reino Unido* de 2 de octubre de 2001.

En el caso Guerra y otros contra Italia se trata de dos quejas relativas, respectivamente, a la no adopción por las autoridades públicas de medidas adecuadas para disminuir la contaminación de una fábrica química y evitar accidentes graves y a la no adopción tampoco por dichas autoridades de medidas de información sobre los riesgos existentes y actuaciones a seguir en caso de accidente grave:

i) La pretensión de condena por violación del artículo 10 del Convenio Europeo (libertad de expresión y libre comunicación) al no haber facilitado poder información suficiente no es admitida por el Tribunal, que mantiene en este punto la posición tradicional de concepción del derecho como de libertad y en modo alguno como de prestación administrativa. Señala literalmente el Tribunal que: “La mencionada libertad no podría entenderse como imposición a un Estado, en circunstancias tales como las del presente caso, de *obligaciones positivas* de obtención y difusión, *motu proprio*, de las informaciones” (las cursivas del autor).

ii) El Tribunal estima, sin embargo, la pretensión deducida al amparo del artículo 8 del Convenio, precepto que estima aplicable por razón de “la incidencia directa de las emisiones nocivas sobre el derecho de las demandantes al respeto a su vida privada y familiar”. Pues se interpreta que el referido artículo no se contenta con obligar al Estado a abstenerse de injerencias, previendo también obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada y familiar. La comprobación del fracaso del Estado en punto a la garantía de tal respeto es la que, finalmente, conduce a la condena, que lo es precisamente por *inactividad*, es decir, por *ausencia de la acción debida*.

iii) Finalmente, se rechaza la pretensión de condena al Estado al saneamiento de la zona, pero no por estimarse improcedente, sino por razón de incompetencia, pues conforme al Convenio corresponde a los Estados la elección de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico para ajustarse a dicho Convenio o para corregir una situación que haya supuesto una violación.

Y más recientemente, en el caso Hatton y otros *c/ Reino Unido*, referido, en lo sustancial, a la violación del artículo 8 del Convenio Europeo por no adopción de medidas adecuadas frente a la contaminación acústica causada por los vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow, el Tribunal Europeo:

a) Constata que si bien ni el aeropuerto, ni las aeronaves que lo usan pertenecen, son explotados o controlados por el Gobierno o cualquier Organismo dependiente de éste y, por ello, al Reino Unido no puede imputársele interferencia o lesión alguna en la vida privada o familiar de los demandantes, es perfectamente procedente el análisis del caso

en términos de *deber positivo del Estado de adopción de las medidas razonables y apropiadas para asegurar a dichos demandantes los derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio*.

b) Reconoce que en el cumplimiento de ese deber el Estado goza de un amplio margen de apreciación, pero cuyo uso legítimo requiere considerar la totalidad de los aspectos relevantes y efectuar una ponderación conducente a un satisfactorio equilibrio entre las exigencias de los intereses generales y los derechos subjetivos implicados (en términos de minimización en la mayor medida posible las afecciones de éstos mediante búsqueda de alternativas viables y selección de las menos onerosas).

c) Concluye que, en el caso concreto, las autoridades del Reino Unido no han cumplido adecuadamente su deber por falta de un específico y completo estudio y de cualquier esfuerzo serio de evaluación, con la consecuencia de la estimación de la demanda.

En este contexto, la STC 119/2001, de 24 de mayo, que resuelve un recurso de amparo contra resolución judicial desestimatoria de recurso contencioso-administrativo deducido frente a desestimación presunta por el Ayuntamiento de Valencia de reclamación de responsabilidad por daños causados por contaminación acústica causada por establecimientos molestos, aunque acaba desestimando el recurso -y quizás por ello mismo- efectúa los siguientes pronunciamientos (para un acertado comentario a esta Sentencia, véase M. Gámez Mejías [2001: 59 y sgs.]):

1º Tras recordar, conforme a su propia doctrina, el contenido y alcance de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar (con determinación del concepto de domicilio inviolable), señala textualmente que: “...que *estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad*, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero), *se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada*” (cursivas del autor).

2º Con entera independencia de las vías que sean procedentes para la tutela de los valores y bienes objetivamente protegidos por la Constitución, en sede de amparo procede y debe asegurarse la garantía efectiva del medio ambiente adecuado, cuando la afección de éste alcance un grado tal que suponga una lesión del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales-libertades públicas antes aludidos. Y ello también *con independencia de si dicha lesión trae causa materialmente de un servicio público o incluso de actividades privadas* (como en el caso enjuiciado: los ruidos producidos en una zona urbana por establecimientos privados molestos), *pues aquélla cabe imputarla siempre al poder público competente por incumplimiento* (por acción u omisión) *de su deber positivo de garantía de la integridad efectiva de los derechos fundamentales en cuestión*.

Lo que esta última afirmación significa luce en el voto particular formulado por el propio Magistrado ponente de la Sentencia: destaca en términos que son por sí mismos altamente significativos las dos cuestiones a su juicio planteadas por el caso: el *contenido ambiental de derechos fundamentales y el contenido subjetivo de algunos derechos igualmente fundamentales pero no protegibles en amparo* (como el del art. 45 CE), para sostener la pertinencia de la afirmación de un triple escalón de protección constitucional que, en sentido descendente, iría desde el derecho a la integridad física y moral (art. 15

CE) hasta el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 CE), pasando por el derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18 CE). El carácter mas que discutible de este escalonamiento concreto de la protección constitucional no obsta al hecho de que esta posición apunta desde luego en la línea interpretativa del orden sustantivo constitucional antes desarrollada, tanto más cuanto que el voto particular hace expresa crítica del abandono en el texto final de la Sentencia de toda referencia expresa a la vertiente subjetiva del artículo 45.1 CE, que se entiende procedente reivindicar.

Pero las consecuencias que de la línea así definida se siguen desde la perspectiva de la actuación administrativa que aquí interesa se ponen especialmente de relieve en el voto particular formulado por el Magistrado F. Garrido Falla, en el que se afirma textualmente lo siguiente:

...Hay que subrayar que la imputación de la lesión de los derechos fundamentales ... se dirigen en nuestro caso contra el Ayuntamiento de Valencia, es decir, contra una Administración pública que no es directamente la productora de los ruidos.

Quede claro, pues, que se trata de derechos cuya vulneración puede producirse por actuaciones tanto de particulares como de cualquier poder público. En el primer caso, el dañado encuentra la suficiente protección tanto en las leyes civiles ... como en las penales ...; la particularidad de nuestro caso se advierte si tenemos en cuenta que *los agentes directos de la saturación acústica que se denuncia son cabalmente personas privadas* (entre otras las discoteca cuyo alto volumen de ruidos alega la recurrente). Dicho esto, debe quedar claro ... que, sin embargo, lo que se ha cuestionado en la previa vía contencioso-administrativa ... es la *inactividad o pasividad del Ayuntamiento de Valencia* frente al requerimiento de protección solicitado en su día por la recurrente en amparo. Hay, pues, una cuestión previa deficientemente clarificada, a saber: hasta que punto la *Administración pública* requerida *está obligada a dispensar la protección* que de ella se solicita. Esta *previa obligación* es a juicio del Magistrado que suscribe, el presupuesto que ha de tenerse en cuenta para admitir o negar la existencia de *nexo causal entre la inactividad administrativa y la lesión del derecho fundamental* alegado. O, dicho de otro modo, y ahora desde la perspectiva de la actuación positiva de la Administración: hay que preguntarse si a un Ayuntamiento corresponde, en uso de sus potestades *impedir que actuaciones de particulares, sujetas a autorización o licencia administrativa, perturben los derechos fundamentales* aquí invocados y si -y ésta es mi opinión- *el ejercicio de tales potestades se convierte en obligatorio cuando la agresión a los derechos fundamentales alcanza un determinado nivel de gravedad...* (cursivas del autor).

Así pues, en cuanto los derechos fundamentales y, en general, todos los derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser ilusorios, estando reconocidos precisamente para ser reales y efectivos, los contenidos ambientales de tales derechos, incluido, en lo que aquí interesa, el derecho reconocido por el artículo 45.1 CE, deben ser garantizados por la Administración pública en tanto que poder público; deber de garantía, con el que se corresponde, así, un derecho subjetivo a la prestación efectiva de la misma, tutelado en su caso incluso en vía de amparo (cuando está implicada una lesión relevante de un derecho fundamental comprendido en el artículo 53.2 CE). Por eso la lesión (en su caso del contenido de un derecho fundamental susceptible de amparo) puede siempre ser imputada a la Administración pública (aún a título de inactividad), incluso si trae causa materialmente de la actividad de una persona privada o particular.

Puesta en relación esta conclusión con la también doctrina constitucional que afirma, como ya nos consta, que los contenidos subjetivos de principios rectores de la política social y económica tienen la condición de derechos/deberes constitucionales a los efectos de la actualización del título competencial previsto a favor del Estado en sentido estricto por el artículo 149.1.18 CE, es decir, de la pertinente acción tuitiva estatal, se cierra el círculo. Pues es evidente que la consecuencia obliga a sostener que los

expresados contenidos subjetivos tienen igual condición de derechos constitucionales a efectos del ejercicio de las competencias pertinentes para la prolongación de la acción tuitiva normativa en sede de desarrollo autonómico y local, así como su continuación por todas las Administraciones públicas en el plano ejecutivo.

De donde se sigue que, siendo obligatoria la actuación administrativa (razón por la que su inactividad no excusa a la Administración), también lo es como exigencia lógica inexcusable la de su programación legal. Así lo impone el requerimiento de la efectividad de los derechos constitucionales (todos ellos, no solo, aunque si en primer término, los fundamentales en sentido estricto). Por tanto: la configuración legal de los derechos simplemente enunciados, pero no determinados, en el texto constitucional (como sucede con el proclamado en el artículo 45.1 CE) ha de decantar, en el contexto del desarrollo constitucional, los contenidos concretos que les sean propios en calidad de verdaderos derechos subjetivos.

Se está desde luego ante un avance significativo. La satisfacción que proporciona no puede hacer perder de vista empero, no solo las dificultades técnicas que comporta, especialmente por razón de las características del Derecho ambiental, sino los riesgos de sobrecarga indebida del Estado en general y de la Administración pública en particular que también encierra.

No es posible abordar ahora aquí ni aquellas dificultades, ni estos riesgos, pero de unas y otros puede dar una idea la simple enunciación de algunas de las características más sobresalientes de la materia y el Derecho ambientales:

1) En el medio ambiente tiene una especial incidencia la pérdida de capacidad de dirección efectiva de la vida social por parte del Derecho. Las razones se encuentran en el objeto mismo (que comporta la dirección de procesos sociales con implicación de una pluralidad de intereses, exigente de técnicas de “macrodirección”), la necesaria complejidad, la alta variabilidad en el espacio y en el tiempo (mayor incluso que en el urbanismo), la notable dependencia de la ciencia y la tecnología y del estado en cada momento de una y otra; la dependencia acusada, por ello, de la intermediación por los científicos y los técnicos en general; entre otras muchas. Estas características comportan una acusada importancia y una especificidad notable de los fenómenos de otorgamiento a la Administración de márgenes de apreciación, la (así llamada) discrecionalidad técnica y la discrecionalidad en estricto sentido, que demandan, por ello, un tratamiento adecuado (que dista de haberse acometido y realizado mínimamente).

2) El objeto determina una pluralidad y diversidad muy notables de las fuentes. Con toda normalidad, las normas van, en efecto, desde las netamente internacionales (en todas sus variantes) y las supranacionales (comunitario europeas, también en todas sus variantes), pasando por las estatales y autonómicas, hasta las estrictamente locales. La consecuencia para la Administración pública es bien evidente: comporta una específica y grave dificultad de integración correcta del programa normativo determinante de la actuación administrativa.

3) La escasa densidad reguladora de las normas ambientales y la especificidad del fin de la potestad pública dirigida a la protección del medio ambiente (el equilibrio estático y dinámico de los elementos de los ecosistemas) hacen pasar a primer plano la fase ejecutivo-administrativa de la gestión pública y, en su seno, del complejo proceso de ponderación de la pluralidad de bienes e intereses involucrados; proceso, además, que debe tener lugar en el contexto de un poder público administrativo altamente fragmentado territorial y funcionalmente. Estas circunstancias implican nuevos requerimientos de organización y funcionamiento administrativos, así como, por supuesto, de control de la

actividad administrativa, que están lejos de ser encarados y resueltos de forma mínimamente satisfactoria. Piénsese simplemente en las tareas esenciales de identificación y valoración de riesgos, así como de pronóstico de su evolución y conversión en verdaderos peligros (en función todo ello de la evolución científica y tecnológica) y la definición objetiva del interés general mediante la colaboración entre Administraciones autónomas entre sí en aplicación de los principios de cooperación y coordinación. Y en sus consecuencias para el control de la actuación administrativa, especialmente el control judicial.

4) La alta variabilidad de los programas legislativos en materia ambiental (la cual se proyecta sobre los más diversos ámbitos de la vida social y, por tanto, sectores del ordenamiento) inducida por la dependencia de la evolución de los conocimientos científicos y las posibilidades tecnológicas, repercute en la ejecución administrativa haciendo de los conceptos indeterminados por aquellos programas utilizados conceptos científicos y técnicos en sentido estricto, que determinan, además de cambios en la organización y los medios de las Administraciones para su adecuado manejo y aplicación, la aparición de tipos decisionales sujetos a regímenes novedosos (así claramente, en el caso del principio de la mejor tecnología disponible en cada momento respecto de las autorizaciones) o la alteración de las claves tradicionales de las relaciones jurídico-administrativas (cual luce en la emergencia del principio de confianza legítima).

5) La importancia en esta materia del resultado de la acción administrativa, la sensibilidad social a los valores ligados a la protección ambiental y la incidencia de ésta en vida económica y social, con afección de múltiples intereses, determinan una muy alta dependencia de las soluciones del consenso social. Y esta dependencia lleva de suyo a la especial trascendencia en el campo ambiental, de un lado, de la tradicionalmente descuidada actividad administrativa técnica, material o real (y la medición y valoración de su eficacia), y, de otro, del Derecho de simple estímulo y de carácter voluntario, con la consecuencia de la descarga administrativa de muchas tareas mediante el mecanismo autorregulación y el recurso a los pactos, acuerdos y convenios, es decir, los actos administrativos consensuales (distintos de los contratos administrativos), cuyos requerimientos específicos están lejos de estar satisfactoriamente clarificados. En definitiva: en el medio ambiente se reproduce en nuevos términos la tradicional tensión entre el principio de legalidad y el principio de eficacia.

6) La importancia creciente de la prevención de la actualización de los riesgos en peligros y en daños, en definitiva, obliga a repensar el Derecho Administrativo establecido desde el punto de vista de la intervención administrativa (incidencia en derechos constitucionales como los de propiedad y libertad empresa (replanteamiento de los límites actuables administrativamente y de la carga de la prueba) y las medidas adoptables (especialmente con carácter cautelar o provisional cautelares), así como de su justificación (razonabilidad, motivación) y la responsabilidad que pueda derivarse de ellas (causalidad).

BIBLIOGRAFÍA

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, Madrid 2001.

BAÑO LEÓN, J.M., *La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales* en Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Diputación de Barcelona y Ed. Cívitas, Madrid 1996.

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona 1998.

DELGADO PIQUERAS, F., “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”, *REDC* núm. 38.

DOMPER FERRANDO, J., “El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas”, *El Justicia de Aragón*, Prensas Universitarias de Zaragoza y Ed. Cívitas, Vol. I, Madrid 1992.

ESTEFANÍA, J., *Diccionario de la nueva economía*, Ed. Planeta, Madrid 2001.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El medio ambiente en la Constitución española”, *Documentación Administrativa*, núm. 190.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ed. Trotta, Madrid 1999.

JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 1995.

GÁMEZ MEJÍAS, M., Jurisprudencia constitucional. La relevancia constitucional de la contaminación acústica: el contenido ambiental de los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional, Sentencia 119/2001, de 24 de mayo. Ponente: Sr. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera), *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental* núm. 32/33.

LÓPEZ GUERRA, L., “Los derechos de propiedad” en *Derechos y Libertades* núm. 6, 1998.

LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, IVAP-Ed. Cívitas, Madrid 1996.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos, al medio ambiente”, *REDA* núm. 95.

MACERA, B.F., *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva en Derecho público*, Ed. M. Pons, Madrid 1998.

MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, Vol. I, Madrid 1991.

MARTÍN RETORTILLO, L., “Administración Local y medio ambiente” en Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Diputación de Barcelona y Ed. Cívitas, Madrid 1996.

PÉREZ LUÑO, E., “Artículo 45. Medio ambiente” en Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Ed. RDP, Vol. IV, Madrid 1984.

VAQUER CABALLERÍA, M., “Los servicios atinentes a la persona en el Estado social”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 11.

§ 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA¹

Alberto Blanco-Urbe Quintero
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo previsto en el art. 2 de la vigente Constitución de 1999, uno de los denominados *valores superiores del ordenamiento jurídico* de Venezuela, como Estado democrático y social de derecho y de justicia, es decir, uno de sus principios fundamentales republicanos, viene dado por la preeminencia de los derechos humanos.

Lo anterior se encuentra reforzado por la enumeración de los fines esenciales del Estado, a que se contrae el art. 3 *eiusdem*, donde se incluye la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad y, en general, la garantía del cumplimiento de los derechos² reconocidos y consagrados en la Constitución³, en concordancia con el postulado del art. 19 *eiusdem*, según el cual el Estado garantizará a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, y concatenado ello al dispositivo del art. 25 *eiusdem*, que sanciona con la nulidad a todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley, y prevé la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios públicos que lo hayan ordenado o ejecutado.

Además, debe destacarse el trascendente contenido del art. 7 *eiusdem*, referido al principio de supremacía de la Constitución, propio de un sistema constitucional rígido racional normativo⁴, al disponer que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, por lo que el art. 334 *eiusdem* señala que, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, los jueces (y los demás funcionarios públicos, como lo viene resaltando la doctrina nacional), de oficio o a petición de parte interesada, aplicarán las disposiciones constitucionales.

En esta perspectiva, según el art. 335 *eiusdem*, el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

1. Ponencia presentada en el VIII Congreso Venezolano de Derecho Ambiental, FUJUCAVI y VITALIS, Universidad Metropolitana, Caracas, mayo de 2002.

2. El art. 29 consagra la obligación de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos y la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar las violaciones graves de los derechos humanos. El art. 139 conlleva la responsabilidad individual por violación de la Constitución, en ejercicio del Poder Público. El art. 30 determina la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Y, el art. 140 indica que habrá responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que los daños a los derechos de los particulares sean imputables al funcionamiento de la Administración Pública.

3. El art. 22 prevé la cláusula del *numerus apertus* en la materia, al establecer: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos”.

4. Art. 333: “Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”.

En este orden de ideas es evidente que, en lo que al sistema jurídico venezolano se refiere, adscribiéndose de ese modo a las más modernas tendencias del derecho constitucional general y comparado, la Constitución es una verdadera norma jurídica, directamente aplicable a los sujetos de derecho, con carácter preferente, capaz de incidir inmediatamente en la esfera jurídica subjetiva de las personas, desde un punto de vista activo y otro pasivo. En el aspecto activo, prevé una serie de derechos fundamentales que no requieren de ley reglamentaria alguna para su goce efectivo⁵. Y, en el ángulo pasivo, impide la interferencia restrictiva o lesiva de esos derechos, tanto la derivada de particulares, como por parte de los órganos de las distintas ramas del poder público constituido⁶.

En definitiva, los derechos humanos fundamentales representan la parte dogmática o principista de la Constitución, que encuentra su origen en el derecho natural (“todo hombre nace libre e igual”), que no puede ser modificada ni siquiera por el poder constituyente originario, salvo para aumentarla o enriquecerla, y que en conjunto se identifica con la connotación amplia de la palabra libertad, en el omnicomprendido y sintético alcance del dispositivo del art. 20 *eiusdem*: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”. Es así como siempre ha de prevalecer el principio del *favor libertatis* o *in dubio pro homine*.

Ahora bien, claro que la integridad de cuanto precede es igualmente aplicable a toda persona humana, tratése o no de un ciudadano. Empero, ha sido menester introducir al tema con estas ideas, en razón de que, a fin de cuentas, el ciudadano es ante todo una persona humana, tratése obviamente de una persona natural, pero también como persona jurídica, que no es más que una ficción legal, una forma organizativa de las personas naturales, exponencial de sus legítimas aspiraciones.

No toda persona humana es un ciudadano, pero todo ciudadano es una persona humana. Así, si todo ciudadano es una persona humana y toda persona humana es titular de derechos humanos fundamentales e irrenunciables, es evidente que todo ciudadano goza y debe poder ejercer tales derechos. Con la ayuda de este silogismo simple se pretende rescatar a la persona humana del ciudadano, de la mera condición sustantiva de administrado o sujeto pasivo de la relación jurídico administrativa, en que se le suele colocar, siendo objeto de actos unilaterales ejecutivos y ejecutorios emanados de la Administración Pública, para poner de manifiesto su dimensión de ser humano, cuya tutela de libertad indefectiblemente es y debe ser el norte de la organización estatal, por encima de cualquier otro objetivo, por loable que sea.

En otras palabras, tratándose de la defensa de los derechos del ciudadano, es imperioso concentrarse en el ámbito procesal o adjetivo, luego de haber pasado revista a los derechos sustantivos fundamentales que se le reconocen a la persona humana en general y en su condición particular de administrado, para que el principio de supremacía de la Constitución se haga realidad en la concreción del principio de seguridad jurídica previsto en el art. 299 *eiusdem*.

Nótese que se destaca la perspectiva ontológica de ser humano, y no la visión política de ciudadano, por dos razones: los derechos políticos, únicos privativos del ciudadano, no tienen pertinencia ni relevancia alguna a los efectos de este estudio; y, se puede ser

5. Art. 22: “...La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

6. Art. 7: “...Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

administrado sin ser ciudadano, vale decir, nacional del Estado sujeto activo de la relación jurídico administrativa, esto sin olvidar que hay administrados personas jurídicas y que los derechos fundamentales lo son del género humano, sin distinciones de nacionalidad u otro, en virtud de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y de los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos⁷.

De manera que se emplea la palabra ciudadano más bien en su connotación sociológica actual (de uso generalizado), que lo identifica al *cives* romano, como particular interesado, informado y participativo, miembro activo de la sociedad civil y ductor y defensor privilegiado de su esfera jurídica esencial, individual, colectiva y difusa.

Finalmente, se acota que el análisis corresponde a la identificación de los medios de defensa jurídica del ambiente, a disposición del ciudadano, en el entendido de que la tutela ambiental es, en sí misma, uno de los derechos humanos en los que se basa nuestra dogmática constitucional.

II. LOS DERECHOS HUMANOS SUSTANTIVOS DEL CIUDADANO, FRENTE AL AMBIENTE

A continuación se pasará una breve revista a algunos de los distintos derechos humanos sustantivos del ciudadano, vinculados a lo ambiental, según la Constitución de 1999, como fundamento de las garantías y derechos humanos procesales o adjetivos en la materia, consagrados para su tutela, es decir, para la salvaguarda de la calidad de vida frente a las actuaciones de otros particulares o del Poder Público.

1. El derecho al principio de legalidad

En un Estado de Derecho⁸, la idea central de semejante institución radica en la plena sujeción de toda actividad humana al imperio de la ley (*lex dura lex*), tanto en lo que corresponde al que hacer de los órganos que ejercen el Poder Público, como en lo relativo al de los particulares. Todo gira en función de la norma jurídica. Así, sobre los primeros, el principio de legalidad ordena que ellos no pueden hacer sino aquello para lo que estén previa y explícitamente autorizados por la norma constitucional o legal, mientras que, en cuanto a los segundos, el citado principio permite que puedan hacer todo cuanto no esté expresamente prohibido por tales normas.

En consecuencia, tal como lo indica mandatoriamente el art. 137 *eiusdem*, “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”; y, en cuanto concierne a la función administrativa encomendada al Poder Ejecutivo, el art. 141 *eiusdem* prevé la labor de la Administración Pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

7. Art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

8. Art. 2: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho...”.

Lo propio acontece con los particulares, al disponer el art. 131 que: “Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”.

Y con respecto a ambos, órganos públicos y particulares, el art. 7 insiste en que “Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Es pues un deber exigible como derecho esencial de todos los ciudadanos desenvolverse dentro de una sociedad regida por el derecho, en pro de la seguridad jurídica y del respeto de sus derechos esenciales, dentro de los cuales está el derecho al ambiente, y sus garantías, conocidas como principios rectores de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

2. El derecho a la irretroactividad de la ley

El art. 24 de la Constitución expresa que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menos pena. Por su parte, el numeral 6 del art. 49 *eiusdem* dispone que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones, en leyes preexistentes, siendo esto válido en los ámbitos de las responsabilidades administrativas y penales.

Este principio de irretroactividad ha sido tradicionalmente extendido a otros fenómenos con consecuencias jurídicas, como la jurisprudencia y la doctrina administrativa, así como a las normativas administrativas, como los parámetros de calidad ambiental.

3. El derecho a la igualdad

Acorde con el art. 21 de la Constitución, “Todas las personas son iguales ante la ley”, por lo que no se permitirán discriminaciones que menoscaben los derechos de toda persona (numeral 1), debiendo la ley garantizar las condiciones jurídicas y administrativas necesarias para que la igualdad sea real y efectiva (numeral 2).

No podría pues una comunidad, sujeta a los mismos parámetros de calidad ambiental que otra, disfrutar de una calidad de vida inferior a aquella, por razones imputables por ejemplo a la actuación distintiva de la autoridad administrativa ambiental.

4. El derecho al carácter restablecedor de las reparaciones ambientales

Lejos de regir en la materia ambiental la consideración tradicional de la plena reparación del daño, por la alternativa de la indemnización de daños y perjuicios, o pago por equivalente, la regla en el derecho ambiental de la responsabilidad es la de la reparación *in integrum*, conocida como el restablecimiento del *statut quo ante*, siempre que ello sea técnica y económicamente posible.

La dificultad de lograr la recuperación efectiva de los bienes ambientales, tras haber sido afectados, o hasta su imposibilidad, según los casos, con grave riesgo para la vida en general, condujeron a la implementación del principio precautorio o *in dubio pro natura*, que obliga a evaluar *a priori* los resultados de las actividades humanas, para autorizarlas sólo en la medida en que puedan evitarse los daños ambientales o restablecerse sus consecuencias perjudiciales.

Por ello, el art. 129 *eiusdem* exige que “Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural”; y, prevé 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 considerará 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”.

5. El derecho a la función ambiental de la propiedad

El art. 115 de la Constitución garantiza el derecho a la propiedad, de modo que toda persona pueda usar, gozar, disfrutar y disponer de sus bienes.

No obstante, el ejercicio de tal derecho se encuentra constitucionalmente condicionado por las contribuciones, restricciones y obligaciones que fije la ley, con fines de utilidad pública o de interés general, dentro de las cuales destacan las que encuentran justificación en la necesidad de proteger el ambiente, que es lo que se conoce como la función ambiental de la propiedad, cuyo respecto integra al más amplio derecho humano al ambiente, manifestándose en limitaciones a la propiedad predial, de carácter legal, como las derivadas de las declaratorias de áreas bajo régimen de administración especial, como parques nacionales; e incluso de condición voluntarista, como las conocidas reservas privadas de protección.

6. El derecho al *non bis in idem*

El art. 49, numeral 7 de la Constitución dispone que ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

Este principio tradicionalmente se ha leído como la imposibilidad genérica para la autoridad en uso de la potestad sancionatoria, de castigar dos o más veces al infractor, por el mismo hecho.

No obstante, conviene precisar que la prohibición en cuestión se refiere al doble o múltiple enjuiciamiento, a objeto de hacer valer la misma responsabilidad jurídica. De esta manera, nada en derecho obsta a que se someta a juicios distintos, acumulados, simultáneos o sucesivos, según los casos, a una persona, por los mismos hechos, siempre que se trate de comprometer diferentes responsabilidades, como la civil ambiental (preventiva o restablecedora o indemnizatoria), la penal ambiental (preventiva y sancionatoria, incluso con penas principales y accesorias) y la administrativa ambiental (correctiva o sancionatoria).

7. El derecho al acatamiento de la división vertical del poder

Con esta nomenclatura se hace referencia a la necesidad imperiosa en que están los ciudadanos, por razones de seguridad jurídica, entre otras, de que las autoridades legislativas y administrativas del país, al ejercer sus atribuciones públicas de resguardo am-

biental, no usurpen sus funciones⁹, con afectación del principio de separación de los poderes¹⁰. Es decir, que la Asamblea Nacional y la Administración Pública Nacional no dicten leyes ni actos administrativos que irrumpen ilícitamente en la esfera competencial de los Consejos Legislativos Estadales y las Administraciones Públicas Estadales o de los Concejos Municipales y las Administraciones Públicas Municipales, ni que éstos emanen leyes estadales o actos administrativos estadales u ordenanzas o actos administrativos municipales que hagan lo inverso o interfieran entre sí.

Claro que la competencia en materia de protección del ambiente es concurrente, lo cual se desprende del mandato del art. 127 constitucional, al contener expresiones tales como: “El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica” y “Es una obligación fundamental del Estado, ..., 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”, pues el término *Estado* es comprensivo de la idea de poder público, en su mencionada distribución vertical y en su conocida separación horizontal.

De este modo, siguiendo al art. 156 *eiusdem*, compete al Poder Nacional el régimen de las tierras baldías y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país (numeral 16); la legislación sobre ordenación urbanística (numeral 19); las políticas nacionales y la legislación en materia de ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio (numeral 23); las políticas nacionales para la producción forestal (numeral 25); y, entre otras materias, la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales, la del patrimonio cultural y arqueológico, la agraria, la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (numeral 32).

Por su parte, el art. 164 *eiusdem* se refiere a la competencia del Poder Estatal en cuanto al régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas y ostrales y la administración de las tierras baldías en su jurisdicción (numeral 5); y, a la organización de la policía (numeral 6), siendo que la normativa ambiental nacional en los ámbitos de guardería ambiental (policía administrativa) y policía ambiental (policía judicial), atribuye esas funciones a las policías estadales.

Y, en lo concerniente al Poder Municipal, el art. 178 *eiusdem* le reconoce competencia en materia de ordenación territorial y urbanística, patrimonio histórico, turismo local, parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación y ornato público (numeral 1); de protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental, aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil (numeral 4); y, de servicios de policía municipal (numeral 7), siendo que la normativa ambiental nacional en los ámbitos de guardería ambiental (policía administrativa) y policía ambiental (policía judicial), igualmente atribuye esas funciones a las policías municipales.

Por tanto, todos los niveles territoriales del Poder Público, en Venezuela, tienen competencias en aspectos ambientales, correspondiendo al nivel nacional el establecimiento

9. Art. 138 de la Constitución: “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

10. Art. 136 de la Constitución: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Estatal y el Poder Nacional... Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias...”.

de la política ambiental y la fijación de las reglas de coordinación entre las autoridades, pero siempre en el entendido de que las de radio territorial inferior, en aplicación de conceptos clásicos de policía administrativa, por razones de necesidad local, siempre podrán agravar los parámetros dictados por la de radio territorial más amplio, pero nunca relajarlos. Puede así haber normas de calidad ambiental más estrictas que las nacionales, en el nivel municipal, pero no a la inversa.

8. El derecho a la conservación ambiental

Acorde con lo previsto en el art. 127 de la Constitución: “Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado”.

De esta forma se consagra expresamente, por primera vez en el derecho interno venezolano, el derecho humano al ambiente, formulado generalmente así, como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual, desde la perspectiva del derecho sustantivo, se presenta como el derecho individual y colectivo al mantenimiento equilibrado, en condiciones de sustentabilidad, de los bienes ambientales (agua, suelo, aire, flora, fauna, paisaje, ecosistemas naturales, hábitats humanos), para el disfrute físico y espiritual de cada vez mejores condiciones de vida.

Empero, este enunciado idealista de contornos bastante indeterminados, nos llevaría a concebir un contenido múltiple que, con arreglo a la crítica del Consejo Económico y Social de la O.N.U.¹¹, nos presentaría más que *un* derecho al ambiente, un *conjunto* de *derechos ecológicos* como por ejemplo: derecho a productos alimenticios ecológicamente limpios, derecho a bienes de consumo sin peligro para el ambiente, derecho a que las actividades productivas no presenten peligro para el ambiente, derecho a un medio de vida natural ecológicamente puro, derecho a la salubridad ambiental, etc., que nos harían salir del campo de los derechos humanos, para situarnos en el dominio de la policía administrativa, con todo lo que ello implica.

Visto de esta forma, no es difícil caer en el error de considerar el derecho al ambiente como no justiciable, por la gran abstracción de estos conceptos, por la imposibilidad de materializarlos en un espacio y momento dado en cabeza de un sujeto de derecho perfectamente individualizable, y por los inconvenientes que presentaría su ejercicio efectivo y su restablecimiento en caso de violación. Es por ello que debemos concretar el contenido de este derecho.

En este sentido, partiendo de la imperiosa necesidad del hombre de asegurar la sobrevivencia y subsiguiente vivencia propia y la de su descendencia, en condiciones de calidad, dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, debemos hablar, no ya del derecho al ambiente simple y llanamente, sino del derecho a la conservación ambiental, en el lenguaje del profesor Alexandre Kiss¹², del Instituto Internacional de los Derechos Humanos.

11. Conseil Economique et Social, “Droits de l'homme et environnement”, rapport établi par Mme. Fatma KSENTINI, document n. E/CN.4/Sub.2/1991/8.

12. “Le droit à la conservation de l'environnement”, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 2, n° 12, 31 décembre 1990.

La conservación no es únicamente un objetivo. Es fundamentalmente un mecanismo, o mejor, un conglomerado de técnicas y procedimientos que conducen a la meta de la utilización racional o sostenida de los bienes ambientales en función del desarrollo social.

Por tanto, podemos afirmar que el derecho a la conservación ambiental es un derecho procedural que, como otros, se ejerce por medio de procedimientos legales especialmente creados para asegurar su disfrute efectivo. Estos mecanismos de ley no son exclusivos de este derecho, y se justifican en la necesidad de una verdadera democracia, con plena información y participación en la toma de decisiones.

En consecuencia, el contenido concreto del derecho al ambiente está integrado por tres tipos de procedimientos, que revisten a su vez la condición privilegiada de derechos humanos. Se trata del derecho a la información, del derecho a la participación en la toma de decisiones susceptibles de afectar el entorno del titular y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es pues más bien, en consideración al derecho adjetivo, un verdadero derecho procesal, por lo que el mismo dispositivo del art. 127 continua: “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”.

Igualmente, el art. 128 *eiusdem* reitera que “El Estado desarrollará 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*.”

Y, el art. 120 *eiusdem* prevé que “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está *sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas*. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley”.

En consecuencia, su desarrollo ha de entenderse comprendido en el punto siguiente.

III. LOS DERECHOS PROCESALES DE LOS CIUDADANOS, FRENTE AL AMBIENTE

La parte adjetiva de la dogmática constitucional aparece de suyo trascendente, pues representa la garantía real del goce efectivo de los derechos sustantivos anteriormente enunciados, pero también de los mismos derechos procesales a ser presentados de seguidas, particularmente a través del derecho de amparo. Es decir, de la eficacia cierta de los remedios procesales, tanto administrativos como judiciales, depende que se esté o no dentro de un verdadero Estado de Derecho y de Justicia.

1. El derecho de acceso a la justicia

Según el art. 26 de la Constitución, toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, en condiciones de gratuidad, imparcialidad, idonei-

dad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad y equidad y sin dilaciones ni formalismos inútiles, para hacer valer sus derechos e intereses, lograr su tutela efectiva y obtener con prontitud la decisión correspondiente. Todo esto, dentro de la noción de Estado de Justicia a la que nos adscribimos, acorde con el art. 2 *eiusdem*: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de ...Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, ...la justicia...”.

Este derecho fundamental se ejerce por intermedio del proceso, en los términos del art. 257 *eiusdem*: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

Obviamente, este acceso a la justicia ha de ser libre, cualesquiera puedan ser las pretensiones perseguidas por el legitimado activo, tales como el restablecimiento de los bienes ambientales dañados, la indemnización de daños y perjuicios, el cumplimiento o la resolución de contratos, la represión del depredador ambiental, la anulación de actos legislativos, actos administrativos¹³ y sentencias, la desaplicación de normas inconstitucionales, la revisión de sentencias y, entre otras, el amparo a los derechos humanos fundamentales. Incluso, de relevancia para la materia ambiental, conviene destacar las pretensiones cautelares autónomas, fruto de la aproximación procesal del principio precautorio.

También resulta interesante descollar el reciente empleo exitoso en Venezuela, como desde hace tiempo en Colombia, de las acciones interdictales posesorias, en provecho del ambiente.

Además, sitial especial amerita ser adjudicado al reconocimiento expreso que hace la Constitución, en el citado art. 26, a que este acceso a la justicia no está limitado a la defensa de los intereses individuales o subjetivos clásicos, sino que se extiende, ello con trascendencia evidente en lo ambiental, “para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos”, aunque la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha auto atribuido la competencia exclusiva para conocer de las acciones en justicia con ese propósito, mientras no se dicte la ley de la materia, lo cual de suyo aleja la justicia del ciudadano común.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la participación

El art. 334 del texto Fundamental, a título de obligación constitucional, exige a todos los jueces que, en el ámbito de sus competencias, aseguren la integridad de la Constitu-

13. En líneas generales, dentro del derecho procesal administrativo venezolano, para poder acceder a la justicia en este ámbito, se ha exigido haber agotado la vía administrativa, lo cual se facilitó con la consagración del silencio administrativo negativo, en el art. 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (la única excepción, de carácter positivo y de interés en este campo, viene dada por previsiones de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio). Empero, a parte de que la jurisprudencia reciente ha vacilado sobre el tema, el art. 7, numeral 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública menciona el ejercicio de los recursos judiciales “sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa”.

En todo caso, el derecho procesal administrativo comparado incluye el agotamiento en cuestión dentro de los medios alternativos de solución de conflictos, dejando claro el elemento voluntarista, antes que su obligatoriedad.

ción, donde se debe destacar la parte dogmática o principista y, muy especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

Siguiendo al art. 49 *eiusdem*, el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, por lo que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso, teniendo la persona interesada derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, a acceder a las pruebas y a disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para ejercer su defensa (numeral 1).

En concordancia con este derecho y en cuanto concierne a las actuaciones administrativas, conviene destacar el principio de participación, como fundamento de la Administración Pública, contenido en el art. 141 *eiusdem*. De hecho, en la actualidad, en derecho constitucional general y comparado se habla del derecho a la participación en los procedimientos administrativos formativos de decisiones susceptibles de afectar la esfera jurídica del interesado, que en nuestro medio se ha presentado simplistamente como el principio del contradictorio (*audire alteram partem*), como elemento del derecho esencial a la defensa.

Se trata pues de un postulado fundamental que no debe faltar en la sede administrativa, asistamos a peticiones diversas, solicitudes de autorizaciones, denuncias o investigaciones en ejecución de funciones de guardería o de policía ambientales, para la verificación del cumplimiento de las condiciones, limitaciones o restricciones de actividad, por ejemplo, o para la imposición de sanciones. Esto, sea que el procedimiento administrativo se haya iniciado de oficio o a instancia de algún interesado, sea o no alguno de los órganos auxiliares del servicio de guardería ambiental (organizaciones no gubernamentales definidas reglamentariamente).

Particularmente, el derecho a participar viene garantizado por el derecho a la recepción del escrito¹⁴; el derecho a alegar¹⁵; el principio de libertad probatoria, sólo limitado por la prueba legal (piénsese en el derecho a la contraexpertise, en materia de evaluación del impacto ambiental)¹⁶; la evaluación por la sana crítica¹⁷; los principios de informalismo (no preclusividad o carácter referencial y ordenador de los plazos, excluidos los de decisión), de investigación de la verdad real con obligación de aportar información en cualquier tiempo¹⁸; y, entre otros aspectos, por la posibilidad de ejercer recursos de reclamo¹⁹, de reconsideración²⁰, jerárquicos²¹ o de revisión²², así como peticiones de reconocimiento de la nulidad absoluta²³, reclamaciones sin el carácter de recurso, sobre el funcionamiento de la Administración Pública²⁴, y hasta denuncias ante la Defensoría del Pueblo²⁵ y peticiones de acciones de responsabilidad ante la Fiscalía General de la República²⁶.

14. Art. 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

15. Art. 7, numeral 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

16. Art. 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

17. Art. 507 del Código de Procedimiento Civil.

18. Arts. 28 y 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

19. Art. 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

20. Art. 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

21. Art. 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

22. Art. 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

23. Art. 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

24. Art. 6, numeral 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

25. Arts. 280 y 281, numeral 1 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

26. Art. 285, numeral 5 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Tampoco puede estar ausente el debido proceso de la sede judicial, en casos de acciones de inconstitucionalidad contra leyes u otros actos de ejecución directa de la Constitución²⁷, recursos de interpretación de leyes²⁸, recursos contencioso administrativos de nulidad contra actos reglamentarios²⁹, recursos contencioso administrativos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares³⁰, recursos contencioso administrativos por abstención o carencia³¹, recursos contencioso administrativos de condena o indemnizatorios o demandas o querellas contra entes públicos³², o demandas o querellas contra particulares³³, apelación³⁴, casación³⁵ o revisión³⁶ de sentencias o amparos constitucionales (cautelares o autónomos, contra normas, actos administrativos, vías de hecho de la Administración Pública, omisiones administrativas, sentencias o actuaciones privadas)³⁷, todas estas acciones judiciales asociadas o no a peticiones de medidas cautelares³⁸ o de empleo del control difuso de constitucionalidad³⁹, y abiertas a la intervención adhesiva de los terceros interesados⁴⁰. A más, obviamente, de las intervenciones posibles, al título que sean, en la materia penal ambiental⁴¹.

Asimismo, toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad (numeral 3). En este sentido, el Ministerio Público, según lo pauta el art. 285 de la Constitución, debe garantizar en los procesos judiciales -cualquiera de ellos- el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República (numeral 1), concretamente la celeridad, la buena marcha y el debido proceso (numeral 2), lo cual puede ser de oficio o a instancia del interesado.

Ahora bien, en referencia especial a la justicia administrativa y visto el singular carácter subjetivo (por no limitarse al control de legalidad sino abarcar preponderantemente la salvaguarda de las esferas jurídicas subjetivas), que la moderna doctrina nacional y comparada ha venido atribuyendo al contencioso administrativo, debe tenerse presente el contenido del art. 259 de la Constitución, que explícitamente confía a los tribunales

27. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (arts. 266, numeral 1, 334 y 336, numerales 1, 2 y 3 de la Constitución).

28. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa (art. 266, numeral 6 de la Constitución).

29. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa (art. 266, numeral 5 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

30. Competencia de la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

31. Competencia de la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

32. Competencia de la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259 de la Constitución y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

33. Competencia del tribunal correspondiente (art. 253 de la Constitución).

34. Competencia del tribunal de alzada correspondiente (art. 253 de la Constitución).

35. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Civil, Penal o Social, según el caso (art. 266, numeral 8 de la Constitución).

36. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (art. 336, numeral 10 de la Constitución).

37. Competencia del tribunal correspondiente (arts. 27 y 253 de la Constitución y Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

38. Arts. 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

39. Arts. 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil.

40. Art. 370 del Código de Procedimiento Civil.

41. Ley Penal del Ambiente y Código Orgánico Procesal Penal.

con competencia en lo contencioso administrativo facultades para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, y para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, dentro de lo que se incluye por razones obvias el ejercicio de oficio o a petición de parte del poder caudal general, fines estos que pueden ser todos materia de pretensión procesal por parte de los ciudadanos.

3. El derecho a los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos

En la materia ambiental y ello con validez para todos los medios alternativos de solución de conflictos, debe destacarse la plena aplicación de los arts. 253, que los hace parte del sistema de justicia, y 258, que expresamente prevé que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Ahora bien, siendo la Administración Pública parte del conflicto de que se trate, se observa que el art. 141, como uno de los principios que deben fundamentar a la Administración Pública, incluye el principio de eficiencia administrativa, el cual, sin duda está vinculado al logro de los fines administrativos y por tanto a los aspectos sustantivos. No obstante, no debe perderse de vista que este principio de eficiencia ha sido puesto de relieve por los procesalistas administrativistas, con el objeto de explicar el por qué de la procedencia en la materia del derecho público, concretamente del derecho administrativo ambiental, de los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos, particularmente de la transacción y del arbitraje.

Además, vale la pena recordar la existencia de la Corte Internacional de Conciliación y Arbitraje en Materia Ambiental, así como las actividades en ese ámbito de la Cámara de Comercio Internacional, que ofrecen un camino fructífero de tutela ambiental por vía alternativa.

4. El derecho de amparo

La acción extraordinaria de amparo está consagrada en el art. 27, al indicar que toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en tratados internacionales, debiendo el proceso ser oral, público, breve, gratuito, preferente y no sujeto a formalismos ni dilaciones, y teniendo el juez potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Cada vez más, dadas las grandes alteraciones ambientales, las afectaciones negativas a la calidad de vida de las personas, la ilicitud o grave insuficiencia de la actuación de las administraciones públicas, la toma de consciencia de los ciudadanos en cuanto se refiere a la defensa de sus derechos e intereses y también la lentitud con que se presentan las decisiones definitivas en las acciones judiciales ordinarias, se ha venido generalizando el empleo de la vía judicial extraordinaria y expedita del amparo constitucional, regulado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,

para la salvaguarda de todos y cada uno de los derechos constitucionales de los ciudadanos, en casos de daños a la salud, por procesos agudos de contaminación atmosférica o acuática, medidas administrativas sancionatorias sin previa apertura de procedimientos con las debidas garantías, etc.

5. El derecho de amparo internacional

Conforme con el art. 31, toda persona tiene derecho a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos, debiendo el Estado cumplir las decisiones emanadas de tales órganos, como lo son, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

6. El derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta

Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de su competencia, y de obtener oportuna y adecuada respuesta, es lo pautado por el art. 51 de la Constitución y desarrollado por los arts. 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴². Este derecho se incluye dentro de los derechos adjetivos, por implicar su ejercicio el inicio de un procedimiento administrativo, con las infaltables garantías del debido proceso, tales como lo podrían ser los derivados de denuncias hechas por los órganos auxiliares del servicio de guardería ambiental.

Así, el ciudadano, en caso de lesiones o amenazas de afectaciones ambientales, está llamado a plantear solicitudes concretas o denuncias ante organismos públicos como: el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, la Guardia Nacional, la Comisión de Ambiente de la Asamblea Nacional, la Defensoría Ambiental de la Defensoría del Pueblo, la Dirección de Ambiente de la Fiscalía General de la República, la Gobernación del Estado (policía estatal), la Alcaldía (direcciones de ambiente, policía municipal y hasta direcciones tributarias, visto que las ordenanzas suelen hacer depender las licencias de industria y comercio del respeto de la legislación ambiental), y tantos otros, según los casos.

Desde otro punto de vista, recuérdese que su tutela puede constituir el objeto de la pretensión, en la acción de amparo constitucional.

42. Se pone de manifiesto la importancia que podría tener en esta materia de la protección del ciudadano en nuestro país, el ejercicio del derecho de petición ante la Defensoría del Pueblo, conforme a los arts. 280 y 281, numeral 1, que le acuerdan la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, debiendo velar por su respeto, investigando de oficio o mediando denuncia de parte interesada.

7. El derecho a la información y el derecho de acceso a los documentos administrativos

El derecho a la información y, su especie, el derecho de acceso a los documentos administrativos, que por lo demás significan el presupuesto necesario del derecho a la participación en la toma de decisiones susceptibles de afectar la esfera jurídica subjetiva del interesado, se toman como derechos adjetivos, por cuanto en la mayoría de los casos su ejercicio está vinculado al inicio y/o al curso de un procedimiento administrativo.

Dentro del espíritu, propósito y razón del art. 141 de la Constitución, que consagra el principio de transparencia como fundamento de la Administración Pública, desarrollado por el art. 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, toda persona tiene el derecho (preceptúa el art. 28 de la Constitución) de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, se podrá acceder a los documentos que contengan información de interés para grupos de personas, como lo son los registros de permisos, licencias y autorizaciones para ocupaciones del territorio, realización de actividades susceptibles de degradar el ambiente o afectación de recursos naturales, monitoreos de calidad ambiental, etc.

Estos derechos también entran en juego, por mandato constitucional, en cuanto concierne a registros privados, como podrían ser los involucrados con programas y evaluaciones de impacto ambiental o planes de contingencia, por ejemplo.

En el mismo orden de ideas, el art. 143 de la Constitución, seguido por los arts. 6 y 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, dispone que todos tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Además, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, salvo únicamente los casos de seguridad del Estado, investigación criminal y salvaguarda de la intimidad de la vida privada.

De este modo, se ha constitucionalizado plenamente la obligación de que las administraciones públicas lleven expedientes administrativos, garantizándose el acceso a los mismos de todos los interesados, en los términos y modalidades previstos por los arts. 7, numerales 1, 3 y 7, 157 y 168 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 31 y 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para el aseguramiento del ejercicio eficaz del derecho a la participación, dentro del concepto de procedimiento-garantía.

IV. CONCLUSIONES

1. Los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos, reconocidos por la Constitución de 1999, en esencia no son distintos ni tampoco más que los consagrados por la Constitución de 1961, pues ella también contenía la cláusula del *numerus apertus*.

2. Empero, se ha experimentado una mayor explicitación de esos derechos humanos y de una serie de principios de organización administrativa que ya estaban en el denominado bloque de constitucionalidad en las fuentes del derecho, gracias a contundentes y preclaros aportes doctrinales y jurisprudenciales, nacionales y comparados, que al estar

ahora consagrados en el propio texto racional normativo, revalorizan la seguridad jurídica de la persona humana.

3. Al momento de diseñar estrategias de participación en procedimientos administrativos o procesos judiciales, en pro de intereses ambientales, se deberá considerar plenamente la dogmática constitucional, bajo el moderno concepto de Constitución normativa, directamente aplicable, para la tutela judicial efectiva del ambiente, en beneficio de la calidad de la vida.

§ 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA

Dante Caponera

Asociación Internacional del Derecho de Aguas
Italia

En mi calidad de Presidente de la Asociación Internacional del Derecho de Aguas (AIDA), que cuenta con más 350 miembros en todo el mundo, con mucho gusto acepto la invitación a escribir una pequeña contribución personal en nombre mío y de la AIDA en honor del profesor Allan R. Brewer-Carías, agradeciéndole sus valiosas contribuciones que están manifestadas en sus escritos y actividades para el desarrollo de los aspectos jurídicos e institucionales de los recursos hídricos tanto a nivel nacional como internacional.

Él ha comprendido la importancia del derecho de aguas y ha apoyado a la Asociación con toda su energía: formuló las bases para una conferencia mundial de derechos de aguas, que se desarrolló en Caracas en 1979.

Últimamente ha ido creciendo la necesidad de prestar mas consideración a todos los problemas relacionados con el uso de los recursos hídricos, entre ellos, en primer lugar, están los aspectos legales y administrativos. También es necesaria la promulgación de políticas hidráulicas, programas de desarrollo y actividades.

El objetivo principal de una política de agua es el alcanzar una maximización de beneficios derivados de los recursos disponibles y de su gestión mas racional.

Una política hidráulica firme y equilibrada, debería estar enfocada, dependiendo de cada caso, a nivel nacional, de cuenca, regional, local o de proyecto. También debería estar enmarcada dentro de la situación existente y las peticiones de cada estado, región o cuenca, comprometiéndose a encontrar la manera de satisfacer las demandas de agua existentes y futuras para diferentes propósitos, en base a la disponibilidad de agua, usos actuales, estimaciones del aumento de la población y las posibilidades técnicas y financieras. Todo esto requiere una planificación apropiada para una correcta distribución y gestión del agua y de los recursos financieros disponibles a cada nivel.

Así como una política hidráulica nacional debe situarse dentro de los planes nacionales de desarrollo global, y puede constituir tanto un catalizador como una barrera para dichos planes, asimismo, la administración del agua como parte de la infraestructura nacional, puede actuar como un estímulo o restringir cualquier proceso nacional de desarrollo.

Igualmente una buena legislación del agua puede constituir un buen camino para implementar las decisiones de la política hidráulica y facilitar la utilización racional de los recursos hídricos, mientras que una legislación del agua inadecuada puede actuar como un obstáculo para su utilización.

En muchos casos, las legislaciones existentes, que regulan la gestión y la satisfacción de la demanda, conservación y suministro de agua, han quedado obsoletas debido a que se consideraba que el agua era inagotable. El tiempo ha alcanzado a aquellas leyes, que

daban a los usuarios manos libres, y el avance en el conocimiento y la tecnología han causado la caducidad de los primeros tipos de control. La búsqueda de nuevos recursos nos permite desde un mayor uso de las aguas subterráneas, trasvases de cauces, el almacenamiento y nuevas formas de distribución, que anteriormente eran impensables, hasta la recarga de acuíferos, el reciclaje de agua y el tratamiento agua residual para su posterior uso. Las leyes existentes seguramente no contienen provisiones a cerca de estos nuevos medios o para controlar proyectos de esta envergadura.

Para satisfacer estas nuevas necesidades, tienen que diseñarse e innovar las leyes de aguas, no solo para facilitar y alcanzar una distribución o redistribución eficiente del recurso y una protección medioambiental, sino también para apuntar hacia la obtención de objetivos sociales, económicos y de otras metas nacionales. La reforma de la ley de aguas puede estar acompañada de una reforma de las tierras, en dicho caso la redistribución de las tierras puede provocar una redistribución de los derechos sobre el agua accesorios a dichas tierras. El establecimiento de nuevos proyectos para proporcionar tierras para el riego puede convertir a gente nómada o pastoral en granjeros, y eso puede requerir provisiones especiales en la ley de aguas o la creación de organizaciones especiales para la distribución de agua. Programas para el mejoramiento de las poblaciones indígenas puede requerir también provisiones especiales que les permita competir con propuestas para el desarrollo industrial o nuevos proyectos de riego mas comerciales. Los futuros titulares de derechos de agua deberían tener un grado diferente de sofisticación que requiera un trato diferente. A los dueños de tierras e industrias en países desarrollados, se les debería conceder un abanico mas amplio donde escoger, sin embargo, debe darse un acercamiento mas paternalista a aquellos en los que, lo que llamamos civilización, ha sido introducido recientemente, a aquellos en los cuales la transición hacia el comercio moderno todavía no ha sido introducida, aquellos graduados recientemente de la vida nómada o pastoral o a aquellos que se han criado en un sistema tribal o comunal, a los cuales algunas nociones de derecho o propiedad les son desconocidas.

La planificación moderna, el desarrollo y la gestión de los recursos hídricos debe estar basada en los principios del Derecho del agua que están implementados mediante procedimientos legales que autorizan y facilitan dichos procesos. Es importante recalcar que en los primeros tiempos *las leyes de aguas* hacían referencia básicamente a normas legales que gobernaban la relación entre usos del agua, como son la doctrina del ribereño o la doctrina de la apropiación previa, hoy en día el interés y objetivos de los gobiernos también tienen que tenerse en cuenta. Como resultado, el sistema debe regular la relación entre los usuarios de agua *vis-avis*, el Estado e identificar claramente cuales son los poderes del Estado en relación con todos los posibles usos del agua, ambos públicos y privados.

En algunos Estados puede que haya la necesidad de suprimir algunos derechos de los ribereños y adoptar un sistema de control del Estado sobre el Agua. En otros, los controles existentes deberían ser modernizados, de modo que se adapten los derechos del agua existentes a nuevas prioridades. Cuestiones constitucionales tendrán que ser abordadas en cuanto a las cuestiones relacionadas con la terminación de derechos privados o el apoderamiento por parte del Estado de aguas privadas. Instituciones gubernamentales y agencias estatales, puede que sufran un cambio, que servirán, para solucionar los posibles problemas políticos y legales que puedan surgir de conflictos interjurisdiccionales en la gestión sectorial de los recursos hídricos.

Dado la amplia gama de usos del agua, efectos perjudiciales y aspectos cualitativos, muchos ministerios, instituciones autónomas, corporaciones privadas e individuales

están involucrados, comprometidos, interesados o son usuarios del agua. Por otra parte la diversidad de normas que pretenden gobernar específicos usos del agua, efectos perjudiciales o uso impropios, son dictadas y administradas por diferentes instancias administrativas, sin ninguna coordinación aparente o requerida. El resultado de todo esto es la solapación de autoridades en materia de agua, una planificación pobre o inadecuada, una falta de coordinación entre autoridades, un acercamiento sectorial en los proyectos de aguas, efectos perjudiciales de un proyecto u otro, el gasto de recursos naturales, financieros y humanos, inseguridad en torno a los derechos al uso de las aguas y una dudosa efectividad o éxito en la implementación de los proyectos.

Debe señalarse que los proyectos hidráulicos, que han sido técnicamente y económicamente bien concebidos, muchas veces han sido estorbados, retrasados o condenados al fracaso por culpa de una legislación inadecuada en materia de aguas u otros problemas legales. Los inversores y agencias internacionales que toman parte en grandes proyectos, buscan cada vez más en la ley, la seguridad antes proporcionada por el aparente stock inagotable de agua. De hecho, cualquier proyecto de gestión de aguas o conservación, necesita capital, la inversión del cual es solo factible si los derechos están bien definidos, el agua es distribuida en volumen, tiempo y calidad para satisfacer la demanda y para asegurar la recuperación del capital invertido.

En el caso de cuencas internacionales, la falta de instituciones adecuadas y convenios deja el desarrollo de proyectos hidráulicos en una situación problemática y en ocasiones es causa de disputas internacionales.

En vista de lo señalado anteriormente, una política racional de los recursos hídricos tiene que tomar en consideración los aspectos legales e institucionales del agua, ambos con respecto de su implicación en los sectores económicos, sociales y técnicos y en todos los niveles de gestión: la planificación, construcción, operación y mantenimiento de los proyectos.

La importancia de la administración y legislación de los recursos hídricos, esta siendo reconocida, cada día más por directores, técnicos y economistas, como una parte esencial de la planificación, operación y mantenimiento de proyectos conectados con el desarrollo y conservación de los recursos hídricos.

Actualmente las leyes mal concebidas en torno a este tema son consideradas como un freno al desarrollo de los recursos hídricos, debido a que normalmente estos problemas nos son vistos por personas con una experiencia legal, sino por gestores de aguas (Ingenieros, hidrólogos, hidrogeólogos) y economistas, por esta razón no se conoce o se pasa por alto el contenido exacto, el espíritu, las implicaciones y gran parte de la legislación del agua.

Por otro lado los juristas desconocen los conceptos hidrológicos, técnicos y económicos básicos, que son indispensables para tratar con la gestión del agua, por esa razón los juristas no están siempre en condición de proporcionar soluciones legales o administrativas ante los problemas en los que se encuentran los técnicos y economistas, responsables de la gestión de agua.

La ciencia de la legislación y administración del agua es relativamente nueva, siendo necesario un enfoque interdisciplinario. Empezando por los aspectos técnicos del agua (ciclo hidrológico, tipos de usos, proyectos con uno o varios objetivos, etc.), lo que se pretende es dotar al planificador de las suficientes herramientas legales e institucionales, necesarias para dominar las dificultades con las que se encuentran los técnicos y economistas en el campo de la gestión de los recursos hídricos.

A parte de los aspectos técnicos, los juristas con responsabilidades en el campo de la gestión de los recursos hídricos, tienen también que considerar los elementos socioeconómicos. Todos estos aspectos serán el tema de las próximas secciones.

La idea de la participación popular y de los usuarios en el gobierno de las aguas a todos los niveles nacional, regional y local, constituye una de las ideas más modernas de esta participación popular. Existen conflictos institucionales entre las instituciones y los usuarios y la creación de confederaciones hidrográficas tratarán de mitigar estos conflictos creando adecuadas soluciones a esos problemas.

Los temas relacionados con la administración y legislación de aguas están siendo tratados cada vez más por el sistema de agencias para el beneficio de los Estados miembros de las Naciones Unidas. La Organización de la Agricultura y Alimentación (FAO) de las Naciones Unidas, fue la primera en iniciar estudios sobre el Derecho de agua en 1951; La Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente de las Naciones Unidas, para Europa y para Latino América, están actualmente estudiando las actividades en este campo. Asistencia técnica, esta siendo proveída a países que desean modernizar su administración y legislación de aguas y para formular políticas hidráulicas nacionales.

Todos los principios formulados han sido establecidos y apoyados por el Profesor Allan R. Brewer Carías que siempre ha buscado las soluciones más justas y pragmáticas en el desarrollo del derecho de aguas moderno.

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

§ 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMAS

Gerardo Puertas Gómez
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey
México

I. INTRODUCCIÓN

La salvaguarda de los Derechos Humanos es uno de los propósitos fundamentales de toda sociedad organizada¹.

El Hombre crea al Estado y le transmite parte de su libertad, a cambio de la protección de su vida, libertades civiles y posesiones. Al poder público le corresponde garantizar el pleno ejercicio de los Derechos².

La teoría política y la doctrina constitucional valoran a la propiedad como uno de los principales Derechos del Hombre. Por eso su cuidado ha sido objetivo esencial de la acción gubernamental.

Los temas centrales del estudio son el concepto de Derechos Humanos y la Propiedad, como aparecen consagrados en la Constitución mexicana.

Los Derechos del Hombre, son prerrogativas inalienables que corresponden al individuo por el sólo hecho de pertenecer al género humano³.

1. En México el Constituyente de 1857 reconoce a los Derechos de Hombre como “la base y el objeto de las instituciones sociales” (Artículo 1, Constitución de 1857 en *Los Derechos del Pueblo Mexicano*, t. III, M. Porrúa, México 1978, p. 11).

La asamblea de 1917, aunque eliminó esa referencia en el texto constitucional, conservó el mismo espíritu, como se ve en el Dictamen correspondiente al Artículo 1: “el pueblo...encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales” (Dictamen del Artículo 1, en *Los Derechos ibid.*, pp. 21-22).

En el tema, pueden verse también, PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Pensamiento Político-Constitucional Mexicano (Siglo XIX)*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1990. pp. 86-88; *Pensamiento Político-Constitucional Mexicano (Siglo XX)*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1991 y; *El Pensamiento de la Revolución Mexicana*, Monumel, Monterrey 1987, pp. 271-274.

2. La teoría clásica liberal sobre la soberanía popular y la creación del Estado, puede hallarse en la obra de Locke (Cf., LOCKE, John, *Second Treatise on Civil Government*, Hackett, Indianapolis 1980, pp. 52-68).

En este punto VILLEY, Michel afirma, concretamente, que los Derechos del Hombre “son un producto de la época moderna” (Cf., VILLEY, Michel, *Le Droit et les Droits de l’Homme*, Presses Universitaires de France, París 1983, p. 9).

Un clásico moderno de la crítica liberal al intervencionismo económico del Estado, es HAYEK, Friedrich A., *The Road to Serfdom*, University of Chicago, Chicago 1972.

3. Sobre el concepto de Derechos Humanos, desde la Perspectiva iusnaturalista, MACFARLANE nos dice claramente que éstos son “derechos morales que le corresponden a cada hombre o a cada mujer solamente en razón de ser humanos”, pero reconoce también la necesidad de consagrarlos en leyes (Cf., MACFARLANE, L.J., *The Theory and Practice of Human Rights*, New York, St. Martin’s 1985, pp. 3 y 13). Similarmente, AGUINSKY DE IRIBARNE,

Por propiedad privada entendemos el derecho de los particulares para usar, gozar y disponer de bienes⁴.

Estas últimas instituciones deben operar, naturalmente, en el marco de un régimen constitucional y de acuerdo a las condiciones particulares de cada país.

Por ello es indispensable contar con una regulación jurídica que ofrezca el más amplio margen de acción a los individuos y, al mismo tiempo, proteja escrupulosamente los intereses de la sociedad⁵.

Esher, se refiere a la definición de los Derechos del Hombre y los considera de carácter natural (Cf., AGUINSKY DE IRIBARNE, Esther, *El Concepto de Derechos Humanos; un Estudio Interdisciplinario*, Facultad de Derecho, Montevideo 1986, p.37.).

Con relación a la naturaleza de los Derechos del Hombre la doctrina ha escrito profusamente. Un estudio general es presentado en la obra de NICKEL, James W., *Making Sense of Human Rights*, University of California, Berkeley 1987, pp. 13-35.

REYNAULD alude a la dificultad de precisar la naturaleza exacta de los Derechos Humanos (Cf., REYNAULD, J., "Réflexions sur la Nature des Droits de l'Homme" en *Revue du Droit International et de Droit Comparé* n° 3-4, Institut Belge de Droit Comparé, Bruselas 1968, pp. 164-167). Hace lo propio el jurista español CASTÁN TOBEÑAS (Cf., CASTAN TOBEÑAS, José, *Los Derechos del Hombre*, Reus, Madrid 1969, pp. 10-20).

Acerca del origen y evolución de los Derechos del Hombre, pueden verse: AURENCHE, Guy, *L'Aujourd'hui des Droits de L'Homme*, Nouvelle Cité, París 1980; BISCARETTI, Paolo, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Guiffré, Milán 1988, pp. 663-666; CASSESE, Antonio, *I Diritti Umani nel Mondo Contemporaneo*, Laterza, Roma 1988; CASTAN TOBEÑAS, *ibid.*, pp. 40-56 y 80-95; LE PAGE, Guirec, *Droits de l'Homme*, Le Centurion, París 1984; VERGOTTINI, Guiseppa de, *Diritto Costituzionale Comparato*, CEDAM, Padua 1987, pp. 142-147.

Para los textos de las declaraciones de Derechos desde Magna Carta, puede verse: VICENSINI, Jean-Jacques, *Le Livre des Droits de l'Homme; Historie et Textes*, Laffont-Archimbaud, París 1985, (Magna Carta y Bill of Rights (Gran Bretaña), pp. 41-51; Déclaration des Droits (Francia), pp. 80-81; Declaration of Independence (Estados Unidos de América), pp. 51-56; Constitución (México), pp. 204-223; Declaración Universal de Derechos (ONU), pp. 68-73).

Cf., También "Universal Declaration Of Human Rights" en *The International Bill of Human Rights*, United Nations, Nueva York 1978, pp. 4-9.

4. Consúltense en el tema de la propiedad en general DONAHUE, Charles, "The Future of the Concept of Property Predicted from its Past", en PENNOCK, J. Roland y CHAPMAN, John W. (eds.), *Property*, New York University, New York 1980, pp. 28-68; *Itinerari Moderni Della Propieta*, Giuffrè, Milán 1978; MINOGUE, Kenneth, "The Concept of Property and its Contemporary Significance" en PENNOCK, *ibid.*, pp. 3-27; PENNOCK, J. Roland, "Thoughts on the Right to Private Property" en PENNOCK, *ibid.*, pp. 171-186 y; SCHLATTER, Richard, *Private Property; the History of an Idea*, Rutgers University, New Brunswick 1951, pp. 162-177.

Sobre la propiedad en América Latina, V. QUIROGA LAVIE, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1991, pp. 80-81 y 100-103.

Para aspectos generales del Derecho de Propiedad en México, pueden verse: IBARROLA, Antonio de, *Cosas y Sucesiones*, Porrúa, México 1986, pp. 287-314 y 337-355 y; BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México 1986.

5. La doctrina relativa a la necesidad de adaptar los Derechos a las realidades de cada nación, es vasta.

David reconoce una tendencia de las Constituciones a integrar *principios de orden social*, entre otras formas a través de "declaraciones de derechos". El propio autor se pregunta al respecto: "¿Estamos tratando aquí con documentos puramente de orden político, con profesiones de fe o declaraciones de intención?". El reconoce que la respuesta varía de país a país, dependiendo de circunstancias de tipo histórico-político (DAVID, René, "The Legal Systems of the World; Their Comparison and Unification", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Nijhoff, s.f. vol. II, Boston, pp. 32-35).

VAN DER VEN, por su parte, considera que la operación de los Derechos Humanos depende de situaciones de tiempo y de espacio. Textualmente dice: "la universalidad de los Derechos del Hombre tan determinadamente anunciada en los instrumentos internacionales, no debe confundirse con uniformidad en todas partes y en toda circunstancia" (Cf., VAN DER VEN, J.J.M., "L'Universalité des Droits de l'Homme comme Problème de Droit Comparé", en *Unification and Comparative Law in Theory and Practice*, Kluwer, Antwerp 1984, pp. 253-255 y 260-262). Semejante postura adopta Cassese, al decir que "esa internacionalización es, por ahora, un mito" (Cf., CASSESE, *ibid.*, p. 48).

Nuestro propósito es analizar los principios contenidos actualmente en la Ley Suprema, reflexionar sobre ellos, y determinar sus ventajas e inconvenientes.

El punto ha sido materia de nuestra reflexión desde hace años. Sin embargo nos parece que, hoy más que nunca, su análisis es relevante. Efectivamente, el proceso de transformación e internacionalización de la economía mexicana le otorgan una actualidad singular⁶.

Después de la introducción al tema, el apartado II se refiere a la noción de Derechos Individuales que prevalece en el Pacto Federal. Allí aludiremos a su origen y naturaleza, a la obligación que tienen las autoridades frente a ellos, así como a la trascendencia que revisten.

Creemos conveniente comenzar por precisar este concepto, por ser el género al que pertenece el Derecho de Propiedad y, en nuestra opinión, el marco dentro del cual debe ser analizada esa prerrogativa.

La sección III habla concretamente del Derecho de Propiedad. Su origen y naturaleza, sus limitaciones y la expropiación, son los asuntos que abordamos.

En ambos apartados presentamos los elementos principales consagrados por nuestra Constitución. También hacemos referencia a los antecedentes histórico-jurídicos de la disposición en México, a fin de descubrir la evolución del constitucionalismo en el área⁷.

6. El tema del presente estudio, ha sido preocupación del autor en la última década, como consta en diversos escritos.

En 1983, sostuvimos: "Un gobierno que todo lo supervisa, es una entidad que sofoca y finalmente aniquila la actividad individual, destruyendo la sociedad que le dio origen e incumpliendo la función primaria para la que fue concebido: el bienestar del ser humano" (PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, "El Estado como Rector del Desarrollo Nacional" en *El Diario de Monterrey*, marzo de 1983).

Para 1984, afirmamos: "El individuo es la base para cualquier transformación, puesto que es el elemento esencial de toda sociedad. Para alcanzar un balance entre el Estado y el individuo, el concepto de Derechos Humanos pre-existentes frente a la Constitución, debe ser clara y definitivamente incorporado en su texto, puesto que encarna el verdadero espíritu de la Constitución de 1917. El Estado es una creatura, el Hombre es su creador; el Estado no otorga Derechos, sino que es la entidad específicamente formada para reconocer y proteger los Derechos del individuo" (Cf., PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *The Mexican Political System; Theories, Realities and Perspectives*, Harvard Law School Tesis, Cambridge, Mass., 1984, p. 118).

También afirmábamos entonces: "el Estado ha crecido tanto, que ha sido transformado su propósito original de ser una entidad independiente y con fuertes facultades de regulación, en una omnipresente y subyugante fuerza que controla la mayor parte de los aspectos de la vida en México y desalienta los esfuerzos del individuo y de las entidades no oficiales...El objetivo es darle poder al individuo y a otras fuerzas grupales para que puedan limitar al Estado" (*ibid.*, pp. 117-118).

En 1987, escribimos: "se requerirá fortificar las libertades económicas, bajo esquemas que lleven las ventajas de la propiedad a más sectores de la sociedad, garanticen la verdadera libre empresa y fomenten la desconcentración del capital". Estos conceptos fueron reafirmados en otro ensayo tres años más tarde. (Cf., PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *El Futuro de la Democracia en México*, Monterrey 1987. p. 39; *México: Sistema Político y Transición a la Democracia*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1990, p. 111).

Por último, hemos hablado de la existencia de artículos constitucionales "desvinculados de los requerimientos sociales". En este punto, sugerimos: "la nación necesita replantearse la vigencia de diversos principios. aludo, concretamente, a las materias de educación, agrupaciones eclesíásticas, propiedad y rectoría del Estado...Lo que se requiere, entonces, es matizar excesos históricos y poner al día la normatividad suprema" (Cf., PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Discurso en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México 7 de febrero de 1991, p. 3).

7. Por eso resulta importante estudiar el tema a la luz del contexto mexicano y, en un sentido más amplio, dentro del latinoamericano.

Posteriormente, analizamos los contenidos de las Leyes Supremas de otras naciones y efectuamos su análisis comparativo, para situar y evaluar la posición de nuestro país en ese contexto⁸.

Para la evolución constitucional de México, pueden verse *Los Derechos*, op. cit., MIRANDA, José, *Las Ideas y las Instituciones Políticas Mexicanas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1978; PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Pensamiento (Siglo XIX)*, op. cit., y *Pensamiento (Siglo XX)*, op. cit., y; SAYEG HELDU, Jorge, *Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México 1987.

Sobre la interpretación de nuestro Código Político, puede verse CARPIZO, Jorge, “La Interpretación Constitucional en México”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 67-69.

KATZ, Milton, considera que el Derecho Comparado tiene una misión trascendental en el mundo iberoamericano. El jurista afirma con entusiasmo: “¿qué perspectivas se ofrecen para el estudio comparativo del papel del derecho en el desarrollo y del efecto del desarrollo en el derecho!” (Cf., KATZ, Milton, “Perspectivas del Derecho Comparado en México y Estados Unidos” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n° 4, Universidad Nacional Autónoma de México, México enero-abril de 1969, p. 41).

La pertinencia del análisis de los Derechos Humanos en nuestra región, es señalada por GROS ESPIELL, Héctor, en su obra *Estudios sobre Derechos Humanos*, t. I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, pp. 303-311.

Además, la Declaración General del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional apunta, entre otras, las siguientes ideas:

1. Establecer “el derecho de todo hombre al acceso a una propiedad privada”.
2. Necesidad de determinar claramente las competencias de los sectores público y privado, indicando claramente las “nuevas funciones económicas que asume el Estado”.
3. Eliminar el *excesivo detallismo*, evitando que la Constitución se convierta en una ley reglamentaria.

(Cf., Declaración del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, en HORN, Hans-Rudolf, “Doctrina Jurídica y Derecho Constitucional Comparado en México” en *Boletín Mexicano* n° 38, *ibid.*, mayo-agosto de 1980, pp. 421-423).

8. En general acerca del método comparativo para analizar Derecho extranjero, Cf., ANCEL, Marc, “Quelques Considérations sur les Buts et les Méthodes de la Recherche Juridique Comparative”, en ROTONDI, Mario, *Indagine di Diritto Comparato*; Buts et Méthodes du Droit Comparé, CEDAM, Padua 1973, pp. 3-13.

Son varios los doctrinarios que nos previenen sobre la necesidad de realizar una efectiva comparación, y no solamente estudiar el Derecho extranjero. En tal sentido pueden verse, entre otros CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, *Traité de Droit Comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. II, París 1974, pp. 126-127; GLENDON, Mary Ann y otros, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul, West, 1985, pp. 3-4; GORLA, Gino, *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Guiffrè, Milán 1981, p. 55; GUTTERIDGE, Harold C., *Comparative Law; An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge University, Cambridge U.K. 1949, p. 72; MERRYMAN, John H., “Fines, Objeto y Método del Derecho Comparado” en *Boletín Mexicano* *ibid.*, n° 25-26, enero-agosto de 1976, p. 67; SOLA CAÑIZARES, Felipe de, *Iniciación al Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona 1954, p. 99 y; ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, North-Holland, Amsterdam 1977, pp. 30-46.

En virtud de que se trata particularmente de un escrito de Derecho Constitucional, seguiremos los lineamientos apuntados por autores en la materia.

Con relación al objeto y fines de este tipo de comparación, Cf., BISCARETTI, Paolo, *Introduzione*, op. cit., p. 5 o su edición española *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México 1975, pp. 14-15; FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La Modernización de los Estudios Jurídicos Comparativos” en *Boletín Mexicano* *ibid.*, n° 64, enero-abril de 1989, pp. 67-70; SANCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Universidad de Madrid, Madrid 1976, p. 21 y; VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale Comparato*, CEDAM, Padua 1987, pp. 5-21.

En torno a los aspectos metodológicos de la comparación constitucional, véanse BISCARETTI, *Introduzione*, *ibid.*, p. 20 e *Introducción*, *ibid.*, p. 21; CAPPELLETTI, Mauro y COHEN, William, *Comparative Constitutional Law; Cases and Materials*, Bobbs-Merril, Indianapolis 1979 y; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid 1984, pp. 20-21. Cf., además a DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel; Les Grands Systemes Politiques et Droit Constitutionnel; Les Grands Systemes Politiques*, t. I, Presses Universitaires de France, París 1973; HAURIOU, Maurice y GICQUEL, Jean, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, París 1987 y; VAN MAARSEN, Henc y VAN DER TANG, Ger, *Written Constitutions; A Computerized Comparative Study*, Oceana, Dobbs Ferry 1978.

Al finalizar cada uno de los subtemas, se ofrecen lineamientos para posibles reformas constitucionales⁹.

El artículo cierra con una sección dedicada a apuntar algunas conclusiones de orden general.

Por lo que se refiere a aspectos metodológicos, dos son las ideas centrales que nos guían.

A fin de precisar los principios vigentes, recurrimos al texto de la Constitución. Por lo que hace a las disposiciones nacionales anteriores, damos un repaso a las Cartas Supremas del Siglo XIX.

Respecto al Derecho extranjero, el análisis se limita a las Constituciones de países americanos y europeos. De nuestro continente elegimos a Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela; de Europa seleccionamos a Alemania, España, Francia y Suiza.

Se han seguido criterios de representatividad de familias y tradiciones jurídicas para determinar las naciones a estudiar. Del Common Law aludimos Canadá y a Estados Unidos. La familia del Derecho Continental cuenta con exponentes de diversas tradiciones: la germánica, la románica y la iberoamericana¹⁰.

Puede recurrirse también a nuestros trabajos: PUERTAS GÓMEZ, Gerardo, *Derecho Constitucional Comparado; América Latina*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1992 y *Derecho Constitucional Comparado; Europa y América del Norte*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey 1992.

En relación a la comparación de Derechos Humanos en particular, Cf., CLAUDE, Richard P, (ed.), *Comparative Human Rights*, Johns Hopkins, Baltimore 1977; KRAMER, Daniel C., *Comparative and Civil Rights and Liberties*, University Press of America, Washington 1982; y STROUSE, James C., y CLAUDE, Richard P., "Empirical Comparative Rights Research: Some Preliminary Tests of Development Hypotheses" en CLAUDE, *ibid.*, pp. 51-67.

Sobre la conveniencia de incrementar la utilización del método comparativo en el área de Derechos Humanos, se han pronunciado DEL VECCHIO, Giorgio y CASSIN, René. El primero sostiene que la ciencia del Derecho Comparado aporta criterios para medir el "grado de humanidad" de los sistemas jurídicos. El segundo habla de "beneficiar a los Derechos Humanos con las ventajas de la emulación" (Cf., VECCHIO, Giorgio del, "Les Bases du Droit Comparé et les Principes Généraux du Droit" en *Revue Internationale de Droit Comparé* n° 3, Société de Législation Comparée, París julio-septiembre de 1960, p. 499 y; CASSIN, René, *Droits de l'Homme et Méthode Comparative*, en *ibid.*, n° 1, enero-marzo 1968, pp. 490-492).

9. En este artículo procuramos utilizar el método comparativo para arrojar luz y soluciones a los problemas de regulación nacional, como lo proponen varios autores. Graveson afirma que "el compartir experiencias tiene muchas ventajas. La primera y más clara es el mejoramiento en el sistema jurídico del país que escoge examinar otros sistemas". David, por su parte, dice que "el Derecho Comparado es útil para mejor conocer nuestro Derecho nacional y para mejorarlo". Esto se da gracias al hecho de que, como sostiene Blagojevic, la utilización del esquema comparativo, nos permite "un método nuevo para estudiar los problemas jurídicos" (Cf., GRAVESON, Ronald H., "Methods of Comparative Law in Common Law Systems", en ROTONDI, *ibid.*, p. 312; DAVID, René, "Méthodes et Buts de la Recherche Comparative", en ROTONDI, *ibid.*, pp. 94-96 y; BLAGOJEVIC, Borislav T., "Le Droit Comparé-Méthode ou Science" en *Revue Internationale de Droit Comparé* n° 4, *ibid.*, octubre-diciembre de 1953, pp. 654-655). Cf., también LIEBESNY, Herbert J., *Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis*, George Washington University, Washington 1981.

La base de nuestro estudio es el Derecho Mexicano. Desde él efectuamos la comparación, siguiendo la recomendación de la doctrina en la materia. Al respecto, FIX-ZAMUDIO indica que "el derecho nacional debe ser el punto de partida de los estudios jurídico-comparativos". (Cf., FIX-ZAMUDIO, *Boletín Mexicano*, *ibid.*, n° 64, enero-abril de 1989, pp. 71-74). En el mismo sentido puede consultarse RHEINSTEIN, Max, "Comparative Law-It's Functions Methods and Uses" en ROTONDI, *ibid.*, p. 547.

10. La selección de los países a analizar, es sumamente importante. Para criterios sobre el particular, puede consultarse a CASTAN TOBEÑAS, José, "Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos" en *Comparative Juridical Review*, Pan American Institute of Comparative Law, vol. 25, Coral Gables 1988, pp. 72 y ss. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, pp. 39-42; DAVID, René, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporaine*, Dalloz, París 1988 o, en su edición

Al formular las propuestas de reforma procuramos buscar esquemas que, inspirados en nuestra tradición constitucional y enriquecidos con las experiencias extranjeras, fortalezcan las libertades y contribuyan a la modernización económica de México¹¹.

En lo que se refiere específicamente a fuentes bibliográficas, se utilizan tanto Leyes Supremas, como obras de doctrina¹².

II. NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Exposición del Tema

A lo largo de esta sección habremos de hacer referencia a la noción de Derechos del Hombre.

Primeramente hablaremos del término en su acepción general. Luego pasaremos a analizar la Constitución mexicana de 1917. Hecho lo anterior, estudiaremos más los antecedentes normativos en nuestro país, así como la situación que prevalece en algunas Leyes Supremas de otras latitudes.

española, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Aguilar, Madrid 1967; GUTTERIDGE, *op. cit.*, p. 74; SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Universidad de Madrid, Madrid 1976, pp. 25-27; SCHWARZ-LIEBERMAN VON WAHLENDORF, Hans A., *Droit Comparé; Théorie Générale et Principes*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1978. p. 11; SOLA, *op. cit.*, pp. 129-130 y; ZWEIGERT, *op. cit.*, pp. 38-39.

Puede parecer que es difícil comparar entre países con sistemas diversos como los de las familias Romano-Germánica y del Common Law. No obstante, más allá de sus diferencias, ambas tradiciones comparten muchos elementos. Sobre el punto puede verse el estudio de LAWSON, Craig, "The Family Affinities of Common-Law and Civil-Law Legal Systems" en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 6, n° 1, Hastings Law School, Otoño, San Francisco 1982, pp. 85-131 y; GORLA, Gino, *Il Diritto Comparato in Italia en el Mondo Occidentale, e una Introduzione al Dialogo Civil Law-Common Law*, Guiffè, Milán 1983.

11. Como lo indica la doctrina, el método comparativo ayuda no sólo a encontrar semejanzas y diferencias sino, sobre todo, a descubrir la razón de ser de las disposiciones. En este punto reside su gran utilidad (Cf., LANGROD, Georges, "Quelques Réflexions Méthodologiques sur la Comparaison en Science Juridique" en *Revue Internationale de Droit Comparé* n° 2, *ibid.*, abril-junio de 1957, p. 362).

Sobre la conveniencia de estudiar las realidades sociales al hacer análisis jurídico comparativo mucho se ha escrito. Lo mismo HICKS, que GORLA, MERRYMAN, RODIÈRE o SOLÁ, coinciden en el punto (Cf., HICKS, Stephen C., "The Jurisprudence of Comparative Legal Systems" en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 6, n° 1, Loyola University, Los Angeles 1983, pp. 92-96; GORLA, *Diritto, op. cit.*, p. 52; MERRYMAN, John H., "Modernización de la Ciencia Jurídica Comparada", en *Boletín Mexicano ibid.*, n° 46, enero-abril 1983, p. 85; RODIERE, René, *Introduction au Droit Comparé*, Dalloz, París 1979, pp. 138-14 y; SOLA, *op. cit.*, p. 109).

12. Para bibliografía sobre temas de Derecho Constitucional Comparado, puede verse SZLADITZ, Charles (ed.), *A Bibliography on Foreign and Comparative Law*, vol. IV, Oceana, Dobbs Ferry 1989, pp. 1362-1373.

Concretamente para acceso a textos constitucionales o legislativos en la materia, recórrase a: BLAUSTEIN, Albert P. y FLANZ, Gisbert H., *Constitutions of the Countries of the World*, Oceana, Dobbs Ferry 1989 y; REYNOLDS, Thomas H., y FLORES, Arturo A., *Foreign Law; Current Sources of Codes and Basic Legislation in Jurisprudence of the World*, Rothman, Littleton 1989.

Un manual de orientación útil para la investigación jurídica internacional, puede ser *Guide to International Legal Research*, Butterworth, Salem 1990. Por último, con relación a recursos bibliográficos disponibles en colecciones específicas Cf., SCHAFFER, Ellen G., y BRUCE, Thomas R., (ed.) *Directory of Foreign Law Collections in Selected Law Libraries*, Rothman, Littleton 1991.

En estos temas, Cf., asimismo: HALL, Jerome, "Comparative Law as Basic Research" en *Hastings International Law Review*, vol. 4, n° 1, Hastings Law School, Otoño, San Francisco 1980, pp. 189-200.

El debate acerca del concepto y naturaleza de los Derechos del Hombre ha sido amplio. Las posiciones van desde el iusnaturalismo, que estima innecesaria la consagración de libertades en textos normativos; hasta el positivismo, que niega la preeminencia de ciertos principios frente a la legislación.

Entrar al análisis de esos temas rebasa con mucho los alcances de nuestro artículo. Para los efectos de este escrito, baste tan sólo esbozar un concepto elemental de Derechos Humanos¹³.

Según la teoría política clásica, el Ser Humano nace libre e igual, siendo titular de ciertos Derechos inalienables, derivados de su propia naturaleza de ser humano. Estos son, en términos sencillos, los Derechos del Hombre¹⁴.

A. Constitución y Antecedentes en México

La Constitución de 1917, en su artículo 1, expresa: “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”¹⁵.

De primera intención puede parecer que el Pacto Federal adopta una postura positivista en torno a los Derechos Individuales. En efecto, cuando la Carta señala que el particular tendrá las garantías *que otorga esta Constitución*, todo indica que se adscribe a la idea de que no existen más derechos que los apuntados por el texto normativo.

No obstante, su verdadero sentido es otro. El espíritu de la Constitución es esencialmente- iusnaturalista. Esto se desprende de los documentos preparatorios y de los escritos de la Asamblea.

Dentro del Proyecto presentado por Carranza al Constituyente, queda asentado que los Derechos del Hombre existen con anterioridad a cualquier cuerpo normativo¹⁶.

13. Para referencias bibliográficas en el tema del concepto y naturaleza de los Derechos Humanos, V. nota 4 *Supra*.

14. LOCKE, *op. cit.*, pp. 52-68; “Bill of Rights” en BLAUSTEIN, *op. cit.*, t. XIX, p. 1; ROUSSEAU, Jean-Jacques, “Du Contrat Social”, Gallimard, París 1982, pp. 20-23; “Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen” en DUVERGER, Maurice (ed.), *Constitutions et Documents Politiques*, Presses Universitaires de France, París 1957, pp. 9-11; JEFFERSON, Thomas, “The Declaration of Independence” en WILSON, Vincent (ed.), *The Book of Great American Documents*, American Research Associates, Brookeville 1976, p. 15.

15. Artículo 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México 1990, p.7. Debe mencionarse la reciente adición al artículo 1, que incorpora la prohibición a la discriminación de los grupos vulnerables (*Cf.*, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Porrúa, México 2001, pp. 7-8).

El artículo 124 alude a que las facultades no concedidas a la Federación se encuentran reservadas a los Estados, pero expresamente omite toda referencia a la regla de competencia original a favor del pueblo, desconociéndose la posible existencia de derechos no enumerados. Tal esquema opera desde la Constitución de 1857 (*Cf.*, Artículo 124, *ibid.*, p. 117 y “Debates”, ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*. t. II, Imprenta Cumplido, México 1857, pp. 290-291).

Puede verse más sobre la opinión del autor, en PUERTAS GÓMEZ, *El Pensamiento (Siglo XIX)*, *op. cit.*, pp. 271-274.

Para comentarios generales sobre la Carta, *Cf.*, ACOSTA ROMERO, Miguel y GONGORA PIMENTEL, Genaro (eds.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Legislación, Jurisprudencia, Doctrina*, Porrúa, México 1983; CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge, *Derecho Constitucional Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1991 y; *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Comentada*, Universidad Nacional Autónoma de México-Departamento del Distrito Federal, México 1990.

16. CARRANZA, Venustiano, Mensaje, en *Los Derechos*, *ibid.*, t. III, pp. 12-15.

En su Mensaje, don Venustiano expresa que el objeto de todo Gobierno es, *el amparo y protección del individuo*. Por lo tanto, afirma, “el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre”.

Dentro de este orden de ideas, la Constitución se limita a “garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana”. Su función es, entonces, otorgar *las garantías debidas* a esos Derechos.

De lo anterior se desprende que el propósito del proyecto constitucional, es el reconocimiento de las libertades como *constitutivas de la personalidad del hombre* y, consecuentemente, anteriores a toda reglamentación jurídica.

A mayor abundamiento, el Dictamen de la Comisión de Reformas designada por el Constituyente confirma estas ideas¹⁷.

El referido colegio expresa: el artículo 1º debe “proceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales”.

Este cuerpo agrega que “la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República”.

Cabe aclarar que el texto del proyecto, así como el Dictamen respectivo, merecieron la aprobación de la Asamblea Constituyente.

El propósito de nuestra declaración general sobre las libertades es, por tanto, reconocer la existencia de los Derechos del Hombre como naturales y anteriores a toda reglamentación.

Sobre los conceptos de Derechos y garantías de la Carta de 1917, y en apoyo de la interpretación iusnaturalista, puede verse a BURGOA. Este autor sostiene que los Derechos del Hombre se traducen en “potestades inseparables e inherentes a su personalidad”, mientras que las garantías “equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo” (Cf., BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*. Porrúa, México 1985, pp. 187-194 y 261-263).

CARPISO, por su parte, habla de las garantías como “facultades que la ley fundamental reconoce al hombre, en cuanto hombre”, por lo que se adhiere también a la escuela del Derecho natural en este punto. El jurista desecha la *tesis positivista* en México. En su opinión, la “tesis que se encuentra en el artículo primero es la misma que se halla en todo el constitucionalismo mexicano: el hombre es persona jurídica por el hecho de existir y, como persona tiene una serie de derechos” (Cf., CARPISO, *La Interpretación*, op. cit., pp. 295 y 432-434).

También NORIEGA indica que las “garantías tienen el carácter de derechos del hombre”, gracias a “la convicción, firmemente arraigada, de que el hombre como tal, como persona humana, tiene derechos que el poder público reconoce y consigna en la Constitución” (NORIEGA CANTU, Alfonso, *Las Ideas Políticas en las Declaraciones de Derechos de las Constituciones Políticas de México (1814-1917)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 270-271).

CASTRO piensa que las libertades de la persona “no se crean y modifican al gusto del legislador, sino que simplemente éste (las) reconoce y asegura”. Sin embargo, sostiene que el Constituyente de 1917 “cambió totalmente la hondura de los principios de su antecedente”, influenciado “por el positivismo que prevalecía en su época” (Cf., CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, Porrúa, México 1989, pp. 24-25).

Los franceses COLLIARD y RIVERO, por su parte, distinguen entre Derechos del Hombre y libertades públicas. Aquéllos son de orden natural; éstas se hallan contenidas en el Derecho vigente y nacen de su consagración en la Ley (Cf., COLLIARD, Claude-Albert, *Libertés Publiques*, Dalloz, París 1989, pp. 16-22 y; RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques; Les Droits de l'Homme*, t. I, Presses Universitaires de France, París 1974, pp. 23-30).

17. Comisión de Reformas, Dictamen del Artículo 1, en *ibid.*, pp. 20-22.

A la Constitución le corresponde tan sólo garantizar a los particulares su pleno ejercicio. Para tal efecto, el Estado otorga a los individuos *garantías*, como simples medios de protección de las prerrogativas.

Por lo demás, el Pacto Federal de 1917 no hace sino recoger la tradición de nuestro constitucionalismo¹⁸.

Desde la Carta de 1812 se alude a la idea “conservar y proteger... los derechos legítimos de todos los individuos”.

Esta noción encuentra eco, en 1814, en el Decreto de Apatzingán. Su artículo 24 expresa: “la íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”.

Aunque el Constituyente de 1824 decidió dejar fuera del Pacto Federal los Derechos del Hombre, no debe perderse de vista que lo hizo precisamente por considerar que, al tener éstos carácter natural, no era necesaria su enumeración en un cuerpo normativo.

El Acta Constitutiva de ese mismo año, ya había señalado que la nación estaba: “obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano”.

Las Leyes conservadoras de 1836 y 1842 también salvaguardan los Derechos Individuales y se refieren a las garantías.

Sin embargo, es la Constitución de 1857 la que expresa de manera más clara e integral el concepto de Derechos Humanos.

El artículo 1º de ese Código Fundamental apunta: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

Tales ideas constituyen el antecedente inmediato y la fuente de inspiración de la actual disposición.

Se puede ver, entonces, que la historia constitucional mexicana confirma el carácter de los Derechos del Hombre, como consubstanciales a la personalidad y superiores a la ley.

Pasemos ahora a estudiar cuál es la situación en ordenamientos extranjeros.

18. Artículo 4, Constitución Política de la Monarquía Española (1812), en TENA RAMIREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Porrúa, México 1976, pp. 60-104; artículo 24, Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (1814), en TENA, *ibid.*, pp. 32-58; artículo 30, Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (1824 y Mensaje del Congreso Federal Constituyente a los Habitantes de la Federación en *Los Derechos, op. cit.*, t. III, pp. 5-6; artículo 45, fracción V, Tercera Ley, Leyes Constitucionales de la República Mexicana (1836) en *Los Derechos, ibid.*, p. 6; artículo 67, fracción IV, Bases de Organización Política de la República Mexicana (1842) en TENA, *ibid.*, pp. 406-436 y; artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1857) en *Los Derechos, ibid.*, p. 11.

A objeto de analizar el desarrollo de las garantías en el constitucionalismo mexicano, particularmente en los textos de 1814, 1857 y 1917, puede consultarse: NORIEGA, *Las Ideas, ibid.*, pp. 60-77, 177-197 y 269-309.

Para materiales sobre la evolución constitucional de México, *Cf.*, Actas Constitucionales Mexicanas (1821-1824), Universidad Nacional Autónoma de México, México 1980; Actas Oficiales y Decretos del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856-1857, El Colegio de México, México 1985; Centenario de la Constitución de 1824; Documentos, Senado de la República, México 1924; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de Gobernación, México 1917; Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917, Comisión Nacional para el Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, México 1960; NIEMEYER, E.V., *Revolution at Queretaro*, The University of Texas, Austin 1971; PALAVICHINI, Félix, *Historia de la Constitución de 1917*, México, s.e., s.f. y; PUERTAS GÓMEZ, *Pensamiento (Siglo XIX) op. cit.*, y *Pensamiento (Siglo XX) op. cit.*

B. Leyes Supremas de otros Países

En las Constituciones europeas percibimos una marcada tendencia al principio de los Derechos naturales.

La Ley Fundamental de Alemania establece, que el pueblo de esa nación se identifica “con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana”¹⁹.

El documento proclama que la *dignidad del hombre es intangible* y que, “respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

Según el Preámbulo de la Constitución ibérica, es voluntad de esa nación “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”²⁰.

Esta idea es confirmada por el artículo 10, que expresa: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden público y de la paz social”.

Francia proclama en su Declaración de 1789, que estos principios son “naturales, inalienables y sagrados”. Indica también que “el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”²¹.

19. Artículo 1, incisos 1 y 2, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn 1983, p. 7. El texto original en alemán, puede verse en Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale für Politische Bildung, Bonn 1977.

STARCK adopta una postura iusnaturalista. Nos dice que, por medio de la disposición constitucional, el Estado “es colocado directamente como el encargado de la libertad del Hombre”. Además, enfatiza: “no son la Declaración de Derechos ni las leyes del Estado soberano quienes crean la libertad. La libertad es anterior al Estado. La libertad es natural”. (STARCK, Christian (ed.), *Main Principles of German Basic Law*, Nomos, Baden-Baden 1983. pp. 16 y 68-69).

Un texto comentado puede hallarse en HOLBORN, Louise y otros (eds.), *German Constitutional Documents since 1871*, Praeger, New York 1970, pp. 33-166; KARPEN, Ulrich (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany; Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden 1988 y; MAUNZ, Theodor, *Deutsches Staatsrecht*, Beck'sche, Munich 1966.

Para la evolución constitucional de ese país, Cf., HUCKO, Elmar (ed.), *The Democratic Tradition; Four German Constitutions*, Berge, New York 1987; KOCK, H.W., *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Longman, New York 1984, pp. 318-325 y 334-345 y; STARK, *ibid.*, pp. 37-49.

20. Preámbulo y artículo 10.1, “Constitución Española” en *Boletín Oficial del Estado*, Gobierno de España, Madrid 29 de diciembre de 1978, pp. 29315-16. Para manuales sencillos sobre la Carta, Cf., “Constitución Española”, Tecnos, Madrid 1989; “Constitución Española”, Edición Comentada, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1979 y; GARCÍA, Ramón, *Índice Analítico de la Constitución Española de 1978*, Nacional, Madrid 1979, Para la evolución constitucional ibérica, Cf., FARIAS GARCÍA, Pedro, *Breve Historia Constitucional de España*, Latina Universitaria, Madrid 1981.

Para PECES-BARBA, la Carta ibérica contempla en materia de Derechos del Hombre, “dos grandes valores del Ordenamiento jurídico que a nuestro juicio son relevantes: la libertad y la igualdad” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La Constitución Española de 1978; un Estudio de Derecho y Política*, Torres, Valencia 1981. p. 37 y; *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid 1987).

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, considera que el esquema español obliga al Estado, junto a su función de respetar las libertades, a tener otra “de carácter positivo...que reclama una actuación de promoción y de estímulo de la libertad misma” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Reflexiones Constitucionales sobre la Libertad de Empresa” en *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*. t. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1981, p. 199).

Sobre el tema, puede verse SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978; Ensayo de un Sistema*, Nacional, Madrid 1990, pp. 86-98 y 106-108. Asimismo, Cf., GARCÍA PELAYO, Manuel y otros. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza 1979 y; GARRIDO FALLA, Fernando y otros. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1980.

Tal noción reaparece en los liminares de sus Constituciones de 1946 y 1958. El primero señala que “todo ser humano, sin distinción de raza, religión o credo, posee derechos inalienables y sagrados”. El segundo, expresa que “el pueblo francés proclama solemnemente su respeto a los Derechos del Hombre”.

El Pacto Suizo asegura que “la confederación tiene por objeto...proteger la libertad y los derechos” de su pueblo²².

Por lo que se refiere a América del Norte, la situación es similar. Entremos al detalle en este tema.

La Ley Constitucional canadiense alude a *garantizar los derechos y las libertades* previstos por la Carta, pero reconoce “cualesquiera otros derechos o libertades que existan en Canadá”²³.

En los Estados Unidos de América la Carta Federal es proclamada, a fin de *asegurar las bendiciones de la libertad*²⁴.

21. Preámbulo y Artículos 2, 3, 4 y 5, “Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen”, Preámbulos, Constitution (1946) y Constitution (1958), en DUVERGER, *Constitutions ibid.*, pp. 9, 89-90 y 235 o, *Constitution*. Journal Officiel de la République Française, París 1988. El texto en español se encuentra en SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos Constitucionales Supranacionales con Inclusión de las Leyes Fundamentales de España*, Nacional, Madrid 1972.

En contra de la oposición entre Derechos individuales y sociales, se pronuncia Colliard: “las libertades llamadas *individuales* no son estrictamente individuales...Las libertades que se llaman individuales, lo son en la medida en que sus titulares son individuos pero, en realidad, se trata de libertades que se ejercen dentro del marco mismo de la sociedad” (Cf., COLLIARD, *op. cit.*, pp. 779-783).

Para el desenvolvimiento de los Derechos del Hombre en Francia, Cf., RICHER, Laurent, *Les Droits de l’Homme et du Citoyen*, Económica, París 1982. pp. 21-25. V. también: RIVERO, *op. cit.*, t. 2.

Sobre la evolución constitucional de Francia, Cf., CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Histoire des Institutions et des Régimes Politiques de la France de 1789 à nos Jours*, Dalloz, París 1985 y; DEBASCH, Charles y PONTIER, Jean-Marie (eds.), *Les Constitutions de la France*, Dalloz, París 1989.

22. Artículo 2, Constitution Fédérale de la Confédération Suisse. Chapalay-Mottier, Ginebra 1986. p. 1. La versión española puede verse en SÁNCHEZ AGESTA, *ibid.*, pp. 13-52.

Antes de la Carta vigente, nos dice Favre, los Derechos “eran regulados exclusivamente por el Derecho cantonal”. En general sobre el tema de la evolución de los Derechos en Suiza, Cf., FAVRE, Antoine, *Droit Constitutionnel Suisse*, Editions Universitaires, Friburgo 1970. pp. 244-249 y *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Dalloz, París 1967; FELICE, Théodoro de, *Institutions de la Suisse*, Didier Erudition, París 1985. pp. 70-78.

Para el caso helvético, Cf., AUBERT, Jean-Francois, *Petite Histoire Constitutionnel de la Suisse*, Francke, Berna 1979, pp. 5-74 y; BRIDEL, Marcel, *Précis de Droit Constitutionnel Suisse*, Payot, Laussane 1965, pp. 48-53.

23. Artículos 1 y 26, Constitution Act (1982), Ministry of Supply and Services, Ottawa 1989, pp. 58 y 65. Puede consultarse asimismo: La Constitution Canadienne. Montréal, Guérin, 1977.

Sobre la Declaración Canadiense de Derechos, puede verse el estudio de BRUN y TREMBLAY (BRUN, Henri y TREMBLAY, Guy, *Droit Constitutionnel*, Yvon Blais, Cowansville 1982, pp. 618-622. Consúltese también HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto 1985, p. 651).

La Constitución contempla, en su artículo 24, un recurso por violación de libertades (Cf., *Constitution, ibid.*, p. 64). Las decisiones judiciales en materia de Derechos del Hombre, pueden encontrarse en MAGNET, Joseph Eliot, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto 1985.

Para la evolución constitucional véase DAWSON, Robert, *The Government of Canada*, University of Toronto, Toronto 1970 y; WALLER, Harold y otros (eds.), *Canadian Federalism; from Crisis to Constitution*, University Press of America, Lanham 1988. Un texto de Derecho Constitucional accesible puede ser TREMBLAY, André, *Précis de Droit Constitutionnel*, Thémis, Montréal 1982.

24. Preámbulo y enmienda IX, Constitution of the United States of America, U.S. Senate Republican Policy Committee, Washington 1986, pp. 23 y 34.

Acerca de la enmienda referida, CORWIN nos dice: “Esta enmienda encarna el pensamiento político dominante del Siglo XVIII americano, que indicaba que antes del establecimiento del gobierno, el Pueblo existía en un Estado de naturaleza, y vivía bajo el Derecho natural que le concedía ciertas prerrogativas naturales. Cuando por mutuo consentimiento, el Pueblo crea al gobierno, le otorga a éste su Derecho natural de juzgar y de ejecutar las leyes,

Adicionalmente, la enmienda IX asegura que “la enumeración de ciertos derechos en la Constitución, no debe interpretarse para negar o rechazar otros derechos retenidos por el pueblo”.

Las Leyes Supremas de América Latina también consagran el carácter inalienable de los Derechos del Hombre.

Argentina, por ejemplo, decreta su Ley Suprema para “asegurar los beneficios de la libertad”. El texto postula que los individuos *gozan...de derechos*, y advierte que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros”²⁵.

En Brasil la situación es parecida. El Pacto Federal es formulado para “asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales”. El artículo 1º, se refiere a “la dignidad de la persona humana” como *fundamento* del Estado brasileño; mientras que el numeral 5, garantiza “la inviolabilidad de los derechos” y acepta *la existencia de otros*²⁶.

pero el Pueblo conserva el resto de sus Derechos naturales. De acuerdo con esta teoría, la Declaración de Derechos no los confiere, sino que solamente protege aquellas prerrogativas que ya habían sido concedidas por el Derecho natural” (CORWIN, Edward y PELTASON, J.W., *Understanding the Constitution*, Holt, Reinhart and Winston, New York 1988, p. 215). Puede verse también: CORWIN, Edward, *The Constitution and What it Means Today*, Princeton University, Princeton 1978, pp. 440-442.

Como estudios generales de Derecho Constitucional estadounidense, recúrrase a: BARRET, Edward y COHEN, William, *Constitutional Law; Cases and Materials*, Foundation, Mineola 1985 y; SHAPIRO, Martín y TRESOLINNI, Rocco, *American Constitutional Law*, Foundation, Mineola 1983. Una versión española de la Carta puede encontrarse en: La Declaración de Independencia; la Constitución de los Estados Unidos de América, s.l., Servicio Cultural e Informativo de los Estados Unidos, s.f.

La historia de la Carta, puede verse en TOWLE, Nathaniel C., *History and Analysis of the Constitution of the United States*, Rothman, Littleton 1987, pp. 31-249; FARRAND, Max (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, Yale University, New Haven 1911; ANASTAPLO, George, *The Constitution of 1789; A Commentary*. Johns Hopkins, Baltimore 1989 y; VEIT, Helen y otros, *Creating a Bill of Rights; A Documentary Record of the First Federal Congress*, Johns Hopkins, Baltimore 1991.

Sobre la influencia de la Constitución de ese país, especialmente en la América Latina, Cf., BILLIAS, George A., (ed.), *American Constitutionalism Abroad*, Greenwood, New York 1990.

25. Preámbulo y artículos 14 y 33, “Constitución de la Nación Argentina” en *El Constitucionalismo en las Pos-trimerías del Siglo XX; Las Constituciones Latinoamericanas*, t. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, pp. 3-4 y 7. Puede verse también *Constitución de la Nación Argentina*, De Palma, Buenos Aires 1984.

Cf., además el artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados”. (*ibid.*, p. 6).

El estudio de estos preceptos puede leerse en BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires 1988, pp. 251-259.

Para la evolución constitucional, Cf., BIDART CAMPOS, Germán, *Historia Política y Constitucional Argentina*. Ediar, Buenos Aires 1977 y *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires 1972. Para una visión general de la Carta, Cf., ZARINI, Helio, *Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, Buenos Aires 1973.

26. Preámbulo y artículos I-III, 5 y 5-LXXVII, *Constituição da República Federativa do Brasil*, Imprensa Oficial do Estado, Brasília 1998, pp. 5-7. V. también CALHEIROS BONFIM, B., (coord.), *Comentários a Constituição Federal*, trabalhistas, Río de Janeiro 1989 y; SOARES, Odacir, *A Nova Constituição Brasileira*, 1988.

En el tema de Derechos Humanos en la Carta Brasileña, Cf., FERREIRA, Wolgran, *Comentários a Constituição de 1988*, Julex, Sao Paulo 1989, pp. 107 y ss. y; “Forum Jurídico”, *A Constituição Brasileira de 1988; Interpretações*, Forense, Río de Janeiro 1988, pp. 21-32.

Con respecto a la historia institucional: FREIRE, Felisbelo, *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*, Universidade de Brasília, Brasília 1983. Manuales en el tema, *Guía Práctico da Nova Constituição*, Forense, Río de Janeiro 1988 o; CALDAS, Gilberto (ed.), *Nova Constituição Brasileira anotada*, Livraria e Editora Universitaria de Direito, Sao Paulo 1979.

Colombia, por su parte, consagra en el Preámbulo de su Ley Fundamental el propósito de asegurar la libertad. El ordenamiento puntualiza expresamente: “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”²⁷.

El artículo 1 de esa Constitución expresa que la nación se funda en *el respeto a la dignidad humana*. Además, el numeral 2 confirma como fin del Estado y obligación de las autoridades, garantizar la vigencia de los Derechos individuales.

Aunque no existe en la Carta costarricense una declaración general, el artículo 20 señala que *todo hombre es libre*; en tanto los numerales siguientes reafirman la inviolabilidad de los diversos Derechos²⁸.

En el Uruguay, la Constitución ordena la protección de los Derechos individuales y declara que el señalamiento de algunos, no excluye los que “son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”²⁹.

Si vemos el caso de Venezuela, encontramos que el liminar de su Ley es claro. El texto no sólo habla de *los valores de la libertad*, sino de “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”³⁰.

Además, el articulado consagra el derecho de “toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”.

27. Preámbulo y artículos 1, 2 y 5, “Constitución Política de Colombia” en BLAUSTEIN *op. cit.*, t. III, p. 99. Puede verse también *Constitución Política de la República de Colombia*, Fundación Simón Bolívar-La Prensa, Bogotá 1990. *Cf.*, asimismo: HENAO, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, Temis, Bogotá 1981, pp. 29-48.

28. Por ejemplo, el artículo 21 expresa que la vida es *inviolable*. Lo mismo hacen los reactivos 23, 24 y 45, para el domicilio, los documentos privados y la propiedad (*Cf.*, artículo 20 y artículos 21 a 49, “Constitución Política de la República de Costa Rica” en *El Constitucionalismo*, *op. cit.*, pp. 323-326).

V. también *Asamblea Legislativa de Costa Rica. Constitución Política de la República de Costa Rica*, Juricentro, San José 1985 o; *Constitución Política de la República de Costa Rica*, Imprenta Nacional, San José 1988.

Confróntense ARGUEDAS, Manuel (ed.), *Constitución Política de la República de Costa Rica*, Editorial Costa Rica, San José 1981 y; JUÁREZ, Mario Alberto, *Derecho Constitucional de Costa Rica*, Juricentro, San José 1979, Para aspectos históricos, consúltese AGUILAR BULGARELLI, Oscar, *Evolución Político-Constitucional de Costa Rica*, Lehmann, San José 1978 o; *La Constitución de 1949; Antecedentes y Proyecciones*, Editorial Costa Rica, San José 1975.

29. Artículos 7 y 72, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, en *ibid.*, t. II, pp. 1070 y 1077. Puede utilizarse la Constitución de la República Oriental del Uruguay, BARREIRO y RAMOS, Montevideo 1982.

Cf., también el artículo 10: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados” (*ibid.*, p. 1070).

Estudia el punto de los Derechos del Hombre en la Constitución de ese país SEMINO, Miguel Angel, “Modificaciones a la Sección II: Derechos, Deberes y Garantías”, en GROS ESPIELL, Héctor, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1974, pp. 35-41.

Para la evolución constitucional uruguaya, V. GROS ESPIELL, *ibid.*, y; ESTEVA, Eduardo, *Documentos para el Estudio de la Historia Constitucional del Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1977 y; JIMÉNEZ DE ARECHIGA, Justino, *La Constitución del Uruguay*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo 1964.

30. Preámbulo y artículos 19 a 23, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Caracas, Publicación de la G.O. n° 36.860, 1999, pp. 9-11).

Pueden consultarse: BREWER-CARIAS, Allan, *Sumario de la Constitución de 1961*, Universidad Católica del Táchira, San Cristobal 1983, *Las Constituciones de Venezuela*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, o *Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1976.

2. Análisis Comparativo

Como hemos visto, la Constitución mexicana no cuenta con un Preámbulo que haga declaraciones generales y, por otra parte, su articulado evita referencias expresas sobre el origen de los Derechos del Hombre.

Todas las Cartas extranjeras estudiadas, en cambio, consagran el carácter superior de estas prerrogativas.

De los doce ordenamientos que analizamos, ocho incluyen en sus Preámbulos y numerales alguna referencia al punto. Esta es la situación de Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, España, Estados Unidos, Francia y Venezuela. Cuatro más, las Cartas de Canadá, Costa Rica, Suiza y Uruguay, aluden al tema tan sólo en el cuerpo normativo³¹.

En lo que hace a la utilización del concepto de Derechos del Hombre, el Pacto Federal mexicano omite toda referencia. Por contra, la totalidad de las Constituciones se refieren a ese término.

Algunas Cartas hablan de *Derechos Humanos* o de *Derechos Naturales*; otras, prefieren referirse a *Derechos inherentes a la personalidad*, a *Derechos del Pueblo* o a la protección de las *libertades*. Todas, en cambio, contienen la idea de que se trata de prerrogativas que corresponden al ser humano y que son anteriores a la legislación³².

En relación con la naturaleza que le dan las Constituciones a estos Derechos, tenemos que México habla simplemente de *Garantías Individuales*.

31. La Ley Suprema de México no contiene apartado preliminar y, en sus artículos, no menciona expresamente el origen de los Derechos Humanos.

Se refieren a los Derechos en el Preámbulo, los siguientes textos: España (p. 29315); Francia, *Déclaration de 1789* (p. 9) y *Constitution de 1958* (p. 235); Estados Unidos, *Constitution* (p. 23) y *Declaration* (p. 15); Argentina (p. 3); Brasil (p. 5); Colombia (p. 99) y; Venezuela (p. 9).

En otras partes del cuerpo normativo, lo hacen: Suiza (artículo 5, p.2); Canadá (artículos 1 y 26, *Constitution 1982*, pp. 58 y 65); Costa Rica (Título IV, p. 323) y; Uruguay (artículo 7, p. 1070).

Los ordenamientos de dos países consagran las prerrogativas como naturales o del hombre. La expresión *Derechos Naturales*, es utilizada por la Declaración Francesa de 1789; mientras que España y la Constitución gala, prefieren el término proteger los *Derechos Humanos*.

Estados Unidos habla en la Declaración de Independencia de *Derechos Inalienables* concedidos por el Creador a los hombres. Uruguay, en su Constitución, garantiza la protección de *Derechos Inherentes*.

Las Cartas estadounidense y helvética, utilizan el concepto de garantizar los *Derechos del Pueblo*.

La Constitución canadiense garantiza los *Derechos y Libertades* previstos en la Carta, así como “los otros que existen en Canadá”. Mientras que Brasil se compromete a “asegurar el ejercicio de los Derechos Sociales e Individuales”, y Costa Rica a cuidar los *Derechos Individuales*.

El texto colombiano habla de asegurar la justicia, la libertad, la igualdad, entre otros puntos.

La Ley Alemana y los Pactos de Estados Unidos, Argentina y Venezuela, se refieren a proteger la libertad. Venezuela incluye una amplia reglamentación en el tema.

32. La Carta mexicana evita el término Derechos del Hombre, sólo se refiere a garantías individuales (artículo 1).

Concretamente, las Leyes Constitucionales presentan la siguiente situación en cuanto a terminología: Alemania, *Derechos del Hombre* (artículo 1.2, p. 7); España, *Derechos Humanos* (Preámbulo y artículo 10.2, pp. 29315 y 29316); Francia: *Derechos Naturales* (Preámbulo 1789) y, *Derechos Humanos* (Preámbulos 1789, 1948 y 1958, pp. 9, 189 y 235); Suiza, *Derechos del Pueblo* (artículo 5, p. 2); Canadá, *Derechos y Libertades* (artículo 1, p. 58); Estados Unidos: *Derechos Inalienables*, *Declaration* (p. 15) y, *Derechos del Pueblo*, *Constitution* (enmienda 1, p. 33); Argentina, indirectamente al referirse a otros derechos derivados “del principio de la soberanía del pueblo” (artículo 33, p. 7); Brasil, *Derechos Humanos* y principios de la *dignidad del hombre* (artículos 1.III y 4.II, p.5); Colombia, *Derechos de la Persona* (artículo 5, p. 99); Costa Rica, *Derechos y Garantías Individuales*, (Título IV, p. 323); Uruguay, *Derechos de los habitantes*, *Derechos Inherentes a la personalidad humana*, (artículos 7 y 72, pp. 1070 y 1077) y; Venezuela, *Derechos Humanos* (artículo 19, p. 19).

A diferencia de nuestro Pacto Federal, las demás Cartas reconocen un carácter superior a los Derechos, con matices de orden meramente terminológico³³.

Varios textos mencionan que son *inherentes* a la persona, *inalienables* o *inviolables*; otros se refieren a ellos como *sagrados*, *verdades evidentes en sí mismas* o *valores supremos* y con *primacía*.

Aunque Suiza y Canadá no hablan expresamente de la jerarquía superior de las prerrogativas, aceptan la supremacía de modo implícito. El Pacto helvético dice que la Confederación sólo *garantiza los Derechos del Pueblo*; la Carta canadiense prevé que existen “otros Derechos no enumerados”.

En lo tocante a la obligación del Estado en materia de Derechos, el Pacto Federal mexicano sólo indirectamente se refiere a ella, al decir que las prerrogativas “no podrán restringirse ni suspenderse”³⁴.

Por su parte, las Constituciones a las que acudimos, señalan claramente esta competencia del poder público, a través de pronunciamientos generales.

Algunas Cartas determinan que los Derechos vinculan a la autoridad, o que el Estado debe proteger el ejercicio de esos principios. Otras indican que los gobiernos fueron instituidos precisamente para la salvaguarda de esas máximas. Las hay, también, que declaran nulo cualquier acto violatorio de Derechos y sujetan a responsabilidad jurídica a quienes los realicen.

33. Nuestra Ley Suprema, en su texto, no alude a la naturaleza de los Derechos.

En Europa, las Constituciones expresan: Alemania habla de Derechos *inviolables e inalienables del hombre* (artículo 1.2, p. 6); España, Derechos *inviolables e inherentes* al ser humano, “valores supremos del orden jurídico”, (artículos 1.1 y 10.1, pp. 29315-16); Francia, “Derechos naturales, inalienables y sagrados” e *imprescriptibles*, (Preámbulo y artículo 2, Déclaration de 1789, p. 9; Preámbulo, Constitution 1846, p. 9); Suiza, derechos garantizados (artículo 5, p. 2).

En América del Norte: Canadá, Derechos garantizados y sujetos “sólo a límites razonables prescritos por ley” y existencia de otros Derechos no enumerados (artículos 1 y 26, Constitution 1982, pp. 58 y 65) y; Estados Unidos, *Derechos inalienables*, concedidos a los hombres *por su Creador* y que constituyen “verdades evidentes en sí mismas”, (*Declaration*, p. 15).

Dentro de los países iberoamericanos tenemos: Argentina, reconoce Derechos no enumerados pero existentes (artículo 33, p. 7); Brasil, Derechos *preconcebidos e inviolables* (Preámbulo y artículo 5, p. 5); Colombia, hace alusión a “la primacía de los Derechos inalienables de la persona” (artículos 5, p. 99); Costa Rica, aunque no hay declaración general, se califica a la vida, la propiedad y la documentación privada, como “inviolables (artículos 21, 24 y 45, pp. 323-325); Uruguay, derechos de los que *nadie puede ser privado e inherentes* (artículos 7 y 72, pp. 1070 y 1077); Venezuela, *derechos humanos* de toda persona e *inherentes a la persona* (artículo 19 y 22, pp. 10-11).

34. Cf., artículo 29, Constitución (México) *op. cit.*, pp. 36-37.

De Europa y América del Norte, sobre el punto, Cf., Alemania, los “Derechos fundamentales vinculan a los poderes” (artículo 1.3, p. 7); España, el Estado debe *proteger* el ejercicio de los Derechos, *promover las condiciones y remover los obstáculos* (Preámbulo y artículo 9.2, pp. 29315-16); Francia, es obligación de los poderes Ejecutivo y Legislativo *respetar* los Derechos (Déclaration 1789, p. 9); Suiza, la Confederación tiene la obligación de *garantizar* el ejercicio de los Derechos (artículo 5, p. 2); Canadá, el gobierno debe *garantizar* los Derechos y se menciona una acción judicial por violación a los mismos (artículos 1 y 24. 1, Constitution 1982, pp. 58 y 64); Estados Unidos, *los gobiernos se instituyen* para asegurar esos Derechos (Declaration, p. 15).

De latinoamérica, Cf., Argentina, sólo indirectamente, pues la Constitución se proclama para “asegurar los beneficios de la libertad” (Preámbulo, p. 3); Brasil, compete al Estado *asegurar el ejercicio y garantizarlos* (Preámbulo y artículo 5, p. 5); Colombia, el fin del Estado es *garantizar la efectividad* de los Derechos (Preámbulo, p. 99); Costa Rica, respeto a los mismos y acción judicial contra actos violatorios (artículos 20 y ss. y 48, pp. 323-325 y 332); Uruguay, obligación de protegerlos para el poder público (artículo 7, p. 1070) y; Venezuela, los actos violatorios de Derechos son nulos y los funcionarios incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, el Estado deberá indemnizar a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos (artículos 25 y 30 pp. 12-13).

Por último, el principio de que los Derechos Humanos constituyen el objeto y fin del Estado, tampoco aparece expresamente en la Constitución mexicana.

En lo que respecta a los demás países, nueve de los doce textos analizados incluyen el concepto con variaciones mínimas de terminología³⁵.

Por ejemplo, la Ley alemana opta por declarar que los Derechos son *el fundamento de toda comunidad humana* y, la Declaración francesa considera que son *el objeto de toda asociación política*. El documento de independencia de los Estados Unidos, afirma que su protección es *el objeto* de la institución del gobierno y, la Carta colombiana los califica como *fines esenciales del Estado*. La Ley de Venezuela habla del principio de la progresividad.

Canadá, Costa Rica y Uruguay, en cambio, sólo se refieren genéricamente al hecho de que son Estados donde prevalecen la libertad y las formas democráticas.

3. Propuesta de Reformas

Tomando en consideración los puntos anteriormente analizados, paseamos a reflexionar sobre lineamientos para posibles reformas a nuestra Ley Suprema.

Como hemos visto, la Constitución de 1917 está ubicada dentro de las Leyes Fundamentales que adoptan la noción iusnaturalista de los Derechos Humanos.

Sin embargo, el Pacto Federal se separa marcadamente de la tradición constitucional mexicana y de la corriente prevaleciente en las Cartas extranjeras.

Nuestra Constitución no incluye un Preámbulo que aluda a los Derechos como pre-existentes, habla sólo de garantías individuales, omite referirse a la obligación del poder público y, excluye la posibilidad de prerrogativas no enumeradas.

Consecuentemente, estimamos que procede una reforma a la Ley Suprema, para:

- A. Adicionar el artículo 1, enunciando claramente el espíritu iusnaturalista de la Constitución.
- B. Plasmar el reconocimiento de los Derechos del Hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales.
- C. Incluir expresamente la obligación que tienen las autoridades de respetar el ejercicio de los Derechos.
- D. Incorporar el concepto de que la enumeración de ciertos Derechos, no excluye la existencia de otros no mencionados.

35. La Constitución mexicana nada indica en su articulado sobre el punto. Alemania, *fundamento de toda comunidad humana* (artículo 1.2, p. 7); España, “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1, p. 29316); Francia, *objeto de toda asociación política* (Déclaration 1789, artículo 2, p. 9); Suiza, el objeto de la Confederación es *proteger la libertad y los Derechos* (artículo 2, p. 1); Estados Unidos, objeto de la institución del gobierno (Declaration, p. 15); Argentina, base de la Constitución, *asegurar los beneficios de la libertad* (Preámbulo, p. 3); Brasil, fin del Estado asegurar el ejercicio de los Derechos (Preámbulo, p. 5); Colombia, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes” es uno de los *fines esenciales del Estado* (artículo 2, p. 99) y; Venezuela, compete al Estado garantizar los Derechos (artículo 19, p. 10).

Canadá habla de una *sociedad libre y democrática* (artículo 1, Constitución 1982, p. 58); Costa Rica, de una *república democrática, libre* (artículo 1, p. 319) y; Uruguay de un país *libre e independiente* (artículo 2, p. 1069).

III. CONCEPTO DE PROPIEDAD

1. Exposición del Tema

Dentro de las tendencias jurídicas que aceptan el Derecho de Propiedad, podemos distinguir dos posiciones principales: la que considera que se trata de un Derecho natural, limitándolo en diversos grados para proteger los intereses de la sociedad, y aquella que lo entiende como una prerrogativa que deriva de su otorgamiento por el Estado³⁶.

A continuación veremos cuál es el concepto postulado por la Constitución mexicana y sus antecesoras en el país, así como por las Leyes Supremas de otras naciones.

A. Constitución y Antecedentes en México

La Carta de 1917 prevé la existencia de la propiedad privada como garantía individual³⁷.

Sin embargo, el artículo 27 postula: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada”.

El texto agrega que la nación tiene *el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público* y, que las expropiaciones, proceden *por causa de utilidad pública y mediante indemnización*.

De lo anterior se desprende que, en nuestro país, la propiedad no reviste carácter de Derecho natural. En cambio, su titularidad corresponde de origen a la nación, y es ésta la que concede a los individuos un derecho sobre los bienes.

Por tanto, el dominio que ofrece a los particulares la propiedad privada, se presenta como un derecho derivado.

El nacimiento de esta disposición, aprobada por el Constituyente de Querétaro, es singular³⁸.

36. Para más sobre el punto, *Cf.*, nota 5 *supra*.

37. Artículo 27, “Constitución” (México), *op. cit.*, p. 22.

Burgoa piensa que la idea de la propiedad originaria de la nación, tiene que ver sólo con el derecho soberano sobre el territorio (*Cf.*, BURGOA, *Las Garantías*, *op. cit.*, pp. 459-460).

Aunque CARPIZO alude al concepto de derechos naturales en la Constitución, nada dice concretamente sobre la relación entre éste y el dominio original de tierras y aguas por el Estado (*Cf.*, CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1980, p. 77).

Por su parte, Castro cree que la Constitución “abandona el concepto liberal de la propiedad privada (pero)...de ninguna manera niega la propiedad privada, inclusive la garantiza” (*Cf.*, CASTRO, *op. cit.*, p. 201).

Una posición similar sostiene NORIEGA, al decir que los miembros del Constituyente: “tenían la convicción de que el derecho de propiedad era, simple y sencillamente, un derecho natural susceptible de sufrir modificaciones” (*Cf.*, NORIEGA, *op. cit.*, p. 287).

A esta idea, Sayeg la califica como una “singular concepción que nuestra Constitución ha hecho del Derecho de Propiedad”, derivada de “una realidad muy nuestra y venida de muy atrás” (*Cf.*, SAYEG, *op. cit.*, p. 145).

HERRERA y LASSO hace una crítica del sistema de propiedad, pero referida más específicamente a las normas que regularon la relación Iglesia-Estado (*Cf.*, HERRERA y LASSO, Manuel, *Estudios Constitucionales*, Jus, México 1983, p. 82-84).

Venustiano Carranza presentó a la Asamblea un proyecto que, siguiendo la tradición liberal, contemplaba la consagración de la propiedad como Derecho natural. Esta propuesta fue rechazada.

En su lugar, y a iniciativa de un grupo de diputados, el órgano aprobó una redacción basada en la idea de la propiedad privada como dominio derivado.

Los ponentes sostuvieron que el sistema de la propiedad en México había surgido de la tesis del patrimonialismo, según la cual el rey otorga a los individuos el Derecho. Por eso, en opinión de ellos, había que regresar a esa postura.

No obstante, creemos que esta idea no está acorde con el espíritu general que prevalece en la Constitución.

En efecto, como hemos visto, la Carta Suprema parte del principio de que los Derechos del Hombre son naturales. Por tanto, son anteriores al Estado y a la Constitución, ubicándose por encima de ellos.

Siendo la Propiedad uno de estos Derechos, colocarla como una prerrogativa derivada, no parece congruente.

La redacción del artículo 27 rompe entonces con el principio básico que consagra la Constitución: el hombre es titular de Derechos naturales y, el Estado tiene la obligación de protegerlos.

Adicionalmente, la tesis iusnaturalista, aparece plasmada en nuestras Cartas Supremas del Siglo XIX³⁹.

La Ley de 1812 reconoce que la autoridad no puede *tomar la propiedad de ningún particular ni corporación*. La única excepción es cuando se trata de *un objeto de conocida utilidad común*. En este último supuesto, procede la indemnización.

Por su parte, la Carta de 1814 contempla el derecho de todos los individuos *a adquirir propiedades* y a no ser privados de ellas, *sino cuando lo exija la pública necesidad*, a través de *justa compensación*.

Los documentos constitucionales de 1824 y 1836, confirman las ideas anteriores. Además, exigen la participación de varias autoridades para expropiar.

En el primer caso, la resolución se toma por el Presidente, con la aprobación del Senado y, en sus recesos, del Consejo de Gobierno; en el segundo, el Ejecutivo necesita la ratificación de cuatro ministros o de los gobiernos provinciales.

La propiedad *es inviolable* para las Bases de 1842. Según el Pacto Federal de 1857, la propiedad de los particulares *no puede ser ocupada sin su consentimiento*. Sólo es factible decretar la expropiación por una razón de utilidad pública y previa indemnización. Queda en manos de la legislación ordinaria, determinar *la autoridad y los requisitos* relativos a la expropiación.

38. Artículo 27, CARRANZA, *op. cit.*, en TENA, *op. cit.*, pp. 770-771; ROUAIX, Pastor y otros. "Proyecto de artículo 27" en *Los Derechos*, *op. cit.*, t. IV, pp. 640-646 y; ROUAIX, Pastor, *Génesis*, *op. cit.*

39. Décima, "Constitución" (1812), *Los Derechos*, *op. cit.*, t. IV, pp. 581-582; Artículos 34 y 35, Decreto (1814) *op. cit.*, en TENA, *op. cit.*, pp. 32-58; artículo 112, fracción III, "Constitución" (1824) y, artículo 2, fracción III, Tercera Ley (1836), en *Los Derechos*, *ibid.*, pp. 584-585; artículo 9, Bases (1842), en TENA, *op. cit.*, pp. 406-436 y, artículo 27, "Constitución" (1857), en *Los Derechos*, *ibid.*, p. 610.

De lo anterior se colige que la auténtica tradición del constitucionalismo mexicano y los antecedentes de la Carta de 1917, deben buscarse en la idea de la propiedad como Derecho natural e inalienable.

B. Leyes Supremas de otros Países

A mayor abundamiento, la tesis iusnaturalista también prevalece en las Leyes extranjeras que venimos estudiando.

Tal es el caso de Alemania, donde la Ley Fundamental se limita a garantizar este Derecho. Prescribe la expropiación por interés público y con indemnización, estableciendo que el uso de la propiedad debe “servir asimismo al bienestar general”⁴⁰.

De modo semejante, en España se *reconoce* el Derecho de Propiedad y se determina *su función social*. La privación de ella sólo procede por causa justificada *de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización*⁴¹.

Francia es todavía más enfática, al afirmar en su Declaración que la propiedad es *un derecho inviolable y sagrado*. Sólo puede privarse a un particular de ella, por *necesidad pública* y previo el pago de una reparación⁴².

El Pacto Federal suizo garantiza la propiedad y deja en manos de la legislación el determinar la expropiación por motivos de interés público⁴³.

Si vemos la situación de Canadá y los Estados Unidos, podemos observar que en ambos países se prohíbe la afectación de la propiedad.

La Ley Suprema canadiense únicamente se refiere a limitaciones de los Derechos en general. La Constitución de la Unión Americana, por su parte, menciona los conceptos de *utilidad pública y justa compensación*⁴⁴.

40. Artículos 14, 15 y 74, fracciones 14 y 18, *Ley Fundamental* (Alemania) *op. cit.*, pp. 13 y 38-39.

41. Artículo 33, “Constitución” (España) *op. cit.*, p. 29319.

V. también MORIS, *En Presesi*, *op. cit.*, pp. 402-408; CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Forense*, t. II, vol. I, Reus, Madrid 1947, pp. 91-114 y; ÁLVAREZ, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, Civitas, Madrid 1986.

42. Para la naturaleza de la propiedad, *Cf.*, artículo 17, *Déclaration* (Francia) y, para los límites, *Cf.*, artículo 34, *Constitution* (1958) en DUVERGER, *Constitutions op. cit.*, pp. 10 y 250.

Cf., asimismo: BURDEAU, Georges, *Les Libertés Publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1966, pp. 375-387 y; COLLIARD, *op. cit.*, pp. 835-854. El primer autor, sostiene que “el derecho de propiedad ha perdido hoy día su carácter de derecho natural, imprescriptible e inviolable” (p. 375). El segundo, por su parte, afirma que “la concepción moderna del derecho de propiedad es una concepción esencialmente individualista” (p. 838). También: MAZEAUD, Henri, *Leçons de Droit Civil*, t. II, Montchrestien, París 1976.

43. Artículos 22 ter. y 64, *Constitution* (Suiza) *op. cit.*, pp. 5 y 29.

Hasta 1969 la Carta Suiza guardaba silencio en torno a la propiedad, por considerarla un derecho natural. En ese año fue reformada, para incorporar el concepto (*Cf.*, FAVRE, *op. cit.*, pp. 304-318).

44. Ambos documentos siguen la tradición de Magna Carta al hablar de *seizures*. Artículos 8, *Constitution* (Canadá, 1982) y 91, fracción 1.A, *Constitution* (Canadá, 1867) *op. cit.*, pp. 60 y 26-27 y; Enmiendas IV y V, *Constitution* (Estados Unidos), p. 33.

Sobre el Derecho de Propiedad en Canadá, *Cf.*, ANGER, Harry D., y; HONSBERGER, J.D., *Canadian Law of Real Property*, Canada Law Book, Toronto 1959, pp. 1-13 y; HOGG, *op. cit.*, pp. 475-476.

Para doctrina de los Estados Unidos, pueden consultarse: CASNER, James A., y LEACH, W. Barton, *Cases and Text on Property*, Little Brown, Boston 1984; CORWIN, *The Constitution*, *op. cit.*, pp. 341-367 y 401 y; CORWIN, *Understanding*, *op. cit.*, pp. 169-170. Sobre el concepto, la protección y las obligaciones derivadas de la propiedad en Estados Unidos. *Cf.*, BROWDER, Olin L. y otros. *Basic Property Law*, St. Paul, West 1984, pp. 2-21 y 21-110.

Por lo que toca a América Latina, el panorama no es muy distinto. Entremos al asunto referido.

La Carta Argentina afirma que *la propiedad es inviolable* y que la expropiación sólo puede darse en caso de utilidad pública y previa reparación⁴⁵.

Dentro de los textos brasileño y colombiano se garantiza el Derecho, declarándose que su disfrute atenderá a la función social. Se alude a la expropiación con pago anticipado, y por interés social o utilidad pública⁴⁶.

También en Costa Rica la propiedad es considerada inviolable. Su afectación procede por interés público y con indemnización previa. El pago no puede ser diferido, salvo en caso de guerra o conmoción interna. Es interesante que, aunque se habla de *limitaciones de interés social*, su implantación requiere del voto de dos terceras partes de la Asamblea Legislativa⁴⁷.

Por lo que hace al Uruguay, la Constitución protege a los particulares en el goce de su propiedad. Este Derecho es inviolable, *pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general*. La expropiación procede, por necesidad o utilidad pública y mediante una reparación⁴⁸.

El Pacto venezolano garantiza la propiedad, sometiéndola “a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”, previendo la expropiación mediante indemnización⁴⁹.

Tan importante se considera al Derecho de Propiedad en su relación con la libertad, que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido: *ninguno puede tener significado sin el otro* (Cf., LYNCH V., “Household Finance Corp.”, en TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, Foundation, Mineola 1978, p. 948).

45. Artículos 17 y 14, “Constitución” (Argentina), en *El Constitucionalismo*, op. cit., t. I, pp. 4-5.

Sobre la propiedad y expropiación Cf., BIDART, *Tratado*, op. cit., t. II, pp. 321-335 y 343-349. Acerca de la propiedad en materia de Derecho Civil. Cf., MUSTO, Néstor José, *Derechos Reales*, t. II, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1981, pp. 49-89. Con relación a la evolución y naturaleza de este derecho y a la expropiación, Cf., LINARES, op. cit., t. 8, pp. 33-34, 34-57 y 85-116.

BIDART cita interesantes sentencias sobre el tema de la expropiación, que ordenan como principio, el pago de un monto que “permita, de ser posible, adquirir otro bien similar al que pierde en virtud de la expropiación” (p. 349).

46. Artículos 5 fracciones XXII-XXIV y 22, fracción II, *Constitución*, op. cit., pp. 6 y 10 y; artículo 58, “Constitución” (Colombia), en BLAUSTEIN, op. cit., p. 106.

Para el concepto y las características de la propiedad en Brasil, Cf., RODRÍGUES, L., *Direito das Cosas*, vol. I, Editora Rio, Rio de Janeiro 1977, pp. 97-160. Sobre el tema, véase también *Forum*, op. cit., p. 374.

En el caso de Colombia, el estudio de la propiedad y de la expropiación -aunque teniendo como punto de referencia la anterior Constitución- se puede ubicar en: HENAO, op. cit., pp. 143-146 y 146-148 y; PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, Librería del Profesional, Bogotá 1987, pp. 262-269 y 279-282 y; VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil*, vol. II, Temis, Bogotá 1973.

47. Artículo 45, “Constitución” (Costa Rica), en *El Constitucionalismo*, op. cit., t. I, p. 325.

V. AGUILAR y otros, *Constitución*, op. cit., pp. 226-253. *El tema en Derecho Civil*, puede hallarse en BRENES CORDOVA, Alberto, *Tratado de los Bienes*, Juricentro, San José 1981, pp. 27-35.

48. Artículos 7 y 32, “Constitución” (Uruguay), en *ibid.*, t. II, pp. 1070-1072.

En general sobre propiedad, puede recurrirse a GROS, op. cit., pp. 42-43 y; NICOLIELLO, Nelson, *Elementos de Derecho Civil Uruguayo*, FERNÁNDEZ, t. I, Montevideo 1990, pp. 137-168. En el tema de la expropiación, véanse SANGUINETTI, Julio María y PACHECO SERE, Alvaro, *La Nueva Constitución*, Alfa, Montevideo 1971, pp. 27-35.

49. Artículo 115, “Constitución” (Venezuela), en *ibid.*, p. 39. Cf., BREWER-CARIAS, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, Universidad Católica del Táchira, Caracas 1985, pp. 514-515, y “El Derecho de Propiedad y la Libertad Económica; Evolución y Sistema Actual en Venezuela” en *Estudios sobre la Constitución; Libro-Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, t. II, Caracas 1979, pp. 1139-1246 y; LAROCHE, Humberto, *Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano*, s.e., Maracaibo, 1984, pp. 582-586.

2. Análisis Comparativo

Visto lo anterior, confrontemos la idea de propiedad de la Constitución mexicana, con las nociones sostenidas por las Cartas de otros países. Para hacerlo, aludiremos al origen, naturaleza y limitaciones del Derecho, así como a la expropiación.

Hemos dicho que nuestro Pacto Federal adopta el principio de la propiedad originaria de tierras y aguas en beneficio de la nación. El particular tiene, entonces, tan sólo un dominio derivado que le concede el poder público. Así, el origen y naturaleza de la propiedad privada son de Derecho positivo.

Dentro de los sistemas analizados, ese esquema es privativo de México. En efecto, todas las Leyes Supremas a las que se ha venido haciendo referencia, ven a la propiedad como un Derecho natural⁵⁰.

Las Cartas difieren en cuestiones de matiz. Algunas la consideran un derecho *natural, imprescriptible, sagrado o inviolable*; otras se contentan con mencionar que la reconocen o garantizan. Pero la totalidad acepta que el principio es anterior a la reglamentación jurídica.

Por otra parte, nuestra Ley Suprema faculta al poder público para darle a la propiedad las modalidades que requiera el interés público.

En este punto existe coincidencia entre el texto mexicano y los ordenamientos de las otras naciones. Todos los cuerpos normativos prescriben límites al Derecho⁵¹.

Aquí, como en otros supuestos, las Cartas se distinguen por cuestiones más que nada terminológicas.

50. La Constitución mexicana habla sólo de un dominio derivado de los particulares (artículo 27, p. 22).

Veamos cual es la situación en los países europeos y norteamericanos: Alemania, la Ley Fundamental sólo garantiza el Derecho (artículo 14.1, p. 13); España, se *reconoce* el Derecho y se dice que *nadie puede ser privado* de la propiedad (artículos 33.1 y 33.3, p. 29319); Francia, Derecho *inviolable y sagrado*, natural e imprescriptible” (Déclaration de 1789, pp. 9-10); Suiza, la propiedad queda *garantizada* solamente por la Constitución (artículo 22ter, p. 5); Canadá, la Carta da el derecho de no ser *privado* de la propiedad (artículo 8, Constitution 1982, p. 60) y; Estados Unidos, no puede privarse a nadie de su propiedad (enmiendas IV y V, p. 33).

En América Latina: Argentina, se reconoce que los hombres *gozan* del Derecho y que éste es *inviolable* (artículos 14 y 17, pp. 4-5); Brasil, la Constitución *garantiza* el Derecho, que forma parte de los Derechos *inviolables* (artículo 5 y Preámbulo, p. 5); Colombia, la propiedad está garantizada y los Derechos en general son *inalienables* (artículos 58 y 5, pp. 106 y 99); Costa Rica, este Derecho es declarado *inviolable* (artículo 45, p. 325); Uruguay, la propiedad reviste el carácter de *inviolable* (artículo 32, pp. 1071-72) y; Venezuela, se garantiza a la propiedad y los Derechos en general son *inherentes* a la persona (artículos 115, 19 y 22 pp. 39 y 10-11).

51. Sobre los límites de la propiedad, en México tenemos que pueden fijarse las “modalidades que dicte el interés público” (artículo 27, p. 22).

En Europa y América del Norte: Alemania, la propiedad debe tener su *naturaleza y límites* fijados por ley y “servir asimismo al bienestar general” (artículos 14.1 y 14.2, p. 13); España, se habla de la *función social* determinada por las leyes (artículo 33.3, p. 29319); Francia, en general el límite de los Derechos está marcado por los Derechos de los demás (artículo 4, Déclaration 1789, p.9); Suiza, se habla de “restricciones a la propiedad” (artículo 22ter, p. 5); Canadá, en general, los Derechos pueden tener los “límites razonables prescritos por ley” (artículo 1, Constitution 1789, p. 58) y; Estados Unidos, la *utilidad pública* es el límite (enmienda V, p. 33).

Por lo que se refiere a latinoamérica: Argentina habla de *utilidad pública* para la propiedad y, para los Derechos en general, de *Leyes que reglamenten su ejercicio* (artículos 17 y 14, pp. 5 y 4); Brasil se refiere a la *función social* (artículo 5.XXIII, p. 6); Colombia alude también a la *función social* (artículo 58, p. 106); Costa Rica se refiere a limitaciones fijadas por el Legislador (artículo 45, p. 325); Uruguay, sujeta el ejercicio de la propiedad “a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés social” (artículo 32, pp. 1071-72) y; Venezuela habla de la *función social* y de una propiedad “sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés general” (artículo 115, p. 39).

Ciertos documentos utilizan la expresión de *función social de la propiedad*, para referirse al tema. Varios se contentan con hablar de *límites o restricciones*. La gran mayoría requiere que esas modalidades se fijen mediante una ley.

Sólo Canadá omite la referencia expresa al punto dentro de su Ley Suprema, aunque alude a *límites razonables* en el ejercicio de los Derechos humanos.

Nuestro Pacto Federal también contempla la expropiación. Esta se da, como sabemos, por causa de *utilidad pública y mediante indemnización*. La legislación en la materia prevé un procedimiento en el que participa, principalmente, el Ejecutivo. El monto de la compensación es determinado con base en el valor predial, liquidándose dentro de un término de diez años a partir del acto privatorio.

La medida está incluida en las demás Constituciones. Los textos presentan particularidades en relación con las causas y con el procedimiento expropiatorio, así como en lo referente a la indemnización⁵².

Sobre las causas, la diferencia es puramente conceptual. Las nociones de *utilidad pública* y de *interés público, general o social*, son las más frecuentemente socorridas.

Donde sí se presentan contrastes de fondo, es en lo relativo al procedimiento de expropiación a la forma de efectuar la compensación.

52. Las causales de la expropiación que señalan los diversos textos, son:

México: *utilidad pública* (artículo 27, p. 22); Alemania: *interés general* (artículo 14.3, p. 3); España, *utilidad pública o interés social* (artículo 33.3, p. 29319); Francia, “necesidad pública legalmente constatada y que la exija de manera evidente” (artículo 17 Déclaration 1789, p. 10); Suiza, *interés público* (22ter, p. 5); Canadá no indica más que *límites razonables* a los Derechos en general (artículo 1, Constitution 1982, p. 58); Estados Unidos, *uso público* (enmienda V, p. 33).

Argentina, *utilidad pública* (artículo 17, p. 5); Brasil, *necesidad o utilidad pública o interés social* (artículo 5.XXIV, p.6); Colombia, *utilidad pública o interés social* (artículo 58, p. 106); Costa Rica, *interés público legalmente comprobado* (artículo 45, p. 325); Uruguay, *necesidad o utilidad pública* (artículo 32, p. 1072) y; Venezuela, *utilidad pública o interés social* (artículo 101, p. 1161).

Con relación a los principios del procedimiento expropiatorio:

México: no se indica más que el hecho de que la causa debe ser de *utilidad pública* y que debe efectuarse *mediante indemnización* (artículo 27, p. 22).

Alemania, por ley o en virtud de una ley que fije modo y monto (artículo 14.3, p. 13); España, “de conformidad con lo dispuesto por las leyes” (artículo 33.3, p. 29319); Francia, por necesidad *legalmente comprobada* (artículo 17 Déclaration 1789, p. 10); Suiza, *por vía legislativa* (artículo 22ter, p.5); Canadá, no indica nada al respecto; Estados Unidos, sólo se refiere a la fórmula mediante *el debido proceso legal* (enmienda V, p. 33).

Argentina, exige sea *calificada por ley* (artículo 17, p. 5); Brasil, deja a la ley ordinaria la fijación del procedimiento (artículo 5.XXIV, p. 6); Colombia, los motivos deben ser *definidos por el legislador* y la expropiación se da *mediante sentencia judicial* (artículo 58, p. 106); Costa Rica, *conforme a la ley* (artículo 45, p. 325); Uruguay, *por una ley* (artículo 32, p. 1072) y; Venezuela, *mediante sentencia firme* (artículo 115 p. 39).

Respecto a la forma y al momento en que se da la indemnización:

México: *mediante indemnización* y no indica criterios de justicia. En la práctica se permite un plazo de hasta diez años para cubrirla y se determina con base en el valor catastral del bien (Cf., artículo 27, p. 22 y Ley de Expropiación. México, Porrúa, 1983).

Alemania, *equitativa* (artículo 14.3, p. 13); España, *mediante* (artículo 33.3, p. 29319); Francia, *justa y previa* (Déclaration 1789, artículo 17, p. 10); Suiza, *justa indemnización* (artículo 22ter, p.6); Canadá nada indica al respecto; Estados Unidos, *compensación justa* (V. enmienda, p. 33).

Argentina, *previamente* (artículo 17, p.5); Brasil, *justa y previa indemnización en dinero*, pero hay excepciones (artículo 5.XXIV, p. 6); Colombia, *previa*, considerando *los intereses de la comunidad y del afectado y razones de equidad* (artículo 58, p. 106); Costa Rica, *previa indemnización conforme a la ley*, con algunas excepciones (artículo 45, p. 325); Uruguay, *justa y previa*, incluye daños y perjuicios y considera cambios en el valor de la moneda (artículo 32, p. 1072); Venezuela, *justa*, sólo puede diferirse el pago en circunstancias extraordinarias (artículo 101, p. 1161).

La mayoría de las Constituciones guarda silencio en torno a los pasos que hay que seguir para expropiar, remitiendo simplemente a la legislación ordinaria.

Cinco de las Cartas señalan lineamientos adicionales. Alemania, Suiza y Uruguay exigen que la expropiación sea ordenada por el Poder Legislativo; Colombia y Venezuela, se refieren a un procedimiento *mediante sentencia*.

Sobre la indemnización, también pueden ubicarse distingos importantes.

Diez ordenamientos exigen que se tomen en cuenta criterios de justicia y equidad al hacer el pago. Salta a la vista el caso uruguayo, que ordena cubrir al particular daños, perjuicios y variaciones cambiarias.

En torno al momento del pago, siete sistemas se pronuncian por que sea cubierto antes de la consumación del acto expropiatorio, pero cuatro de éstos contemplan excepciones al principio. Una Constitución habla simplemente de que la expropiación se dará *mediante* indemnización y cuatro más no tocan el tema.

3. Propuesta de Reformas

Efectuada la comparación de la Carta mexicana, con las de otras naciones, presentemos algunos lineamientos para posibles modificaciones a nuestro Pacto Federal.

Según se desprende del análisis realizado, el concepto de propiedad derivada que contempla el artículo 27 de la Ley Suprema, no está acorde con el espíritu general sobre los Derechos individuales plasmado en el mismo ordenamiento.

Además, la tradición constitucional mexicana y las Leyes Supremas de todos los países estudiados, coinciden en limitarse a garantizar la propiedad, protegiéndola contra toda forma de afectación.

Sólo la Constitución mexicana de 1917 entrega al Estado la titularidad originaria de tierras y aguas, rompiendo el esquema de la propiedad como Derecho natural.

En algunos casos las Cartas hablan de la función social y de limitaciones a la propiedad. La expropiación se da únicamente por razones de beneficio general y a través de una reparación que es casi invariablemente previa.

La mayoría de las Leyes Fundamentales comparte la idea de la función social, pero ninguna desconoce el origen natural de este Derecho.

Finalmente, a pesar de que un buen número de textos apunta la posibilidad de señalar límites a la propiedad, y de que casi todas las Constituciones incluyen la expropiación, la Carta mexicana es la única que reglamenta detalladamente la prerrogativa.

Por tanto, creemos que es conveniente revisar el artículo 27, y modificarlo bajo los siguientes lineamientos:

- A. Inviolabilidad del Derecho de Propiedad y obligación del Estado de garantizar su ejercicio.
- B. Mantener la función social de la propiedad privada.
- C. Fijación, mediante ley, de limitaciones de interés público.
- D. Expropiación por vía legislativa.
- E. Previo y justo pago de la indemnización correspondiente.

IV. CONCLUSIONES

Con base en las ideas y en los fundamentos arriba apuntados, podemos expresar las siguientes conclusiones generales:

A. El espíritu de la Constitución mexicana de 1917 en relación con los Derechos del Hombre, reconoce la preexistencia y la primacía de estos postulados frente a toda forma de regulación.

B. El artículo 1 de la Carta Federal, declaración general de nuestra Ley Fundamental en el tema, omite toda referencia al concepto y a la naturaleza de estas prerrogativas.

C. Por lo tanto, el texto del Pacto contrasta con el espíritu plasmado en los debates de la asamblea.

D. La tradición constitucional mexicana confirma la idea del carácter natural de los Derechos Humanos.

E. Las Leyes Supremas de países de Europa y América, se identifican con la corriente que ubica a los Derechos del Hombre por encima de toda reglamentación.

F. En consecuencia, debe reformarse el texto de nuestra Constitución, siguiendo las ideas apuntadas en el apartado II, para incluir claramente el concepto de Derechos del Hombre como base y objeto de las instituciones sociales.

G. El Derecho de Propiedad está contemplado dentro de las garantías individuales.

H. Estas, como se desprende de los escritos del constituyente, deben ser mecanismos para asegurar el pleno ejercicio de los Derechos Humanos.

I. Sin embargo -según el artículo 27- las tierras y aguas corresponden de modo original a la nación, la que otorga a los particulares un dominio derivado.

J. Esta concepción del Derecho de Propiedad no coincide con el espíritu general de la Constitución, ni con la corriente histórica del constitucionalismo mexicano en la materia.

K. Adicionalmente, las Leyes Supremas de las naciones europeas y americanas, consagran a la propiedad como Derecho inviolable.

L. Corresponde, entonces, revisar el contenido del artículo 27, conforme a las pautas señaladas en el apartado III, para ajustar la norma a la naturaleza de la prerrogativa y fortalecer el Derecho de Propiedad.

§ 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO¹

Eduardo García de Enterría
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad Complutense de Madrid
España

I. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO PRIVADO DE LOS CIUDADANOS

No hay que hacer un gran esfuerzo (y nos ahorramos, por otra parte, el sí que formidable esfuerzo de pretender ver en el art. 9.3 de la Constitución cuando “*garantiza... la responsabilidad de los poderes públicos*” una consagración general y abstracta de la responsabilidad patrimonial del Legislador, que podrían actuar directamente los Tribunales ordinarios, como es un hecho que lo están haciendo ya)² para ver de inmediato que, en efecto, nuestra Constitución contiene una explícita garantía de la propiedad y de los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente a todos los poderes públicos y, por tanto, frente al Legislador, la garantía formulada sin el menor equívoco en su art. 33. Dice este precepto:

1. Se reconoce el derecho de propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de acuerdo con lo dispuesto por las Leyes.

Un principio análogo se encuentra en las Declaraciones internacionales de derechos fundamentales que ha incorporado el art. 10.2 de la Constitución como criterios interpretativos de los derechos fundamentales proclamados por ésta en su Título I, donde se encuentra el art. 33. En concreto, esos Convenios internacionales son inequívocos en la protección de la propiedad y los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente al Estado. Así:

1. Forma parte este trabajo de una obra general que espero publicar pronto sobre el problema de la responsabilidad del Estado Legislador. Por ello, se encontrarán alusiones a otros lugares que no se encuentran en esta publicación parcial. Se trata ahora de honrar al gran administrativista venezolano Alan Randolph BREWER CARÍAS, lo que hago con la mayor admiración y afecto por su obra y por su persona.

2. V. mi trabajo “El principio de la responsabilidad de los poderes públicos según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador” en el *Libro-Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, en prensa.

Declaración Universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas, 1948, art. 17:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1954³, art. 1:

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Hay que decir, además, que la jurisprudencia constitucional ha extendido de manera explícita la garantía del art. 33 a todos los derechos patrimoniales, aceptando la cobertura general que resulta del art. 1 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuya amplitud conviene retener:

Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social..., en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

El párrafo 2º del artículo excluye las llamadas ventas forzosas *reguladas por la Legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior o divisas*, que son siempre medidas generales (hoy ya en desuso en España), afectantes a todo un sector productivo o económico que es objeto de una intervención económica sistemática, y no *privaciones singulares* y más o menos ocasionales a una persona o, incluso, grupo de personas.

Aun intenta perfilar más la amplitud de ese concepto legal de expropiación el art. 1º del Reglamento de la Ley (Decreto de 26 de abril de 1957), al precisar:

1. Toda intervención administrativa que implique privación singular de propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos a que se refiere el art. 1º de la Ley, es una expropiación forzosa a todos los efectos legales, y específicamente a los de exigencia de habilitación legal, de sometimiento a procedimiento formal y de garantía jurisdiccional frente a la misma.
2. La enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos, a los fines de la calificación del párrafo anterior.

La amplitud del concepto legal de expropiación forzosa en nuestro Derecho es, pues, notable. La alusión a *intereses legítimos* ha permitido a la jurisprudencia incluir como expropiaciones, y por tanto indemnizables, la privación de simples situaciones de precario (así Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril y 22 de julio de 1997), de *actividades meramente toleradas por no contar con las autorizaciones o licencias exigibles* (Sentencias de 2 de julio de 1979, 4 de marzo de 1995 y 12 de diciembre de 1997),

3. La ratificación por España de ese Protocolo no se hizo hasta el Instrumento de 2 de noviembre de 1990 (BOE de 12 de enero de 1991) y sólo para las expropiaciones posteriores a la fecha de la ratificación. Esta particularidad tuvo por objeto excluir la posible aplicación de este precepto al asunto *Rumasa*, bien conocido.

cambio de estrategia a que se verá forzada la industria que se traslada (Sentencia de 13 de noviembre de 1995), pérdida de publicidad determinada por el traslado del local (Sentencia de 9 de marzo de 1991), incremento de ruidos (Sentencia de 7 de febrero de 1997), etc., aunque lo normal sea que tales intereses pasen a ser una partida más a incluir en la indemnización.

Aunque la ratificación de España del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos es muy posterior a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, no es ocioso notar que esa expansión tan extensa del concepto de expropiación forzosa (no frecuente en otros sistemas, concretados a la protección de la *propiedad* como derecho real específico) encuentra también hoy una cobertura explícita en el concepto utilizado, como vimos, por el citado Protocolo 1, *derecho al respeto de sus bienes*⁴, teniendo en cuenta el valor interpretativo que este Protocolo tiene para determinar el alcance del art. 33 de la Constitución, según su art. 10.2, como vimos. Bajo ese concepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado indemnizables no sólo la propiedad, sino también inequívocos derechos de crédito o personales, como el subsidio de paro, anulación de certificados de urbanismo sobre cuya fe se había hecho una construcción, etc.⁵.

Pero importa más notar que ese concepto legal tan amplio de la expropiación ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional como contenido de la garantía constitucional contenida en el art. 33 de la Constitución. Así, la Sentencia Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, dijo:

Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza tanto a las medidas ablatorias⁶ del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de *bienes* y *derechos* individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial. ... Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (Sentencias 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo y 37/1987, de 11 de junio, entre otras) al concepto de expropiación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en substancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social.

Así, pues, la cláusula general y tan extensa del art. 1º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 ha quedado, propiamente, constitucionalizada.

4. Por *bienes* el *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed., 2001, da este concepto: *Patrimonio, hacienda, caudal*, y en plural, específicamente, *patrimonio*.

5. Sentencias Gaygusuz, de 1996, Pine Valley Developments, de 1991, etc. Más adelante nos referiremos más despacio a la Sentencia Sporong y Löhrrot, de 1982, cuya doctrina se ha invocado, con notoria inadecuación, como apoyo para justificar la responsabilidad del Estado Legislador.

6. El uso jurídico del término *ablación* (que utiliza también, por cierto, la Corte Costituzionale italiana en esta materia) aparece ya recogido en la 22 edición del *Diccionario de la Real Academia Española*, Madrid, 2001, como “sacrificio o menoscabo de un derecho”. Ablatio en latín es cortar o quitar y en tal sentido es utilizado comúnmente en cirugía. En la magna *Enciclopedia del Diritto*, tomo I, 1958, se alude ya al término como procedente de la jerga de las Administraciones militares para indicar requisas, adquisiciones coactivas o prestaciones personales coactivas y se indica que en la doctrina, donde subsisten aún “dudas sobre los límites y caracteres de esta categoría, que algunos rechazan simplemente”, se prefiere hablar de “procedimientos ablatorios”, incluyendo los tributos. Creo que fue GIANNINI, M.S., quien le da un carácter dogmático en Italia. Cf., su obra *Diritto Amministrativo*, I, Milano 1970, pp. 515 y ss. Seguido en España por la doctrina (p.ej., GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 8ª ed., Madrid 2002, pp. 119 y ss.).

II. LA DIFERENCIA CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA ENTRE DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD SEGÚN SU FUNCIÓN SOCIAL Y EXPROPIACIÓN. EL ÁMBITO LÍCITO DE DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR

Si tal es la extensión de la garantía que la Constitución otorga a los derechos e intereses patrimoniales en nuestro sistema, la conclusión podría ser que la misma resulta oponible, como un límite infranqueable, en cuanto constitucional, al Legislador mismo. La conclusión resulta exacta en abstracto, pero de ella no puede derivarse, como se ha pretendido por alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷ "C:\windows\Temporary Internet Files-Content.IE5\WX87KPU1" que el Legislador resulte limitado por un respeto obligado y absoluto a los *intereses patrimoniales legítimos* a que alude el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, pasando por encima de la explícita y nada equívoca reserva que el propio texto constitucional formula, y que corrobora el art. 1 del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, reservas precisamente dirigidas a formular un ámbito lícito del ejercicio del poder legislativo capaz de afectar a tales intereses patrimoniales sin incurrir por ello en una verdadera expropiación.

Esas reservas son las siguientes, recordémoslas:

Art. 33.2 de la Constitución:

La función social de estos derechos [a la propiedad privada y a la herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.

Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo, párrafo 2º:

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general...

La Constitución, pues, expresamente separa de la expropiación forzosa en sentido estricto lo que llama delimitación del contenido de los derechos patrimoniales, que corresponde hacer a las Leyes para concretar su función social (y de acuerdo, también, con su art. 128, que afirma con énfasis que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, está subordinada al interés general”). El texto del art. 1 del Protocolo 1 es quizá más inequívoco al ir precedida de la locución adversativa *sin perjuicio*.

De estas normas básicas resulta, pues, inequívoco que una cosa es *expropiación* de un derecho patrimonial, no permitida a ningún poder constituido si no es indemnizada, y otra muy distinta es la *delimitación* (o la *reglamentación del uso*) de tales derechos, según su *función social*, siempre restrictiva para el propietario, *delimitación* con ese efecto que pueden hacerla precisamente las *Leyes*, sin que deban hacerlo al precio de

7. La Sentencia del TS de 5 de marzo de 1993, sobre indemnización a empresas pesqueras como consecuencia de la incorporación de España a las Comunidades Europeas (Ley Orgánica 10/1985), dice en su FJ 3: “deviene procedente la indemnización cuestionada; habida cuenta, en primer lugar, de la existencia de derechos o al menos intereses legítimos cuyo sacrificio particular se impuso”. Igualmente, sobre un caso idéntico, la Sentencia de 27 de junio de 1994, dijo que “dicha responsabilidad no puede negarse cuando la Ley tiene un contenido expropiatorio de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como ocurre en el presente supuesto”. Estos conceptos se repiten en la Sentencia de 16 de septiembre de 1997. En la materia de alteración del régimen jurídico de los funcionarios, algunas Sentencias de Audiencias Territoriales adujeron el mismo argumento para declarar indemnizable la reducción de la edad de jubilación, especialmente la Sala de Valencia (referencias en GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado Legislador*, Barcelona 2001, pp. 465 y ss.), que utilizan igualmente el argumento de la lesión de, al menos, intereses legítimos.

una indemnización correlativa de los, al menos, *intereses legítimos* que con esas Leyes se verán siempre necesariamente afectados algunos, al menos, de los destinatarios de dichas Leyes en que operen una alteración normativa.

Esta conclusión, que parece difícilmente discutible desde la perspectiva del simple análisis textual, resulta abrumadoramente confirmada con el análisis de la experiencia común de aquellos países que tienen un sistema de justicia constitucional capaz de imponer al Legislador los límites formulados por las super normas constitucionales. Resulta realmente sorprendente que no se haya traído a colación esa experiencia (que veremos que es común en todos los países con jurisdicción constitucional) en el debate sobre tan importante tema, comenzando, como es natural, por nuestra propia y reiterada justicia constitucional, que veremos que es completamente inequívoca.

Hay que decir, además, que otra cosa hubiese resultado sorprendente y, además, sumamente grave para la posición constitucional del Legislador. Si se pretendiese imponer a éste el límite de que no pueda afectar, en términos absolutos, a la situación económica de los ciudadanos que son los destinatarios de sus decisiones (los *intereses patrimoniales legítimos* a que alude el art. 1º de la Ley de Expropiación, según vimos), se estaría consagrando un sistema en el que resultaría, simplemente, imposible legislar. La Legislación quedaría limitada al plano puramente interno del aparato público, porque el principio de la incolumidad plena y absoluta de las situaciones patrimoniales de los ciudadanos impediría, en términos puede decirse que absolutos, proscribiría de hecho cualquier cambio normativo, por mínimo que fuese, destinado a regular las relaciones sociales (y aun a las relaciones de los ciudadanos con la Administración con relevancia económica directa o indirecta, como es el caso, bien real entre nosotros, como nos consta, del status legal de los funcionarios en nuestra reciente experiencia jurisprudencial⁸). Con ese aparentemente simple cambio técnico se habría transformado, en su totalidad, el sistema político entero sobre el que están instalados todos los Estados occidentales desde los orígenes mismos del constitucionalismo, una vez superado el sistema del Antiguo Régimen de petrificación del orden social, que estaba basado precisamente en la patrimonialización absoluta de las situaciones jurídicas adquiridas⁹. Sen-

8. Cf., los datos que ofrezco en mi artículo El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, en *RAP*, 159, 2002. Hay que decir que incluso ha llegado a pedirse indemnización por una empresa bien conocida en el mercado de bebidas "Pedro Domecq, S.A". por varias Leyes que, al aumentar la carga fiscal, se les reprochaba una disminución de las ventas: Sentencia de 11 de octubre de 1991; la empresa reclamaba una indemnización de 4.372.613.000 ptas.; la Sentencia fue obviamente desestimatoria. Pero hay que decir que hay dos Sentencias del Tribunal Supremo, que confirmaron las del Tribunal Superior de Canarias, que estimaron la pretensión indemnizatoria contra el Legislador autonómico canario (Ley de 28 de julio de 1986) que había elevado el impuesto autonómico sobre carburantes, por entender que tal elevación "debió establecer medidas correctoras transitorias que garantizaran la equidad tributaria", criterio sorprendente para una decisión judicial. ¡Si se adoptase el argumento de medir el contenido expropiatorio de una Ley por el módulo del art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa todas las Leyes fiscales serían expropiatorias!

9. V. sobre ello, con fuentes que caracterizan ese sistema histórico, lo que indico en mi trabajo El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Legislador, *cit.*, § V. El concepto de *petrificación* del Derecho en el supuesto de una responsabilidad generalizada por razón de los perjuicios económicos derivados de las Leyes lo han utilizado tanto el Tribunal Constitucional (Sentencia 27/1981) como el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de noviembre de 1992). Más expresivas son las rotundas palabras de JÉZE: "Políticamente es absurdo, quimérico y criminal querer encerrar a las generaciones sucesivas en las instituciones políticas, administrativas, sociales, etc., que quizás estén en contradicción absoluta con el ideal del momento, la moral a la moda, los ideales de justicia, las necesidades políticas, económicas, etc.; es forzar a una generación a la revolución y a la violencia" ("Du retrait des actes juridiques", *Revue de Droit Public*, pp. 225 y ss., en especial p. 229).

cillamente dicho: ese efecto parece una consecuencia excesiva como resultado de una simple doctrina jurídica, la cual, además, creemos que es gravemente errónea en términos elementales de interpretación de la Constitución, que, por de pronto, tendrá que reconocerse, al menos, que no ha pretendido jamás cosa tan trascendental y tan grave.

III. EL PROBLEMA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA: LA DISTINCIÓN BÁSICA ENTRE TAKING Y REGULATION

La distinción entre *regulación* de los derechos y su *expropiación* aparece tempranamente en la primera de las jurisdicciones constitucionales de la historia, la norteamericana, lo que tiene especial interés subrayarlo, dada la sensibilidad bien marcada de la sociedad de ese país por el papel relevante y prioritario, y tendencialmente absoluto, del derecho de propiedad.

La Enmienda V de la Constitución americana fue aprobada entre las diez que contienen lo que su autor principal, James Madison, llamó the great rights of mankind, los grandes derechos de la condición de hombre o humanidad, aprobados en 1791 en el primero de los Congresos formados bajo la Constitución federal de 1787¹⁰. La enmienda contiene, en realidad, varios derechos fundamentales, que comienzan con la expresión No person shall be held seguida de varios derechos relativos a los procesos (entre los cuales el capital de no declarar contra sí mismo en las causas penales), el básico due process en las causas en que se pueda privar al ciudadano de la vida, la libertad y la propiedad -la cláusula due process se encuentra más desarrollada en la Enmienda XIV- y, en último lugar, con el que ahora nos interesa, que enuncia así:

nor shall private property be taken for public use without just compensation,

esto es: ni se le tomará la propiedad privada para una utilidad pública sin una compensación justa.

Por cierto que, en Estados Unidos, se habla de la expropiación como un derivado del viejo principio feudal, tomado, obviamente, del Derecho inglés, del Eminent Domain que el señor tendría sobre todas las propiedades de su reino, en tanto que quien figura como propietario sólo tendrían un temporary feudal grant de su Lord; el durmiente *dominio eminente* del señor se reactualizaría en caso de expropiación, lo que supone *recuperar* la posesión (resume possession o resumption theory), conceptos con los que se sigue operando para justificar la existencia del poder de expropiar propio del soberano que la Enmienda V limita y condiciona en su ejercicio¹¹.

Pues bien, aunque, como se habrá notado, no se encuentra en la formulación del derecho fundamental que hace la Enmienda V ninguna reserva en favor de los posibles efectos limitadores de la propiedad de una Ley reguladora, como es el caso del art. 33, apartado 2, de nuestra propia Constitución, la práctica jurisprudencial americana descubrió enseguida por sí sola que era necesario distinguir entre el taking propiamente dicho y la

10. SCHWARTZ B., *The great rights of mankind. History of the American Bill of Rights*, New York 1977, en especial pp. 160 y ss. LEVY L.W., *Origins of the Bill of Rights*, London-New York 1999, pp. 180 y ss.

11. V., por todos, la gran obra de SCHWARTZ B., *A Commentary on the Constitution of the United States*, tomo relativo a la Part. II, "The Rights of Property", New York-London 1965, pp. 234-5.

regulation de la que pudiese resultar alguna reducción de utilidad al propietario de cualquier bien, regulación que es legítima sin necesidad de ir acompañada de indemnización alguna, distinción esencial y que, por cierto, no fue descubierta en Europa, por la inexistencia de una jurisdicción que controlase la constitucionalidad de las Leyes, hasta bien entrado el siglo XX, casi un siglo después.

En el siglo XIX, en efecto, aparece ya el tema directamente planteado: Sentencias *Pompelly v. Green Bay Company de 1871*, *Mugler de 1887*, etc. La doctrina constitucional concluyó de perfilarse en *Miller v. Schoene*, 1905, siendo hoy de aplicación normal. El criterio establecido lo formula así Schwartz: “Aunque ‘no hay una fórmula para determinar cuando una regulation concluye y comienza un taking’ (expresión tomada de la Sentencia *Jones v. City of Portland*, 1917), puede decirse, como proposición general, que el eminent domain toma [take] una propiedad y la aplica para un uso que beneficia al público, mientras que el police power [fuente normal de la regulation] restringe al propietario en el uso o disfrute de su propiedad porque un ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad es considerado contrario al interés público, fórmula impuesta en la Corte Suprema desde 1920”¹².

Desde esta posición, que es neta (o taking o regulation, o al vado o a la puente), se comprende que el Derecho norteamericano desconozca absolutamente la figura de la responsabilidad del Legislador, fuera de los casos en que una Ley sea calificada de expropiatoria, esto es, que contiene un taking cuya *justa compensación* pretenda excluir. Fuera de ese supuesto, una Ley constitucional y eficaz no puede calificarse nunca como un tort, que es la base del Derecho anglosajón de daños; la virtud soberana de la Ley (dentro de los límites de la Constitución) lo excluye a radice. Ninguna Sentencia podrá citarse que defina una tal responsabilidad fuera del ámbito de la Enmienda V.

Disponemos, venturosamente, de un juicio cualificado sobre el problema concreto, el que ofrece el gran iuspublicista americano ya citado, Bernard Schwartz, en su libro clásico *French Administrative Law and the Common Law World* de 1954, que es una comparación sistemática entre las soluciones del Derecho Administrativo francés y las que ofrece el sistema de Common Law, especialmente en su versión americana, que es la del autor¹³. Schwartz aborda expresamente el problema de la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes con la que se encuentra en el Derecho Administrativo francés, y es categórico:

¿Cuál hubiese sido la situación en los Estados Unidos en relación con una Ley del Congreso que hubiera hecho lo que contempló el caso *La Fleurette* en Francia?. Tal Ley que hubiese prohi-

12. SCHWARTZ, *cit.*, p. 264. V. también MUNZER S.R., *A theory of Property*, Cambridge-New York 1990 (que incluye en pp. 448 y ss. un análisis de los distintos tests de taking). ACKERMAN B.A., *Private propriety and the Constitution*, Yale University Press, 1973. EPSTEIN R.A., *Taking: private propriety and the power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985. El número monográfico de Columbia University Press, 88, sobre *Jurisprudence of taking*, 1988. SAX, J.L., “Taking and Police Power” en *Yale Law Journal*, 74, 1964; y sobre “Taking, private property and public rights”, en la misma revista, 81, 1971. Sobre la eventual introducción de un tercer término, regulatory takings, V., TRIBE L. H., *American Constitution Law*, 2ª ed., Mineola-New York 1988, pp. 595 y ss., donde se cita a un autor de Derecho urbanístico que afirma que diferenciar “regulation de taking ha pasado a ser el más inquietante problema jurisprudencial en el campo del Derecho urbanístico (Land-use Law) contemporáneo... un problema que puede ser para los juristas el equivalente de la caza de los quark para los físicos”. Digamos incidentalmente que, entre nosotros, por cierto, el Derecho urbanístico parece haber acertado a resolver el problema con satisfactoria coherencia y respeto de los principios.

13. SCHWARTZ, B., *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954, p. 300.

bido la fabricación de productos que no presentaban peligro para la salud pública o moral y dictada sólo en beneficio de quienes fabrican productos competitivos¹⁴ podía ser declarada inconstitucional por nuestros Tribunales si no dispone una indemnización por just compensation o indemnización expropiatoria.

La inconstitucionalidad por un taken sin indemnización es, pues, la única vía que el gran jurista americano contempla en el sistema constitucionalizado de garantía de la propiedad¹⁵.

Y añade, para concluir con su análisis:

Pero la respuesta del Derecho Americano hubiese sido indudablemente que no. La verdadera noción de la responsabilidad del Estado está, para nosotros, completamente fuera de lugar en este tipo de casos. Dictar una Ley es uno de los principales atributos de la soberanía y declarar al Soberano responsable por su ejercicio hubiera sido decidido con un non sequitur rotundo por los Tribunales de Common Law. El perjuicio que un ciudadano puede sufrir por la aplicación de una Ley es considerada por nosotros que forma parte de las cargas sociales de la vida bajo un gobierno¹⁶.

Aún hay que notar que en Estados Unidos sigue presente la regla de la inmunidad en vía de principio de los poderes públicos, y aun de sus agentes, salvo consentimiento expreso del propio poder, el cual se entiende prestado en el orden federal por la Federal Claims Act de 1946. Pero esta Ley no establece la regla de absolute liability de la Administración; la excepción más notable es la de las discretionary functions¹⁷, entre los cuales, por cierto, se incluyen los Reglamentos, y ello incluso aunque los Reglamentos sean inválidos¹⁸.

IV. EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

En Alemania, la jurisprudencia y la doctrina han fijado criterios bastante firmes una vez asentado el sistema de justicia constitucional¹⁹. Conviene comenzar notando que, a diferencia de nuestro art. 33, el art. 14.3 de la Grundgesetz, que regula la expropiación, se refiere únicamente a la propiedad. En su apartado 3 precisa que “La expropiación está permitida sólo por razones de interés público. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y la cuantía de la indemnización”. Sobre la

14. Es el supuesto del caso *La Fleurette*, en el que el Consejo de Estado francés declaró por vez primera en 1938 la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la Ley con el contenido que resume el texto transcrito; es la Sentencia emblemática en la materia de la responsabilidad civil del Legislador, que abre una (muy modesta, por otra parte) línea jurisprudencial, en los términos que comprenderemos mejor cuando estudiemos más adelante el caso de Francia.

15. Aunque inmediatamente agrega: “Puede que los Tribunales americanos hubieran tenido serias dudas - overhesitants- en casos de este tipo... Pero los mismos tienen claramente el poder de declarar inválidas Leyes como la del caso *La Fleurette* si se hubieran decidido a ejercerlo”.

16. *Ibidem*, p. 298. La última frase, que hemos subrayado, procede, según el autor, de una Sentencia de la Corte Suprema de 1938 (el mismo año que *La Fleurette*, por cierto).

17. SCHWARTZ B., *Administrative Law*, 3ª ed., Boston 1991, pp. 608 y ss.

18. PROSSER and KEETON, *On torts*, 3ª ed., St. Paul, Minn. 1984, p. 1041.

19. V., KROHN, G., y LÖWISCH, G., *Eigentumsgarantie, Enteignung, Entschädigung. Handbuch für die Praxis*, 3ª ed., KÖLN, 1984. OSSENBUHL, F., *Staatshaftungsrecht*, 4ª ed., München 1991. Así como las colaboraciones de LEISNER, W., y PAPIER, sobre Eigentum y Staatsaftung, respectivamente en el Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik. Deutsland dirigido por ISENSEE y KIRCHHOF, tomo V, pp. 1081 y ss. y 1353 y ss. Heidelberg 1989.

base de este precepto, se habla de la Junktin-Klausel, o cláusula de simultaneidad²⁰, cláusula que permite operar con cierta seguridad para el enjuiciamiento constitucional de las Leyes materialmente expropiatorias, puesto que si no van acompañadas por la correspondiente cláusula indemnizatoria (directamente o por remisión al sistema expropiatoria general) serán, sin más, inconstitucionales.

Al no cubrir la garantía constitucional nada más que la propiedad, la jurisprudencia civil (que es la competente tanto en materia expropiatoria como en la de responsabilidad de la Administración) ha precisado una figura de ataques (Eingriffe) de la Administración a otros derechos distintos del de propiedad que llama *equivalentes a la expropiación* (Enteignungsgleicher Eingriffe), que utiliza como criterio ordinario el del *sacrificio especial*, siempre referido a otros derechos patrimoniales distintos del de propiedad (daños por obras públicas, o por ejercicios militares, etc.), que, sin embargo, no se regulan por el régimen ordinario de la responsabilidad de la Administración aunque ésta entre en juego.

La distinción entre expropiación y regulación, especialmente la que intente justificarse como una determinación de la función social a que el propio art. 14.1 de la Ley Fundamental sujeta a la propiedad²¹ resulta, como bien se comprende, esencial para poder poner en marcha la técnica de la Junktin-Klausel y formular el juicio de constitucionalidad de la Ley que pretenda hacer pasar como una regulación no indemnizable lo que en realidad oculta una verdadera expropiación. El criterio esencial de la expropiación se sitúa en la noción de Eingriff, ataque o despojo contra la propiedad, contra su núcleo esencial, con multitud de matices y doctrinas que no interesa ahora demasiado seguir ahora²².

Es ahora muy importante notar que el especial régimen de responsabilidad aplicado por la jurisprudencia a los ataques administrativos equivalentes a la expropiación, aunque regidos por los cánones materiales de la expropiación, no es nunca aplicado a los daños producidos por las Leyes. En el Derecho alemán, fuera del ámbito estricto de la Junktin-Klausel, que determinará la anulación por el Tribunal Constitucional de una Ley materialmente expropiatoria que pretenda excluir la indemnización correlativa, ningún Tribunal ordinario (civil o contencioso-administrativo) puede declarar la responsabilidad patrimonial por daños eventualmente producidos por las Leyes, invóquese el principio que se quiera. Esta doctrina, que veremos que se extiende incluso al supuesto específico de perjuicios producidos por Leyes declaradas inconstitucionales, salvo en el supuesto específico del proceso ordinario en cuyo seno se hubiera suscitado la *cuestión de inconstitucionalidad*, se explica por una falta de jurisdicción del juez sobre el legislador (argumento que es también aplicable a nuestro sistema, como veremos) y

20. En el Deutsches Rechts-Lexikon, 2ª ed., tomo II, München 1992, p. 596, se interpreta la cláusula Junktin en la fórmula de *no cabe expropiación sin simultánea regulación de la indemnización*. Junktieren es un término alemán que procede directamente del latín jurídico; tiene, pues, el mismo origen etimológico que nuestros *juntar*, *ayuntar*, *yugo*, etc.

21. Abgrenzung der entschädigungs pflichtigen Enteignung gem. Art. 14.III GG gegenüber der entschädigungslosen Eigentumsbindung gem. Art. 14.I.2 GG (la distinción entre la expropiación que según el Art. 14.III de la Ley Fundamental implica un deber de indemnizar y la vinculación de la propiedad no indemnizable según el art. 14.I.2 de la misma Ley Fundamental), son los términos de MAURER H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 9ª ed., p. 629. München, 1994.

22. Sigue valiendo sustancialmente la exposición que hice en mi viejo libro Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, *cit.*, pp. 64 y ss. V., MAURER, *cit.*, pp. 629 y ss., en especial pp. 634 y ss. para los criterios que utiliza el Tribunal Federal Constitucional.

también porque los Tribunales entienden que cualquier decisión sobre las finanzas públicas corresponde a la potestad presupuestaria de las Cámaras, inmune al juez ordinario, de modo que una eventual indemnización impuesta al legislador debe reservarse al legislador mismo²³.

La firmeza del criterio de la jurisprudencia alemana de negar cualquier relación entre la Ley y la responsabilidad por daños se ha hecho especialmente visible cuando el Derecho Comunitario, como veremos más detenidamente más adelante²⁴, ha venido a imponer responsabilidades patrimoniales a los Estados por Leyes que infringen normas que en el Derecho Comunitario están concebidas como garantizadoras de derechos patrimoniales individuales²⁵. Hasta 1996 no se planteó la cuestión respecto de Leyes procedentes del Estado alemán. Han sido las Sentencias del Tribunal de Justicia *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, de 5 de marzo de 1996, y *Dillenkofer*, de 8 de octubre del mismo año²⁶. Como expondremos más adelante, el Tribunal de Justicia en estos procesos de responsabilidad patrimonial de los Estados formula la posibilidad de la existencia de tal responsabilidad, pero remite su estimación final al juez nacional, que es a quien corresponderá apreciar si ha existido en la conducta del Estado una “falta suficientemente caracterizada” o grave que condiciona la aplicación final de la responsabilidad. Pues bien, así como en el caso de los autos acumulados *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, la justicia inglesa en el segundo de los autos hizo sin grandes vacilaciones la estimación de que el Reino Unido había incluido en tal tipo de falta cualificada con su *Ley Merchant Shipping Act* de 1988, declarando en consecuencia la responsabilidad civil del Gobierno inglés (por cierto: en favor de los pescadores españoles que habían sido expulsados de los caladeros ingleses en virtud de tal Ley)²⁷, la justicia alemana ha negado rotundamente la existencia de tal falta cualificada y ha excluido toda indemnización a la sociedad francesa demandante a quien por la Ley alemana de definición del método bávaro del siglo XVI como único válido para elaborar bebidas que mereciesen el nombre de cerveza o Bier excluyó durante años de la entrada en su mercado de la cerveza fabricada por dicha empresa recurrente²⁸.

23. PAPIER H.J., *op. cit.*, pp. 1380 y ss., especialmente p. 1382. Aunque críticos con esta posición de la jurisprudencia (que entienden que debe rectificarse en caso de leyes singulares), V. también OSSENBUHL, *op. cit.*, p. 194 (y también en su colaboración a la obra colectiva dirigida por BARNÉS, J. *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid 1995, p. 953). Fetzer, R. *Die Haftung des Staats für legislatives Unrecht*, Berlín 1994, p. 119.

24. V. en mi trabajo ya citado “El principio de la protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador” en *RAP* 159, diciembre 2002, § IV.

25. Esta delimitación del supuesto, que se conoce como *Schutznormtheorie*, a su vez precedente del Derecho común alemán de daños, teoría adoptada por la jurisprudencia comunitaria, es esencial, aunque no siempre la resalten los autores. *Cf.*, sobre el Derecho alemán, KROHN G., y LÖWISCH G., *Eigentumsgarantie*, *cit.*, pp. 45 y ss. Sobre la relevancia del principio en el Derecho Comunitario (a partir de la Sentencia HNL de 5 de julio de 1977, GRABITZ E., “Liability for Legislative Acts”, en la obra colectiva dirigida por SCHERMES, HENKEL y MEAD, *Non contractual liability of the European Communities*, Dordrech-Boston-London 1988, en especial pp. 6-7).

26. *Cf.*, sobre estos casos, ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid 1997, pp. 27 y ss. y 65 y ss. GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, pp. 481 y ss. y 486 y ss. Valencia 2001.

27. V., mi trabajo, “Le dénouement de l'affaire Factortame. La responsabilité civile du Royaume Uni”, en *Mélanges en hommage Michel Waëlbroeck*, tomo I, Bruxelles 1999, p. 355 y ss., (y una versión previa en *RAP*, 145, 1988).

28. V., las referencias a la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, y el contraste entre el modo como aplicó la justicia inglesa la responsabilidad del legislador hacia los pescadores españoles y la justicia alemana, que la negó a los importadores de cerveza, cuando ambos casos constituyen el objeto común de la misma citada Sen-

V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ITALIANO

Existiendo un sistema de justicia constitucional desde su Constitución de 1947 (que entró en vigor en 1948), la solución a la pregunta de una responsabilidad patrimonial del Legislador es la misma que la de los sistemas hasta ahora estudiados: esa responsabilidad patrimonial sólo puede entrar en juego cuando una Ley es anulada por el Tribunal Constitucional por no haber respetado la garantía constitucional del patrimonio privado.

En el caso italiano hay, además, una razón técnica específica, que es el tenor literal del precepto básico por el que se rigen todas y cualquiera de las formas de responsabilidad patrimonial extracontractual, el art. 2043 de su Codice civile, cuyo texto dice:

Risarcimento per fatto illecito. (Resarcimiento por acto ilícito)

Cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien lo ha cometido el hecho a resarcir el daño²⁹.

Destacamos la expresión danno ingiusto, que hace inviable a limine su reproche a una Ley válida³⁰. Sólo si la Ley fuese inválida por infracción de normas constitucionales el daño que causase sería propiamente ilícito y, por ende, resarcible³¹.

Ello nos remite al art. 42 de la Constitución, que garantiza la propiedad y establece los límites de esta garantía en los siguientes términos:

La propiedad es pública y privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a los Entes y a los particulares.

La propiedad privada está reconocida y garantizada por la Ley, que determina los modos de adquirirla, de goce y los límites con el fin de asegurar la función social y de hacerla accesible a todos.

La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la Ley, y salvo una indemnización, expropiada por motivos de interés general.

La Ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia.

El art. 43 se refiere al campo de aplicación de la expropiación.

Como resulta del texto del art. 42, uno de los más debatidos por la Asamblea Constituyente, el mismo tiene un marcado tinte socialista³². Pero, no obstante, erige una ga-

tencia comunitaria, en mi trabajo, *cit.* en nota 55 *supra*, pp. 385 y ss., en particular la nota 23 en p. 386 (nota que falta precisamente en la versión de *RAP*, 145, 1988). El epígrafe de esta parte del trabajo señala “Renvoi à une décision postérieure pour la fixation du montant de l’indemnisation. Analyse finale de l’arrêt anglais: sa clarté et sa détermination. Le contraste avec l’arrêt allemand (*Bundesgerichtshof de 24 octobre 1996*) dans l’affaire *Brasserie du Pêcheur*”. La Sentencia alemana está publicada donde la citada nota precisa. La Sentencia de la Cámara de los Lores (R.v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame Ltd.) es de 1999 3 WLR 1062 (HL). Sobre ella, V. últimamente WADE H.W.R. y FOSTER C.F., *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford 2000, pp. 205, 762 y ss. y 770.

29. Sobre la directa aplicación del art. 2043 del Código Civil a la responsabilidad de la Administración, *Cf.*, TORCHIA Luisa, capítulo “La responsabilità”, en el *Trattato di Diritto Amministrativo* dirigido por CASSESE S., tomo II, Milano 2000, p. 1457 y ss.

30. DUNI G., *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano 1968, p. 390: “Cuando falta una Constitución rígida, el acto legislativo legalmente emitido constituye siempre una *causa de justificación* -del posible perjuicio que cause su aplicación- idónea para excluir la ilicitud de dicho perjuicio”.

31. Así DUNI, el texto transcrito en la nota anterior continúa así: “Pero en ordenamientos como el nuestro, llamados justamente de *Constitución rígida*, la causa de justificación puede estar viciada por contraste con la norma constitucional y ser por consiguiente inidónea para justificar el daño, que debe, por consiguiente, ser considerado ilícito”. Concreto estas referencias expresas de DUNI porque GALÁN VIOQUE, R., cita a menudo la obra de este autor como supuesto apoyo a su tesis de la responsabilidad patrimonial por Leyes válidas.

rantía del derecho de propiedad a través de la cláusula de expropiación forzosa, si bien salva con énfasis el poder del Legislador en definir sus *límites con el fin de asegurar su función social*, como se habrá notado. Se ha afirmado que ello supone un “reenvío al Legislador ordinario del encargo de transformar el régimen de la propiedad”³³, lo cual quiere decir que la garantía constitucional no cubre en su plenitud la integridad objetiva de un derecho de propiedad considerado como derecho absoluto y consistente por sí mismo. Rodotà ha podido decir por ello que, quizás con exceso, “la elección del reenvío al Legislador futuro ayuda a comprender el anclaje de la garantía de la propiedad en la Ley, y en ésta solamente”.

Se plantea entonces cuál puede ser el criterio con el que el Tribunal Constitucional puede controlar la corrección de una Ley que regule o interfiera la propiedad. Rodotà es categórico: no le corresponde determinar a dicho Tribunal la apreciación de la utilidad social [que el párrafo segundo del precepto constitucional remite a las Leyes para determinar “los límites de la propiedad con el fin de asegurar la función social”, que es una apreciación que “permanece en la competencia exclusiva del Legislador, debiendo (el Tribunal Constitucional) limitarse a controlar si tal apreciación se ha cumplido, en un cuadro legislativo tendente a realizar cabalmente una finalidad de orden social”³⁴].

Esa especie de *desconstitucionalización* material del contenido de la propiedad podría entenderse que vendría a abrir el camino a la posible apreciación de Leyes dañosas, susceptibles de justificar una condena indemnizatoria ordinaria.

Pero esta visión resulta excesivamente inclinada a una posición socialista casi incondicionada. Si atendemos a la jurisprudencia constitucional, como resulta obligado, encontramos prácticamente las mismas soluciones que en los demás países con jurisdicción constitucional. Es cierto que “la previsión constitucional de la función social de la propiedad singulariza un principio de alcance general, que lejos de estar legitimado en relación a algunos supuestos de hecho previstos por vía excepcional, permita por sí el

32. LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Bologna 1977, p. 73, llega a decir que “no deberíamos recurrir a una revisión del art. 42 para introducir el socialismo”. V. un elenco de opiniones en la colaboración de RODOTÀ Stefano, al magno Comentario della Costituzione, a cura di BRANCA, G., volumen sobre Rapporti economici, Art. 41-44, p. 69 y ss. Bologna-Roma 1982. Puede verse en el comentario de RODOTÀ la historia del precepto en la Asamblea Constituyente (p. 76-87) y sus avatares aplicativos.

33. RODOTÀ, *cit.*, pp. 87 y ss., cita (p. 91) una frase de CALAMANDREI que dice que “para compensar a las fuerzas de la izquierda por una revolución frustrada mancada, las fuerzas de la derecha no se opusieron a acoger en la Constitución una revolución prometida promessa”; y añade RODOTÀ: “Probablemente, al menos en el sentido de no excluir para el futuro la posibilidad de mutaciones más radicales de aquellas que, en el momento, parecían posibles o realizables”. Y más adelante (p. 104): “El carácter propio de este artículo termina así con la afirmación de ser no tanto el punto de llegada de un compromiso como, más bien, el espejo de las muchas ambigüedades de aquella situación política, respecto a las cuales la única verdadera mediación o compromiso posible parecía la que ligada a una formulación del artículo que no le diera rigidez de tal forma que hiciera de él un obstáculo a los todavía inciertos desarrollos del futuro”.

34. RODOTÀ, p. 107, cita, en ese sentido, la Sentencia constitucional 14/1964, de 7 de marzo. Para poder hablar de ilegitimidad constitucional de una Ley de funzionalizzazione de la propiedad privada (se trataba de una nacionalización), la Corte Constitucional dijo que sería preciso “que el órgano legislativo no hubiese cumplido una apreciación de tales fines (de utilidad general) y de los medios para llegar a la misma, o que esa apreciación hubiese estado inficionada de criterios ilógicos, arbitrarios o contradictorios, o bien que la apreciación misma se manifestase en evidente contradicción con los presupuestos de hecho. Sería también vicio de inconstitucionalidad si se acreditase que la Ley hubiese puesto en aplicación medios absolutamente inidóneos o que contradigan con el fin que intenta conseguirse, o bien si resultase que los órganos legislativos se han servido de la Ley para realizar una finalidad diversa de la de la utilidad general que la norma constitucional considera”. Se deja, pues, en cuanto al fondo, una gran latitud al Legislador.

sistema entero... Principio que en concreto determina que puedan comprimirse facultades inherentes al derecho de entidad variable, sin que exista una predeterminación absoluta del contenido de disfrute del bien”; pero ello no obsta, naturalmente, a que “deba reconocerse un -contenido mínimo-, consistente en el interés del particular en extraer del bien del que es propietario utilidad superior a las desventajas. Dentro de los límites así individualizados, la función social representa un elemento constitutivo de la misma noción de propiedad”³⁵. Ese *contenido mínimo* garantizado es lo que nuestra propia jurisprudencia ha identificado, como veremos, en *el contenido esencial* del derecho de propiedad, aludido en el art. 53.1 de nuestra Constitución como un límite infranqueable por el Legislador al regular los derechos fundamentales. La Corte Costituzionale italiana así lo ha precisado, en declaraciones como la siguiente:

La norma dicha [el art. 42, segundo párrafo] no ha, como se ha sostenido por una parte de la doctrina, transformado la propiedad en una función pública... La Constitución ha claramente continuado a considerar la propiedad privada como un derecho subjetivo, pero ha confiado al Legislador ordinario la misión de introducir, como consecuencia de las oportunas valoraciones y del necesario balance de intereses, aquellos límites que aseguran en ella la función social.

Indudablemente, dicha función con el solemne reconocimiento que ha tenido en Carta fundamental, no puede ser considerada, como en el pasado, una mera síntesis de los límites ya existentes en el ordenamiento positivo en base a disposiciones singulares; representa, más bien, la orientación general que deberá inspirar la futura legislación (Sentencia n° 252/1983)³⁶.

En concreto, la Corte Costituzionale ha estimado perfectamente constitucionales la Legislación que impone restricciones a la propiedad de los inmuebles arrendados para fines comerciales o artesanales (Sentencia n° 1115/1971)³⁷, o la que bloqueó las rentas arrendaticias de inmuebles (Sentencia n° 3/1976)³⁸, o la que impuso prórrogas obligatorias de los plazos pactados (Sentencia n° 32/1980)³⁹, o la que tasó las rentas (equo canone) (Sentencia n° 58/1980)⁴⁰. Igualmente en lo que se refiere a los arrendamientos rústicos (Sentencias n° 155/1972 y n° 301/1983), a la distancia legal preceptiva entre construcciones (Sentencia n° 120/1996)⁴¹, a las limitaciones por razones urbanísticas o paisajísticas (Sentencias n° 97/1982 y 9 y 122 de 1983, entre otras)⁴², etc. Sin embargo, ha estimado inconstitucional la limitación de la *servidumbre de paso coactivo* para los mutilados o inválidos prevista en el art. 1052 del Código Civil, que una Legislación especial había reducido, invocando las necesidades de protección a dichos discapacitados y de acuerdo con *el principio personalista* que inspira toda la Constitución, que impone aquí esfuerzos de socialización de los mismos (Sentencia n° 167/1999)⁴³.

35. SAN GIORGIO, María Rosario, “Proprietà e funzione sociale” en el volumen *Proprietà e Costituzione. I principi giurisprudenziali*, Milano 2002, p. 5, de CINTIOLI, F., y la autora citada.

36. SAN GIORGIO, M^a Rosario, *cit.*, p. 6.

37. *Ibidem*, p. 8: La Constitución “reconoce y garantiza la propiedad, pero reserva a la Ley determinar los modos de adquisición, el goce y los límites con el fin de asegurar la función social y de hacerla accesible a todos”.

38. *Ibidem*, p. 8.

39. *Ibidem*, pp. 8-9.

40. *Ibidem*, p. 9; hay varias Sentencias constitucionales más sobre el tema de la Legislación arrendaticia: pp. 11-12.

41. *Ibidem*, pp. 19 y ss.

42. *Ibidem*, pp. 22 y ss.

43. *Ibidem*, pp. 31 y ss.

En general, y aparte el criterio singular referido en la última Sentencia citada, el criterio que suele seguir la Corte Costituzionale es una doctrina que tiene en cuenta factores distintos:

-por una parte, aunque no haya transmisión coactiva de propiedad, se considera expropiación y no limitación el acto que “aun no disponiendo una traslación total o parcial de los derechos, imponga limitaciones tales que vacíe de contenido el derecho de propiedad sobre el goce del bien, tan profundamente que lo hace inutilizable en relación al destino inherente a la naturaleza del bien” (Sentencia n° 6/1966)⁴⁴;

-criterio por el que ha considerado expropiatorio la determinación de inedificabilidad absoluta, y sin plazo de duración, por los planes de urbanismo (Sentencia n° 55/1968)⁴⁵;

-pero es bastante usual que la Corte distinga, en términos que recuerda la vieja *Einzelakt theorie* de la doctrina alemana de la época de Weimar⁴⁶, las regulaciones que se refieren al régimen de pertenencia de enteras categorías de bienes y los sacrificios singulares⁴⁷. Quizá merezca destacarse que en Italia, contra lo que veremos que ha ocurrido con nuestra jurisprudencia constitucional, se ha declarado no expropiatoria la virtual demanialización general de las aguas privadas, Sentencia n° 419/1996⁴⁸. Fuera de esos supuestos de Leyes materialmente expropiatorias, el Derecho italiano desconoce cualquier otro supuesto de responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes.

VI. EL CASO DE FRANCIA. DUGUIT. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DU FAIT DES LOIS Y SU VERDADERO ALCANCE. LA ADOPCIÓN POR EL CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGULACIÓN Y EXPROPIACIÓN

El caso francés es especialmente relevante, porque, por una parte, es en su doctrina, y concretamente en la obra de uno de sus juristas más relevantes, León Duguit, donde se formula por vez primera una verdadera teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, y, por otra parte, su jurisprudencia contencioso-administrativa es también la primera que ha acogido alguna (veremos que muy pocas y escasamente relevantes) sentencia condenatoria al pago de indemnizaciones por ese motivo.

44. *Ibidem* (aunque en otro capítulo), pp. 40-1.

45. *Ibidem*, p. 41.

46. Una referencia en mi viejo libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956, pp. 68 y ss., reimpresión de 1984.

47. Amplias referencias en *Ibidem*, pp. 41 y ss.

48. *Ibidem*, pp. 58 y ss. Se dice, en concreto de la Ley de 5 de enero de 1994 que “la *publicità delle acque* tiene relación con el régimen de uso de un bien, que se ha hecho limitado, de modo que la declaración de publicidad del agua, atendido como recurso susceptible de uso previsto o consentido, se basa sobre un interés general considerado en línea de principio existente en relación con la limitación de las disponibilidades y con la exigencia prioritaria de uso del agua”... “Sobre un plano más general, debe ser confirmado el principio de que el art. 42 de la Constitución no impone indemnizar cuando la Ley en vía general regula derechos dominicales en relación a determinados fines para asegurar la función social con referencia a enteras categorías de bienes (v. por todas la Sentencia n° 328/1990) ni cuando le sea regulada la situación que los bienes mismos tengan respecto a los intereses de la Administración pública, siempre que la Ley tenga por destinatarios a la generalidad de los sujetos (Sentencia 245/1976)”. Veremos que nuestra jurisprudencia constitucional utiliza el criterio del *contenido esencial* del derecho de propiedad, lo que le permitió calificar de expropiatorias -a mi juicio, con mayor acierto- las demanializaciones de las costas y de las aguas continentales.

Pero ocurre una circunstancia que importa destacar: esa doctrina y esa jurisprudencia se han producido en una situación de inexistencia de justicia constitucional. Como es sabido, sólo la Constitución gaullista de 1958 admitió un control de constitucionalidad, limitado al momento de la promulgación de la Ley, pero no actuable en el de su aplicación mediante la técnica prejudicial de la *cuestión* planteada al órgano de justicia constitucional por los jueces que tuviesen que aplicar la Ley en un proceso ordinario.

Conviene, por ello, presentar las soluciones del Derecho francés siguiendo esa evolución del sistema.

1. La doctrina de Duguit

La personalidad científica de *Duguit* es compleja. Formula, a la vez, una teoría política del Estado y una teoría jurídica. Su magno *Traité de Droit Constitutionnel*⁴⁹ es la expresión más acabada de su doctrina.

En esa obra se encuentra una teorización sumamente extensa de los fundamentos de una responsabilidad patrimonial del Legislador⁵⁰. No pienso que tenga ahora interés reproducirla en todos sus planteamientos, tan amplios.

Duguit comienza observando que la concepción rousseauiana de la Ley como soberana excluía que ésta pudiese ser nunca causa de una responsabilidad, pero uno de los dogmas duguitianos es la afirmación de que la soberanía es irreal e inexistente (su lugar central en el Derecho Público habría sido sustituido por el de servicio público: es una de sus tesis centrales), lo que hace que el Estado deba responder en cuanto “es asegurador respecto de los administrados de todo riesgo que resulte de su actividad general... incluso del riesgo resultante de la aplicación de una Ley”. Y ello aunque la Ley sea conforme a lo que él llama el *Derecho superior*, que no es para él la Constitución, por cierto, sino una serie de principios sociales de que el Estado se haría valedor y que surge de *la masa de las conciencias individuales*.

Sobre esa base un tanto sociológica, Duguit formula unos principios que, en general, resonarán a lo largo de todo el siglo: perjuicio especial grave, aseguramiento del riesgo social, socialización de los riesgos, igualdad ante las cargas públicas, solidaridad nacional.

Pero podría interpretarse perfectamente que Duguit estaba pretendiendo determinar esa conciencia social de la que, a su juicio, proceden las reglas de Derecho y el hábito de obedecerlas y cumplirlas.

Desde ahora podemos afirmar que el pronóstico duguitiano de una generalización de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador no se cumplió en Estado alguno. Ni siquiera en Francia esos alegatos proféticos llegaron a cumplirse. La conciencia creciente, en efecto, de una solidaridad nacional no cuajó en esa insólita extensión de la técnica de la institución resarcitoria, sino en instituciones que parecen mucho más adecuadas y eficaces, como el perfeccionamiento del sistema tributario, la seguridad social, la política social de protección y de tutela de clases y sujetos desfavorecidos.

49. Manejo la 3ª ed., 5 tomos, París, pp. 1927 y ss.

50. Tomo III, pp. 459 y ss., 551 y ss., 669 y ss. 1930.

Ni siquiera en Francia, como vamos a ver, la doctrina, tan ambiciosa, de Duguit fue recibida cuando, finalmente, se produjeron las primeras Sentencias del Consejo de Estado que parecieron abrir paso a una responsabilidad patrimonial del Legislador⁵¹.

Pero conviene no extraer la conclusión apresurada de que Duguit haya sido un simple utopista ingenuo, que -como suele ocurrir a menudo con los profetas sociales- no haya acertado en sus ensoñaciones sobre el futuro. Deben retenerse, al menos, dos observaciones significativas. La primera es que se trata de un autor que está operando con un sistema sin control de constitucionalidad de las Leyes, que ha sido toda la tradición francesa desde la Revolución de 1789 y que no conoció, con toda probabilidad, la elegante solución del problema de las Leyes expropiatorias materiales en un sistema con control de constitucionalidad que proclama con carácter supralegal una garantía de la propiedad; él avizora certeramente la existencia de un problema y se esfuerza por resolverlo, pero lo hace con armas recortadas e inapropiadas. La segunda observación es más relevante y confirma que en modo alguno Duguit pretendió congelar la legislación existente gravando con indemnizaciones que ningún Estado podría soportar toda alteración legal que venga a ocasionar perjuicios económicos, incluso graves, a la amplia masa de los ciudadanos, pues justamente de él procede la brillante y sumamente eficaz doctrina para resolver el problema de los supuestos derechos afectados por el cambio normativo, la doctrina de las clases de situaciones jurídicas, que veremos que sigue siendo perfectamente operativa y con la cual justamente nuestro Tribunal Constitucional, como se verá más adelante⁵², y el Tribunal Supremo, han resuelto con toda corrección los más graves problemas de sustitución global de regímenes jurídicos. Duguit avizora el problema de la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes, certeramente, aunque no acierte con la solución correcta, pero advierte por de pronto con toda lucidez que no se trata, en modo alguno, de coartar al Legislador sus facultades esenciales de adaptación constante de las Leyes a las cambiantes situaciones sociales, que es la primera de sus responsabilidades políticas en un sistema democrático.

2. El *arrêt La Fleurette* de 14 de enero de 1938

Decisión mitificada⁵³ como iniciadora de una supuesta nueva era en la materia, conviene detenerse en todas las circunstancias del caso.

La industria lechera, fuerza de presión política considerable, junto a los ganaderos, había logrado que en un momento de crisis de su negocio se dictase una Ley en 1934 que prohibió la fabricación y el comercio de todos los productos destinados al mismo uso que la crema láctea que se fabricasen con materia distinta de la leche. La única empresa afectada por ese enunciado convencionalmente abstracto resultó ser la Société des produits laitiers La Fleurette, que fabricaba un producto, al que llamaba gradine, compuesto de leche, aceite de cacahuetes y yema de huevo. La Sociedad quedó privada, en consecuencia, de toda su actividad y presentó una acción de responsabilidad. El Co-

51. Contra la opinión de algunos, como GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad*, cit., pp. 88 y ss., que presenta el *arrêt La Fleurette*, del que inmediatamente hablamos, como una materialización del influjo de DUGUIT.

52. V. ahora mi trabajo "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador" en *Libro Homenaje al Prof. Sebastián Martín-Retortillo*, en prensa, y en *Revista de Administración Pública*, 159, § VI, 2002.

53. Puede verse su texto -sumamente breve- en la obra de LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12^a ed., París 1999, pp. 325 y ss.

misario del Gobierno propuso, en sus conclusiones, desestimarla. El Consejo de Estado, sin embargo, otorgó la indemnización.

Su razonamiento es muy simple: que el producto gradine no era perjudicial para la salud; que “nada, ni en el texto mismo de la Ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del caso, permite pensar que el Legislador ha pretendido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada en interés general, debe ser soportada por la colectividad”. Esa es toda la justificación, literalmente.

Es verdad que hay una alusión, un tanto imprecisas, por lo demás, a que la carga individual, tan grave en el caso, debía soportarla normalmente la colectividad. Pero debe notarse que, por una parte, aunque formulada en términos abstractos, se trataba de una genuina *Ley de caso único*, afectante a un solo sujeto; que no había términos legales posibles para calificar a la Ley de expropiatoria por su infracción de la garantía constitucional a la propiedad⁵⁴; que se indagaban los *trabajos preparatorios* y de aprobación parlamentaria de la Ley y todas las circunstancias para concluir que el Legislador no había pretendido excluir la indemnización.

Todas esas cautelas se mantendrán en la jurisprudencia sucesiva sobre la materia, para cuya relación, por lo demás, sobran dedos en una mano.

3. La jurisprudencia ulterior

El carácter rigurosamente excepcional de la puerta abierta por el Consejo de Estado se confirma si examinamos la jurisprudencia posterior.

Por una parte, subrayando la excepcionalidad rigurosa de la solución, la jurisprudencia posterior subrayó que -en la expresión de sus autorizados expositores- toda Ley que interviene en interés general y preeminente contiene implícitamente la exclusión de toda indemnización⁵⁵, supuesto en el cual el propio *arrêt La Fleurette* excluye expresamente que el juez contencioso-administrativo pueda acordarla, si se recuerda. También exponen los mismos autores que “la eventualidad de una reparación se excluye igualmente cuando la Ley ha sido adoptada en vista de un interés económico general y social de orden general”, citando numerosa jurisprudencia en este sentido⁵⁶. Estas reservas al *interés general*, al *interés económico general*, al *interés social* que formula el Consejo de Estado para negar rotundamente la pertinencia de la indemnización cuando una Ley se presenta al servicio de dichos intereses, es el equivalente casi exacto de la distinción entre expropiación y regulación conforme a la función social de la propiedad, que hemos visto que es común en los sistemas con control formal de constitucionalidad de las Leyes para separar el supuesto de aquel otro en que juega la garantía expropiatoria plenamente. Veremos, por cierto, que el *Conseil Constitutionnel* francés aplica precisamente este criterio de forma explícita.

54. La Constitución de la III República carecía de tabla de derechos fundamentales, pero, en cierto modo, esa tabla seguía siendo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo art. 17 era la primera consagración de la garantía expropiatoria. Luego aludiremos al precepto, que en todo caso carecía de fuerza normativa formal. Resultaba claro, utilizando aun los conceptos de la jurisprudencia americana, que era un *taking* inequívoco, no acompañado (aunque, no la excluyese expresamente) de la correspondiente indemnización.

55. *Les grands arrêts*, cit., p. 328.

56. *Les grands arrêts*, p. 329.

Por lo demás, el perjuicio que puede pretender indemnización ha de ser no sólo *especial*, en un sentido casi matemático (una o pocas víctimas), lo que excluye los supuestos de una generalidad del campo de aplicación, que es lo normal en las Leyes abstractas, generales y con un círculo de destinatarios indeterminado y masivo, como suele ocurrir con las Leyes ordinarias⁵⁷, sino, además, *anormalmente grave*⁵⁸.

Se explica así que sólo en tres casos *más* desde 1938 hasta hoy el Conseil d'État haya repetido la solución La Fleurette, lo que explica la frase de Chapus: "La responsabilidad por hecho de las Leyes y convenios internacionales es un producto de lujo. No se le sirve todos los días"⁵⁹.

Esos tres casos, tomando la exposición de la última monografía que conozco sobre el tema, la de F. Senkovic⁶⁰, son los siguientes:

-Caucheteux et Desmond, de 21 de enero de 1944: perjuicio sufrido por una empresa especializada en la producción de glucosa para la producción de cerveza por razón de una Ley que limitó el porcentaje de otros productos distintos de la malta de cebada (supuesto análogo a La Fleurette, como se ve).

-Bovero, de 25 de febrero de 1963: derecho de un propietario a ser indemnizado al no haber podido recuperar sus locales por virtud de una norma de valor legislativo que prohibió el desahucio de las familias de los militares situados en Argelia.

-Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI), de 18 de diciembre de 1981: titular de una licencia de construcción cuyos efectos fueron interrumpidos por la aparición en las obras de ruinas de interés arqueológico.

El balance, como se comprende, resulta más bien pírrico, teniendo en cuenta el volumen y la importancia de la Legislación que el Estado francés ha dictado desde 1938 a la actualidad, las revoluciones o cambios radicales de políticas que en esos años, tan revueltos, han tenido lugar, de modo que parece justo que haya podido hablarse de *una pseudo responsabilidad del Estado Legislador*⁶¹.

Las aproximaciones, un tanto iluminadas, de Duguit no son, al final, identificables en modo alguno en ese magro resultado, como se comprende.

4. La adopción expresa del criterio *taking-regulation* por el *Conseil Constitutionnel*

Más interés que el intento de *sacar punta* a esa modestísima y bien circunscrita experiencia jurisprudencial, tiene la observación -que no he visto, por cierto, que recoja ninguna de las exposiciones del tema tópico de la responsabilidad patrimonial du fait des Lois- de que en Francia misma el Conseil Constitutionnel, en su función de control preventivo de la constitucionalidad de las Leyes, ha llegado por su cuenta (como, por lo demás, todas las justicias nacionales, según hemos visto, sin que resulte visible la in-

57. Los conceptos aludidos, con sus referencias jurisprudenciales en *Les grands arrêts*, p. 330.

58. *Ibidem*, p. 331.

59. CHAPUS R., *Droit Administratif général*, I, 5ª ed., París 1990, p. 932.

60. SENKOVIC F., *L'Évolution de la responsabilité de l'État Législateur sous l'influence du Droit Communautaire*, Bruxelles 2000, pp. 196 y ss.

61. MORANGE, en 1992, *cit.* por SENKOVIC, p. 196. "Triste balance", reconoce esta última autora, y aun GALÁN VIOQUE.

fluencia de unas sobre otras, lo que viene a revelar que se trata de una solución impuesta por *la naturaleza de las cosas*)⁶² a la misma solución inaugurada por la Corte Suprema americana, la distinción entre taking y regulation, entre expropiación y regulación según el interés general, esta última perfectamente válida sin que vaya acompañada de indemnización alguna, aunque pueda implicar -e implique normalmente, como veremos cuando examinemos la jurisprudencia de nuestro propio Tribunal Constitucional- algún menoscabo o restricción patrimonial relevante para los destinatarios de las Leyes o para alguno de ellos, afectando, por tanto, inexcusablemente, a sus *intereses patrimoniales legítimos*.

Esta posición es extraordinariamente más importante, por la significación y la trascendencia de las Leyes a las que se ha aplicado, que la modestísima resultante de la jurisprudencia La Fleurette, referente, como hemos visto, en supuestos sumamente restringidos y excepcionales.

La base de esa toma de posición del Consejo Constitucional está en el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama la garantía del derecho de propiedad y la garantía correlativa de la expropiación forzosa⁶³. La consideración de la Declaración de 1789 como una garantía constitucional operativa la dedujo el Conseil Constitutionnel de su mención expresa por el Preámbulo de la Constitución, y como tal es aplicada para controlar la constitucionalidad de las Leyes a partir de su básica Decisión de 27 de diciembre de 1973.

Sobre esa base, ha declarado contrarias a la Constitución Leyes que, implicando una expropiación material, pretendían eludir la indemnización correspondiente o hacerlo por valor inferior al real o justo indemnité. Pero, a la vez, ha excluido también resueltamente la calificación como expropiatorias de Leyes que regulaban derechos de una manera más restrictiva o limitativa que las anteriores, de modo que resultaban perjuicios perfectamente evaluables para sus titulares.

Podemos esquematizar su jurisprudencia en los siguientes términos:

1º Que el campo de aplicación del derecho de propiedad protegido no se limita al que recae sobre bienes inmuebles; también a bienes muebles, como acciones de una sociedad (lo que sujetó al fundamental art. 17 de la Declaración de derechos a todas las operaciones de nacionalización de empresas, algunas tan importantes y extensas como las acometidas en 1981, en el primer período presidencial de Mitterand en el que se emprendió resueltamente realizar el *Programa común* socializador de los Partidos socialista y comunista, criterio rectificado poco más de un año después), marcas de fábrica, de comercio o de servicio⁶⁴.

62. En concreto, por la naturaleza y esencia misma del poder legislativo democrático, que no admite -puede afirmarse en términos categóricos- ninguna otra solución, que pondría necesariamente en cuestión su posición central en el sistema político y social.

63. Este es el texto del art. 17: "Siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, nadie puede ser privado de ella si no es cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige de forma evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización". Es la primera inclusión en la historia entre las garantías de derechos fundamentales de la garantía expropiatoria. Recordemos que la Enmienda V de la Constitución americana es de 1791.

64. Toda la información, que resumo, sobre la aplicación del art. 17 de la Declaración de Derechos de 1789 por el Conseil Constitutionnel la extraigo del excelente *Code Constitutionnel*, commenté et annoté por M. DE VILLIERS y RENOUX, Th.S., edición de 1994, Litec, París 1994, pp. 111 y ss. y su 2ª edición de 2001. También FAVOREU, L., *Nationalisations et Constitution*, París 1982. FROMONT M., "Le droit de propriété et la Constitution en Allemagne

2º Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que aunque de la redacción del art. 17 de la Declaración parece deducirse una concepción individualista y absoluta del derecho de propiedad, el Consejo Constitucional, después de destacar la evolución del fin y de las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad, ha indicado que éste “ha sufrido una evolución caracterizada a la vez por una notable extensión de su campo de aplicación a dominios individuales nuevos y por las limitaciones exigidas por el interés general” (Decisión 132 de 1981); de modo que “es en función de esa evolución como debe entenderse la reafirmación por el preámbulo de la Constitución de 1958 el valor constitucional del derecho de propiedad” (Decisión de 25 de julio de 1989)⁶⁵.

3º El carácter fundamental del derecho de propiedad no excluye, pues, que pueda ser objeto de limitaciones o atteintes. Hay que hacer una distinción fundamental entre atteintes que impliquen *desposesión*, *privación* o *desnaturalización* de dicho derecho, de aquellas otras que no llegan a ese extremo, de modo que sólo las primeras están condicionadas para su validez al régimen de la expropiación indemnizada. Esta idea esencial la expresan plásticamente Favoreu y L. Philip: el derecho de propiedad es un derecho *alcachofa*: el Legislador puede arrancarle hojas, y ello no implicará un deber de indemnizar, pero no puede destruir su *corazón* sin sufrir una censura del juez constitucional, es decir, *suprimir el fundamento mismo del derecho*⁶⁶.

En concreto, el Conseil Constitutionnel ha estimado que no constituyen *desposesión* del derecho de propiedad en el sentido del art. 17 de la Declaración:

-sujeciones inherentes al control fiscal que producen el efecto de privar temporalmente al propietario del uso de un bien (Decisión 81-133);

-someter a autorización ciertas infraestructuras e instalaciones de comunicación audiovisual (Decisión 81-141);

-restricciones al derecho de voto de los accionistas de sociedades comerciales, pues el art. 17 “no implica en absoluto que las Leyes no puedan restringir el ejercicio del derecho de propiedad sin una indemnización correlativa” (Decisión 83-162);

-no son tampoco expropiaciones las regulaciones que fijan reglas aplicables en caso de explotación de fincas por su propietario que contradicen las disposiciones sobre control de las estructuras agrarias, regulaciones que preveían que si un propietario no ha regularizado su situación al término de un año después de haber sido intimado para hacerlo el Tribunal paritario específico pueda autorizar que la explotación sea llevada por cualquier persona interesada (Decisión 84-172);

-tampoco es expropiación la prohibición por una Ley de que las empresas periodísticas puedan realizar operaciones financieras con el fin de preservar el pluralismo de la prensa (Decisión 84-181);

-ni la competencia que se otorga a la Administración de establecer zonas protegidas y someter a autorización previa, que puede ser negada eventualmente, las operaciones de división de propiedades inmuebles (Decisión 85-189);

et en France”, en el vol. I de la obra *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Etudes en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, Montpellier 1984, pp. 277 y ss.

65. *Code Constitutionnel*, 1ª ed., cit., p. 111; 2ª ed., p. 145.

66. *Code Constitutionnel*, 1ª ed., p. 113; 2ª ed., p. 147. Más precisamente, me permito entender, nuestro Tribunal Constitucional habla de que las Leyes reguladoras no han de destruir su *contenido esencial*, de acuerdo con el límite que al Legislador impone el art. 53.1 de la Constitución en relación con los derechos fundamentales. V. más adelante la exposición del Derecho español.

-tampoco puede considerarse una medida expropiatoria el derecho reconocido a la entidad pública de Radiodifusión de situar ciertas instalaciones en la parte superior de edificios, pues es una *molestia soportable* que no implica *privación de propiedad*, por no privar a éste de su contenido, siendo una simple *servidumbre de interés público*;

-ni la prohibición de publicidad del tabaco, que aunque “sin duda es susceptible de afectar en su ejercicio al derecho de propiedad de una marca de tabaco, encuentra su fundamento en el principio constitucional de protección de su salud” (Decisión 90-283);

-tampoco infringe el art. 17 de la Declaración una homologación de tarifas de los hospitales privados con fin lucrativo (Decisión 90-287);

-ni el poder conferido al Ministro de Economía de controlar la adquisición de acciones de sociedades privatizadas (Decisión 89-254).

Pero, en cambio,

-una operación de nacionalización implica una privación del derecho de propiedad sometida al art. 17 de la Declaración (Decisiones 81-132, 83-167);

-supuesto en el cual la indemnización debe ser integral (Decisiones 81-132, 81-139);

-principios que se aplican también a las privatizaciones (Decisión 86-207). Etc., etc⁶⁷.

Se notará que esta jurisprudencia es mucho más jugosa y sustancial que las casi pintorescas, y en todo caso rigurosamente excepcionales, Sentencias que declaran indemnizables (ya nos consta con cuántas condiciones y reticencias) los daños producidos por una Ley. Hay aquí un análisis mucho más profundo y serio del problema. Ya sabemos, sin embargo, que el control del Conseil Constitutionnel es únicamente previo a la promulgación de las Leyes y en el caso de existencia de un recurso (fuera del supuesto de las Leyes Orgánicas y de los Reglamentos de las Asambleas parlamentarias, en que actúan de oficio) de los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional o del Senado, del Primer Ministro o de sesenta senadores o diputados: art. 61 de la Constitución. No puede ejercer ningún control por reenvío prejudicial de los jueces (cuestión de inconstitucionalidad), como es común en los demás sistemas europeos de control de constitucionalidad. Es en este último espacio, donde el control por la Constitución no es posible, donde únicamente puede llegar a jugar algún papel la técnica, tan limitada y circunscrita, por lo demás, de la indebidamente enfatizada responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes.

67. Todos los ejemplos citados se toman del Code Constitutionnel citado, 1ª ed., pp. 111 y ss.; 2ª ed., pp. 145 y ss. He hecho una corta selección, que podría fácilmente multiplicarse. Remito a la obra indicada.

§ 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Isabel Boscán de Ruesta
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

PRESENTACIÓN

La invitación que me formularon los organizadores de este libro homenaje al Dr. Allan Randolph Brewer-Carías, para colaborar con un trabajo, la atendí con entusiasmo por el gran aprecio que le profeso a quien le ha dado tanto al desarrollo del Derecho Administrativo en Venezuela.

La reciente promulgación del *Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos* (*Gaceta Oficial* N° 37.323, del 13 de noviembre de 2001) y mi dedicación en los últimos años a la materia petrolera, motivaron que escogiera como tema *La Actividad Petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*.

El trabajo realizado que culminé en agosto de 2002, consta de aproximadamente 180 páginas, por lo que me sugirieron que dada su extensión lo publicara independientemente y que escogiera una parte de él, para incluirla en esta publicación.

De manera que seleccioné uno de los aspectos de la primera parte del trabajo en referencia, con la esperanza de que con este modesto aporte contribuya a homenajear a uno de los máximos exponentes del Derecho Administrativo Venezolano.

I. INTRODUCCIÓN¹

Etimológicamente la palabra petróleo significa *aceite de roca* (petro: roca y oleum: aceite) cuya composición química la integran el carbón (c) y el hidrógeno (h). La combinación natural de estos elementos en distintas proporciones ha dado origen a una serie de hidrocarburos que se presentan en estado gaseoso, líquido, semisólido y sólido.

Los hidrocarburos se encuentran acumulados en el subsuelo en estructuras geológicas denominadas trampas.

Dentro de éstas se encuentran contenidos en una roca porosa que se llama roca madre, por lo que el yacimiento se compone de una parte sólida, la roca porosa que es el recipiente, y de una parte líquida o gaseosa, (mezcla de hidrocarburos) y agua.

Desde épocas remotas los hidrocarburos se designan con nombres diferentes: brea, asfalto, betún, mene, chapapote, copey, oro negro, petróleo, etc.

1. Los datos sobre este primer punto fueron obtenidos de las siguientes obras: BARBERII, Efraín, *El Pozo Ilustrado*: Programa de Educación Petrolera, Publicación del Fondo Editorial del Centro Internacional de Educación y Desarrollo (FONCIED); BARBERII, Efraín y ROBLES, Mercedes, *Léxico de la Industria Venezolana de los Hidrocarburos*, Ediciones CEPET; y de la publicación "Gas Natural. Aspectos básicos". *Colección Temas Petroleros*.

En la industria petrolera la palabra petróleo o petróleo crudo se emplea para designar a los distintos compuestos químicos *líquidos* resultante de la combinación de los elementos mencionados y la palabra hidrocarburos abarca estos compuestos en sus cuatro estados: gaseoso, líquido, semisólido y sólido.

En su estado gaseoso, estos elementos se denominan gas natural, constituido por una mezcla de hidrocarburos ligeros: metano, etano, propano y butano. El gas natural se encuentra en los yacimientos acompañado de otros hidrocarburos. Si el gas en los yacimientos contiene propano, butano y fracciones más pesadas en cantidades suficientes, se denomina gas húmedo, y si es mayormente gas metano, se le denomina gas seco. Existen yacimientos de petróleo, de puro gas, o de combinación de ambos.

En estado líquido, los petróleos crudos suelen clasificarse en livianos, medianos, pesados o extra pesados. Esta clasificación se basa en la gravedad, fluidez o viscosidad específica o índice de grado API de cada crudo. API es la abreviatura de American Petroleum Institute, y se utiliza universalmente para la catalogación y establecimiento de diferenciales de precios, combinado con otros factores, tales como el contenido de azufre o metales, corrosividad, rendimiento específico, etc., de cada tipo de crudo o sus derivados. A mayor cifra de grados el petróleo es más liviano y de mayor valor económico, a menor cifra de grados, el petróleo es más pesado y de menor valor económico. Menos de 5° API, la sustancia no es considerada hidrocarburo.

El término *condensado natural* alude a una mezcla de hidrocarburos líquidos recuperados de un yacimiento de gas natural no asociado, de mayor valor económico que los crudos livianos.

Algunos petróleos pesados y extrapesados que son líquidos o semilíquidos en el yacimiento por la temperatura, tienden a ser semisólidos en la superficie. Igualmente, los hidrocarburos más livianos al emanar a la superficie, con el contacto del aire y por la acción del agua y del sol se tornan semisólidos o sólidos. El bitumen y el asfalto son hidrocarburos sólidos. Del bitumen se obtiene la orimulsión².

Cada hidrocarburo en los distintos estados en que existen tienen características físicas y químicas propias y la presencia en algunos de ellos de otros elementos (azufre, sal, níquel, vanadio, sulfuro de hidrógeno, etc.), exige de tratamientos y procesos especiales para la obtención de productos de calidad.

Los hidrocarburos en su estado original (hidrocarburos naturales), y los derivados obtenidos de su procesamiento, (gasolina, naftas, querosene, combustibles diesel, gasóleo, orimulsión, etc.) constituyen una fuente energética de gran importancia en el mundo y materia prima para otras actividades económicas.

Los yacimientos de hidrocarburos han sido siempre propiedad del Estado venezolano. Es la ley la que determina a quien pertenecen, y esta titularidad ha sido establecida por disposiciones de rango constitucional y legal.

El examen de la normativa reguladora de los hidrocarburos muestra que esta titularidad ha sido reconocida en determinadas épocas a la República, como personificación jurídica del Estado, y en otras, a los Estados miembros del Estado Federal venezolano.

2. Orimulsión: combustible utilizado en las plantas generadoras de energía eléctrica como sustituto del carbón. Se obtiene de mezclar agua y un surfactante (aditivo químico) con bitumen. Presenta ventajas económicas y ambientales frente a otras fuentes de energía y se almacena, transporta y arde como los productos derivados del petróleo, manteniendo un precio competitivo con el carbón.

Examinaremos el tratamiento jurídico que sobre este aspecto muestra la normativa reguladora de los hidrocarburos. En una primera parte formularemos algunas consideraciones generales sobre la manera como el Derecho regula la propiedad de las cosas, y sobre los términos Estado, República, Nación, País y Patria, a objeto de determinar cuales de ellos utiliza la ley para atribuirle personalidad jurídica y por ende, la cualidad de propietario de bienes. Esto en razón de la discusión que en algunos ámbitos se ha planteado en relación precisamente sobre quien es el propietario de los hidrocarburos. Para algunos es la República, para otros la Nación, para otros el Estado.

En la segunda parte se hace una síntesis de la evolución histórica sobre la problemática relacionada con la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos y su regulación actual.

II. LA PROPIEDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS

1. Las personas

A. Las personas naturales y las personas jurídicas

Los bienes o cosas pertenecen a las *personas*, término que es utilizado en el ordenamiento jurídico para determinar el sujeto que puede ser titular de derechos y obligaciones.

El sujeto o persona constituye el presupuesto de cualquier relación jurídica: *La cualidad de persona es una condición precisa para ser titular de derechos, obligaciones, responsabilidades, poder y oficios*³.

Es la norma jurídica la que determina a quienes puede atribuírsele la cualidad de persona y al efecto hace una distinción entre las personas naturales y las personas jurídicas:

La persona natural es todo individuo del género humano: *Todos los individuos de la especie humana son personas*. (Art. 16 del Código Civil).

La persona jurídica es todo ente que no siendo persona natural, el derecho le reconoce cualidad para ser titular de derechos y obligaciones: *Son personas jurídicas y por tanto capaces de obligaciones y derechos: 1°) La Nación y las Entidades Políticas que la conforman; 2°) Las Iglesias, de cualquier credo que sean, las Universidades y, en general, todos los seres o cuerpos morales de carácter público; 3°) Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado...* (Art. 19)

La persona jurídica es lo que llaman algunos autores, un sujeto creado artificialmente, capaz de tener un patrimonio susceptible de imputársele derechos y obligaciones. También se les suele denominar como personas abstractas, personas morales, personas colectivas, personas incorporales, personas ficticias, etc.

3. MOLES CAUBET, Antonio, "La Personalidad Jurídica del Estado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 81, p. 16.

B. Las personas jurídicas públicas y privadas

Existe una diversidad de personas jurídicas o de carácter moral, siendo la *summa divinitio* la que distingue entre personas jurídicas públicas o de derecho público y personas jurídicas privadas o de derecho privado.

La determinación de los criterios aplicables para calificar a las personas jurídicas como públicas o privadas ha sido un tema bastante discutido por la doctrina, cuyo análisis rebasa el objeto de este trabajo. En la práctica existen numerosas personas jurídicas a los cuales ha sido difícil calificar como públicas o privadas. Pero de lo que no hay duda alguna es que las llamadas colectividades territoriales o personas públicas territoriales, entre nosotros, República, Estado y Municipios, son las que ostentan el carácter de persona jurídica pública por excelencia, por ser las llamadas a ejercer, a través de sus órganos, el poder público en su respectivo ámbito territorial. En la propia Constitución encontramos tal calificación: *...quien esté al servicio de las Municipalidades, de los Estados y de la República y demás personas jurídicas de derecho público (Art. 145)*

C. El Estado como persona. Los conceptos de Estado, Nación, República, País y Patria

El Estado está dotado de la cualidad de *persona jurídica* destinatario de normas y titular de poder y deberes tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional. *La personalidad jurídica del Estado es un supuesto en todo sistema de derecho positivo, aún cuando no tenga una formulación concreta. Generalmente esta puede encontrarse en los Códigos Civiles⁴.*

Los elementos existenciales del Estado son el pueblo, el territorio y el poder, cuya integración ha sido objeto de estudio desde distintos puntos de vista: como fenómeno político o sociológico, como organización y como institución jurídica, y se habla de Estado-organización; Estado de Derecho o regido por el Derecho, Estado-persona, etc.

No se encuentra una definición de Estado universal y generalmente aceptada, entendemos que por la diversidad de enfoques con que se le trata y su vinculación con términos tales como Nación, País, Patria y República.

Según el Diccionario de la Real Academia:

Estado: Cuerpo político de una Nación.

Nación. Conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno. Territorio de ese mismo país. Conjunto de personas de un mismo origen étnico y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.

Patria: Tierra natal o adoptiva, ordenada como nación, a la que se siente ligado el ser humano, por vínculos jurídicos, históricos y afectivos.

País. Nación, región, provincia o territorio.

4. MOLES CAUBET, Antonio, *ob. cit.*, p. 13.

D. La denominación del Estado en las constituciones venezolanas

Esta denominación no ha sido uniforme. La constitución de 1811 identificó al Estado Venezolano como *Confederación de Venezuela*. La constitución de 1819 es la primera que lo denomina como *República de Venezuela* (Título 2 art. 1°). La constitución de 1821 que rigió en lo que se conoce como la Gran Colombia, lo denominó *Nación Colombiana*.

Al disolverse la Gran Colombia, Venezuela recupera su condición de Estado independiente, y en la Constitución de 1830, se identifica al Estado como *La Nación Venezolana*, denominación que se mantiene en la Constitución de 1857 y 1858.

La Constitución de 1864, en su Título I, art. 1° establece que las provincias allí mencionadas se unen para formar una Nación libre y soberana, con el nombre de *Estados Unidos de Venezuela*.

Este nombre se mantiene en las Constituciones de 1874 (art. 1); 1891 (art. 1); 1893 (art. 1); 1901 (art. 1 y 2); 1904 (art. 1); 1909 (art. 4); 1914 (art. 8); 1922 (art. 8); 1925 (art. 1); 1928 (art. 1); 1929 (art. 1); 1931 (art. 1); 1936 (art. 1); 1945 (art. 1) y; en la de 1947 (art. 1).

En la Constitución de 1953 se le cambia la denominación por la de República de Venezuela: “La Nación venezolana es la asociación de los venezolanos en un pacto de organización política con el nombre de República de Venezuela”...(art. 1)

Esta denominación es mantenida en la Constitución de 1961 y modificada en la vigente Constitución de 1999 por el de *República Bolivariana de Venezuela*.

Al Estado también se le ha denominado como Fisco Nacional. En efecto, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, luego de establecer en su artículo 1°, que la Hacienda Pública Nacional comprende los bienes, rentas, y derechos que forman el activo y el pasivo de la *Nación*, dispone que la Hacienda, *Considerada como persona jurídica, se denomina Fisco Nacional*.

E. Equivalencia de los términos Estado, País, Nación y República en los textos constitucionales

Si bien, en los distintos textos constitucionales el Estado venezolano se ha denominado de una forma determinada, en muchas de sus disposiciones se utilizan los términos Nación, País o República indistintamente para establecer o referirse a potestades, funciones, obligaciones, derechos, etc., que le corresponden.

En la exposición de motivos de la Constitución de 1961 se hacía referencia a esta diversidad de términos:

En cuanto a terminología, se ha hecho el esfuerzo de emplear vocablos de un contenido determinado para evitar las interpretaciones que resultan de la falta de uniformidad.

En la Constitución venezolana se han venido empleando, por ejemplo, los términos *Nación* y *República* de manera imprecisa. Cuando se ha dicho que *la Nación venezolana es un pacto de organización política* se ha usado un vocablo que corresponde más bien al concepto de Estado.

Para evitar la confusión terminológica, la Comisión acordó usar el nombre de *República* para designar la personificación del Estado venezolano y la palabra *Estado* de manera excepcional, cuando ello sea considerado necesario para determinar el concepto de la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas.

Consideró la Comisión que, por razones históricas a que más adelante se hará referencia, conviene conservar la denominación de *Estados* para las entidades políticas fundamentales que integran la República; y, para distinguir lo relativo a dichas entidades de lo que es competencia del Estado Federal, se pronunció por usar el neologismo *estadal*, considerando que el calificativo *estatal* se atribuye más bien a la unidad política nacional constituida por el *Estado*.

En cuanto a la palabra *Nación*, se acordó limitar en lo posible su uso y emplearla solamente en su sentido propio, lo que impuso modificar la denominación de algunos órganos político-administrativos como: *Contraloría de la Nación*, *Procuraduría General de la República*.

En la exposición de motivos de la Constitución de 1999 aparecen estos términos indistintamente utilizados: "...se establece que la *Nación* venezolana, organizada en *Estado*, se denomina *República* Bolivariana de Venezuela. Se define la organización jurídico-política que adopta la *Nación* venezolana como un *Estado* democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el *Estado* propugna el bienestar de los venezolanos..."

En sus disposiciones, igualmente se utilizan sin precisión estos términos: "La *República* Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente... Son derechos irrenunciables de la *Nación* la independencia, la libertad..." (Art. 1). "Venezuela se constituye en un *Estado* democrático y social de Derecho y de Justicia ..." (Art. 2). El Estado tiene como fines esenciales... (Art. 3). La *República* Bolivariana de Venezuela es un *Estado* Federal... (Art. 4). Los órganos del *Estado* emanan de la soberanía popular" (Art. 5). Los venezolanos y venezolanas pueden ingresar al *país* sin necesidad de visa (Art. 50).

La equivalencia de estos términos también la encontramos observada en diversas sentencias. En efecto, con ocasión de dilucidar el alcance del término *empresas del Estado*, la extinta Corte Suprema de Justicia, estableció:

El inciso 15 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, le otorga a ésta una competencia especial, no en razón de la materia, sino de las *personas* contra quienes sea intentada la acción. Un privilegio que era originariamente exclusivo del *Estado*, ha ido extendiéndose a otras entidades a través de las cuales aquél puede realizar más adecuadamente algunos de los nuevos fines que le han sido impuestos por la evolución social y su mayor intervención en la actividad económica del *país*..... La *República* o un Instituto autónomo son entidades de identificación precisa, que ninguna duda pueden suscitar al intérprete. En cambio, no así la tercera situación -como lo demuestra el caso sub iudice- en que se precisa definir qué empresas han de beneficiarse del mismo privilegio.

En primer lugar, considera la Corte que habiendo utilizado la Ley la expresión *Estado*, no está permitido darle a este término una significación distinta de la que lexicográfica y jurídicamente le corresponde.

El *Estado* es, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española el cuerpo político de una *Nación*. Jurídicamente no es distinta su significación, tal como se precisa en la Exposición de Motivos de nuestra vigente Constitución, que se expresa así: "Cuando se ha dicho que la *Nación* venezolana es un pacto de organización política" se ha usado un vocablo que corresponde más bien, al concepto de *Estado*.

Para evitar la confusión terminológica, la Comisión acordó usar el nombre de *República* para designar la personificación del *Estado* venezolano y la palabra *Estado* de manera excepcional, cuando ello sea considerado necesario para determinar el concepto de la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas.

En consecuencia, desde que entró en vigencia la actual Constitución, en el campo jurídico venezolano *tienen igual significación los términos de República y Estado*, aunque esta última expresión será preferentemente empleada cuando se trate de distinguir las actividades públicas de las actividades privadas.

No hay duda que el ordinal 15° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia tuvo muy en cuenta estos matices lexicográficos al establecer un fuero privilegiado para determinadas personas jurídicas, y así utilizó, en primer lugar, la expresión *República* para referirse a la personificación jurídica del Estado venezolano, y la palabra *Estado* para referirse a la participación de la misma República en entidades de carácter privado como son las empresas.

Gozan, pues, de dicho fuero privilegiado, en primer lugar, la *República* (el *Estado*), los Institutos Autónomos y las empresas en que el Estado (la propia República) tengan participación decisiva (Sentencias del 20 de enero de 1983 y del 21 de junio de 1984).

Estos conceptos también han sido tratados por numerosos juristas: *El Estado es la persona jurídica mayor: Es la personificación jurídica de la Nación, o, lo que es igual, el sujeto de los derechos de la Colectividad Nacional. En sentido estricto se opone a las personas públicas estatales menores: Estados, Municipios, Institutos Autónomos. En sentido amplio, el Estado abarca la totalidad de los Entidades Estatales de un país determinado. El concepto de Estado pertenece al derecho, en tanto que el concepto Nación, a la sociología...: La Constitución, el Código Civil, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y numerosas leyes aluden preferentemente a la Nación y algunas veces a la República al referirse al sujeto de derecho de la unión federal. Evitan referirse al Estado, probablemente para no crear confusión con los estados miembros ...La Nación, el Estado venezolano, la República de Venezuela y el Fisco, constituyen un solo y mismo sujeto de derecho*⁵.

2. El Estado como propietario

A. El derecho de propiedad. Diversos regímenes jurídicos

El artículo 115 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad y establece que la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. El Código Civil por su parte, establece que *las cosas que pueden ser de propiedad pública o privada son bienes muebles e inmuebles* (Art. 525) y en cuanto a los bienes en relación con las personas a quienes pertenecen el mismo Código establece lo siguiente:

Artículo 538. Los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los Establecimientos Públicos y demás personas jurídicas y a los particulares.

Artículo 539. Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades son del dominio público o del dominio privado... Son bienes del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes...

Artículo 540. Los bienes del dominio público son de uso público o de uso privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades.

Artículo 541. Los terrenos de las fortificaciones o de las murallas de las plazas de guerra que no tengan ya ese destino, y todos los demás bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado.

Artículo 543. Los bienes del dominio público son inalienables; los del Dominio Privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes especiales que los conciernen.

Artículo 544. Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a leyes especiales respectivas.

5. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Primera Edición, Art. 387 y ss.

Además de estas previsiones fundamentales del Código Civil, numerosas leyes contienen disposiciones especiales aplicables a ciertos bienes o categorías de bienes, tales como la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, la Ley Forestal de Suelos y Aguas, la Ley Aprobatoria del Tratado sobre Plataforma Continental, Mar Territorial y Espacio Aéreo, etc.

Respecto de los bienes propiedad de las personas públicas territoriales, la gran distinción es, como antes se indica, bienes del dominio público y bienes del dominio privado.

El interés de esta distinción reside en la dualidad de regímenes jurídicos a los que cada una de las dos categorías de bienes está sometida: Al Dominio Público se le aplica un régimen jurídico público exorbitante del civil cuya característica principal es la inalienabilidad de estos bienes; el dominio privado está sometido fundamentalmente al régimen de derecho común contenido en el Código Civil, y otras leyes especiales.

De manera que conforme a nuestro derecho positivo, el principio es que los bienes pueden ser propiedad de los entes públicos y de los particulares, pero en ciertos supuestos la ley establece un régimen especial de derecho de propiedad sobre un tipo de bienes que consiste en que su titularidad no será reconocida por la ley sino a favor de un ente o persona determinada y que en consecuencia no reconoce la ley eficacia jurídica a ningún mecanismo legal del cual pueda resultar un derecho de propiedad para una persona distinta de ese ente. Así ocurre en el caso de los bienes del dominio público de uso público (ríos, lagos), y también ocurre con otro tipo de bienes como son las armas de guerra; al respecto, la Constitución en su artículo 324 establece lo siguiente: *Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República, sin indemnización ni proceso...* La Constitución no reconoce el derecho de propiedad de ningún particular sobre las mismas, y en consecuencia es un imposible jurídico para los particulares hacer valer la condición de propietario respecto de ninguna arma de guerra; pero ello resulta de una norma expresa y precisa.

En cuanto a la forma de adquisición, los bienes los adquieren las personas utilizando los medios o mecanismos jurídicos que la ley establece tales como la compraventa, la prescripción, la permuta, etc. También la ley establece medios de adquisición coactivos, a favor de las personas públicas, para la adquisición forzosa de bienes, tales como la expropiación, la confiscación o el comiso de bienes.

B. Titularidad de los bienes públicos

En lo que atañe a la titularidad de los bienes públicos, se observa la misma falta de uniformidad terminológica, anteriormente observada.

El artículo 538 del Código Civil establece 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.*

El Código Civil venezolano fue promulgado en 1942, bajo la vigencia de la Constitución de 1936 que utilizaba el término Nación y no República para referirse al Estado: *La Nación Venezolana y su organización: La Nación venezolana es la reunión de todos los venezolanos en un pacto de organización política con el nombre de Estados Unidos de Venezuela* De allí que el artículo 19 del Código Civil anteriormente transcrito establezca: *Son personas jurídicas, y por tanto, capaces de obligación y derecho: 1° La Nación y las Entidades políticas que la componen.*

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en su artículo 19 establece: *Son bienes nacionales; 1) Los bienes muebles o inmuebles que por cualquier título entraron a formar el patrimonio de la Nación al constituirse ésta en Estado soberano, y los que por cualquier título haya adquirido o adquiriera la Nación o se hayan destinado o se destinaren a algún establecimiento público nacional o a algún ramo de la Administración Nacional; 2) Los bienes muebles o inmuebles que se encuentren....*

La Constitución de 1999 al referirse a la propiedad de los recursos naturales en general, alude al término Nación: *...Cuando se trata de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación...* (Art. 113); mientras que cuando se refiere a una categoría específica como son las minas e hidrocarburos, le atribuye su propiedad a la *República: Los yacimientos mineros y de hidrocarburos... pertenecen a la República...* (Art. 12). En otras disposiciones se alude al Estado... *Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado...* (Art. 84).

¿Esto significa que existen bienes que pertenecen unos al Estado, otros a la Nación y otros a la República, como personas jurídicas diferentes? La respuesta es categóricamente negativa, puesto que el Estado como sujeto de derecho, goza de personalidad jurídica única, que le confiere la capacidad de ser titular de potestades, deberes y obligaciones aunque haya tenido diferentes denominaciones (Estados Unidos de Venezuela, República de Venezuela o República Bolivariana de Venezuela), y aún cuando numerosas normas jurídicas utilicen los términos Nación, Patria, País, para referirse a él, como titular del poder público nacional o como propietario de bienes.

Los bienes que las leyes atribuyen al Estado o que éste adquiere por diversos mecanismos jurídicos, integran el patrimonio público del Estado.

Sociológicamente hablando es el patrimonio colectivo de todos los venezolanos, pero no está a disposición de cada uno de los miembros de esa colectividad o de una mayoría de ellos, pues jurídicamente esa colectividad no tiene personalidad jurídica sino a través del Estado, el cual debe administrarlos en beneficio de la colectividad y conforme a las leyes que regulan esa administración.

Es pertinente citar palabras del jurista francés H. Berthélemy, alusivas al alcance de la propiedad colectiva:

Cuando digo que el Estado es una persona moral quiero expresar lo siguiente: los franceses son colectivamente propietarios de bienes y titulares de derechos; tienen un patrimonio colectivo que no está a disposición de cada uno de ellos, como los bienes de una sociedad mercantil no pertenecen a cada asociado tomado individualmente⁶.

Por otra parte, al igual que las personas naturales, las personas jurídicas públicas o privadas tienen un nombre o denominación y es con su respectivo nombre como aparecen suscribiendo los distintos actos jurídicos que realizan.

El Estado venezolano tiene, conforme a la constitución vigente, el nombre de República Bolivariana de Venezuela, de allí que todas sus actuaciones (legislativas, ejecutivas, judiciales y otras) que ejecuta a través de los titulares de los distintos órganos en que se encuentra estructurado, aparecen realizadas bajo su nombre. Por tanto, lo técnico jurídico es considerar que los bienes del Estado son aquellos asignados o adquiridos a nombre de la República, considerada como la personificación del Estado y la utilización

6. BERTHÉLEMY, H., Citado por LARES MARTÍNEZ, Eloy, *ob. cit.* p. 389.

de términos diferentes, no tiene relevancia jurídica, y deben entenderse utilizados como sinónimos.

De manera que la discusión sobre si determinados bienes pertenecen a la República, al Estado o a la Nación, carece de relevancia jurídica.

III. PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS

Los yacimientos de hidrocarburos son bienes producto de la naturaleza de propiedad pública.

En efecto, las minas, concepto que abarca los yacimientos de hidrocarburos, han sido siempre bienes de propiedad pública: de la República o de los Estados. Ello en razón de que en Venezuela ha regido el principio que distingue entre la titularidad de suelo y de las minas que se encuentran en el subsuelo. La propiedad del suelo puede ser pública o privada, la de las minas, fundamentalmente las metálicas, hidrocarburos y otros combustibles, siempre ha sido pública. En la época colonial en una primera etapa eran propiedad del propietario del suelo y a partir de 1783, de la Corona.

1. Origen. La etapa colonial⁷

A. Primer período. 1526-1783: Los hidrocarburos pertenecen al propietario del suelo

La titularidad pública de las minas tiene su origen en las leyes vigentes en la época colonial. Las primeras disposiciones que rigieron en la época colonial, eran las mismas aplicables a la Metrópoli, las cuales atribuían a la Corona la propiedad de las minas, pero solo hacían referencia a las minas metalíferas (oro, plata, plomo, estaño, etc.), de manera que el propietario del suelo era también de los hidrocarburos que se encontraban en la superficie o en el subsuelo.

(a) *Edicto Real del 9 de diciembre de 1526*

El 9 de diciembre de 1526 Carlos I, Rey de España, promulgó un edicto real sobre minería, mediante el cual atribuye a la Corona, las minas de las tierras descubiertas.

(b) *Declaración Real del 17 de diciembre de 1551*

Establece que, al igual que los españoles, los indios pueden descubrir y trabajar las minas.

7. Los datos sobre las regulaciones aplicables en la época colonial hasta el Decreto del Libertador de 1829 fueron obtenidos en las siguientes obras: MARTÍNEZ, Aníbal R., *Cronología del Petróleo Venezolano*, Ediciones del CEPET, 1986; BENDAHAN, Daniel, *La Legislación Venezolana sobre Hidrocarburos*, Ediciones de la Bolsa de Comercio de Caracas, 1969. Obra Colectiva: *La Industria Venezolana de los Hidrocarburos*, Publicaciones del CEPET, tomo II, 1991. Aspectos Legales: SPÓSITO JIMÉNEZ, Emilio, Capítulo 18, pp. 18-401 y ss.

(c) Ordenanzas de San Lorenzo del 22 de agosto de 1584

El Rey Felipe II sanciona las Ordenanzas de San Lorenzo, en las cuales se refunde todo lo concerniente a la minería.

(d) Las Leyes de Indias

Autorizan a los gobernadores a aplicar las leyes de España en todas las colonias americanas.

(e) Recopilación de las Leyes de Indias del 18 de mayo de 1680

Carlos II publica la recopilación de Indias, que incluye las referencias a todas las disposiciones anteriores sobre minería y ordenó aplicar las Ordenanzas de San Lorenzo en América.

B. Segundo Período. Desde 1783 los hidrocarburos se incluyen dentro de las minas y pertenecen a la Corona

(a) Ordenanzas de Minería para la Nueva España del 22 de Mayo de 1783

Carlos III dicta, en Aranjuez, las Ordenanzas de Minería para la Nueva España, conforme a las cuales: *Las minas son propiedad de mi real corona así por su naturaleza y origen, atribuyendo al Rey la potestad de otorgar concesiones para descubrir, solicitar, registrar y denunciar no sólo las minas de oro y plata, sino cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medio minerales, bitúmenes o jugos de la tierra.*

Es entonces, a partir de las Ordenanzas de Minería para la Nueva España del 22 de mayo de 1783, elaboradas en México, donde abundaba el betún o chapapote, y adoptadas por el rey Carlos III en Aranjuez, cuando se incluyeron en el dominio de la Corona las minas no metálicas bajo la expresión *cualquiera fósiles, bitúmenes o jugos de la tierra.*

(b) Real Cédula del 27 de abril de 1784

Ordena la aplicación, a la Intendencia de Venezuela, de las Ordenanzas de Minería para la Nueva España (Aranjuez) del 22 de mayo de 1783.

De manera que las antiguas leyes españolas, atribuían a la Corona la propiedad de las minas, y el soberano tenía la potestad de conceder su explotación a quien descubriera la mina y reclamara el derecho a explotarla.

**2. La primera etapa republicana. 1824-1864:
La propiedad de los hidrocarburos es de la República**

Al constituirse el Estado venezolano, éste adquirió para la República, derechos de la Corona, entre ellos, las minas.

A. El Decreto de 1829 del Libertador Simón Bolívar⁸

La primera regulación sobre minas adoptada después de la independencia (Reglamento sobre Minas) fue sometida a la consideración del Libertador Simón Bolívar por el Secretario General del Gobierno de la República de Colombia, José Domingo Espinar y el mismo resultó aprobado en Quito, mediante Decreto de fecha 24 de octubre de 1829.

Este Decreto consta de 38 artículos contenidos en dos capítulos: El primero titulado: De los Descubrimientos, Títulos y Deserción de las Minas y el segundo: “De los Jueces y Juicios de las Minas”. El artículo 1º del Capítulo I establece que *conforme a las leyes, las minas de cualquier clase, corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este Decreto.*

El artículo 38 del Capítulo II establece que *Mientras se forma una ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de Minas de Nueva España dada en 22 de mayo de 1803 (la fecha correcta es 22 de mayo de 1783), exceptuando todo lo que trata del Tribunal de Minería y Jueces Diputados de Minas y lo que sea contrario a las Leyes y Decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que se halle reformado por el presente Decreto.*

En lo que respecta a la propiedad de las minas, señala Rufino González Miranda que *El Libertador declaró, y es este el mayor mérito de su trascendental Decreto, que la propiedad de las minas corresponde a la República, con lo cual las minas de petróleo y demás Combustibles, como todas las otras minas, pasaron del dominio de la Real Corona de España, al dominio de la República, no como una simple consecuencia del cambio de régimen político, sino en virtud de una declaración expresa emanada de la correspondiente autoridad legítima⁹.*

B. Resolución del Congreso del 29 de abril de 1832

Establece que, con base en el Decreto del 24 de octubre de 1829 *la ordenanza que debe servir de regla al Gobierno en lo relativo a Minas es la de Nueva España de 22 de mayo de 1783, en los términos que el mismo Decreto expresa.*

C. Primer Código de Minas del 20 de mayo de 1864

El primer Código de Minas estaba integrado por 8 leyes: Ley I: De la Propiedad de las Minas. Ley II: De los Actos que deben preceder a la solicitud de concesión de una mina. Ley III: De las Concesiones. Ley IV: De la supervigilancia sobre las minas. Ley V: De las concesiones de minas anteriores al presente Código. Ley VI De las Experticias. Ley VII: De la Policía y de la Jurisdicción relativa a las minas. Ley VIII: Disposiciones Generales.

8. Decreto publicado en Caracas, con el n° 202 de la *Gaceta de Venezuela*, correspondiente al año 1834, información que aparece en la obra de GONZÁLEZ MIRANDA, Rufino, *Estudios acerca del Régimen Legal del Petróleo en Venezuela*, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, 1958, p. 49. Nota 32.

9. GONZÁLEZ MIRANDA, Rufino, *ob. cit.* p. 48.

La Ley I del Código no contiene una declaración expresa sobre la propiedad de las minas, omisión que es explicada por el jurista González Miranda¹⁰ de la siguiente manera *que el citado Código se basó en la Ley de Minas francesa de 1810, la cual considera las minas como res nullius mientras no se hayan descubierto y otorgado por el gobierno la correspondiente concesión o la propiedad sobre ellas. Pero, afortunadamente, tal omisión la reparo a seguidas el Poder Ejecutivo en su Decreto del 4 de enero de 1855, reglamentario de las leyes del Código de Minas.*

En efecto, los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto establecían:

Artículo 1º. Son objeto especial del ramo de minería todas las sustancias inorgánicas que se presten a una explotación sean metálicas, combustibles o piedras preciosas, ya se encuentren en el interior de la tierra ya en su superficie...

Artículo 2º. La propiedad de las sustancias designadas en el artículo anterior corresponde al Estado y ninguno podrá beneficiarlas sin concesión del Poder Ejecutivo...

3. Segunda etapa. 1864-1953: Los hidrocarburos pertenecen a los Estados

La atribución de la propiedad de los hidrocarburos a los Estados aparece consagrada tanto en textos constitucionales como de rango legal.

A. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864

Esta Constitución es la primera que contiene normas sobre la materia, y específicamente modifica lo relativo a la titularidad y régimen de administración de las minas al establecer: Artículo 13...*los Estados que forman la unión venezolana se obligan: 16) A dejar a cada Estado la libre administración de sus productos naturales.*

No contiene una declaración expresa sobre la pertenencia de las minas, pero se ha interpretado que, conforme a la disposición antes transcrita, implícitamente se produjo la transferencia de la propiedad de las minas de la República a los Estados

Bajo la vigencia de esta constitución, el 24 de agosto de 1865, el Presidente del Estado Zulia otorgó la primera concesión petrolera de Venezuela a Camilo Ferrand¹¹. El 2 de febrero de 1866 la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Lucía (hoy Sucre y Monagas), otorgó una concesión petrolera a Manuel Olavarría¹² y el 10 de febrero del mismo año, la misma Asamblea Legislativa promulga el Código de Minas de ese Estado, estableciendo en su artículo 1º que: *se exceptúa de toda concesión las minas de petróleo*¹³.

B. Constitución de 1874

Repita las disposiciones antes transcritas de la Constitución de 1864 en su artículo 13, numeral 16.

10. GONZÁLEZ MIRANDA, Rufino, *ob. cit.* p. 48.

11. MARTÍNEZ, Anibal, *ob.cit.*, p. 26.

12. MARTÍNEZ, Anibal, *ob.cit.*, p. 26.

13. MARTÍNEZ Anibal, *ob.cit.* p. 26.

C. Constitución de 1881

Obliga a los Estados a ceder la administración de las minas al Gobierno de la Federación, pero les reconoce como renta propia, parte de lo que produzcan, para ser distribuida entre todos los Estados:

Artículo 13. Los Estados de la Federación Venezolana se obligan:

...

15.- A ceder al Gobierno de la Federación la administración de las minas, terrenos baldíos y salinas, con el fin de que las primeras sean regidas por un sistema de explotación uniforme, y que los segundos se apliquen en beneficio de los pueblos.

...

32.- A tener como renta propia de los Estados..... las dos terceras partes de lo que produzcan las minas.... administradas por el Poder Federal; y a distribuir esa renta entre todos los Estados de la Federación en proporción a la población que cada uno tenga.

El resto se reservaba al Poder Federal, para ser invertido en el fomento del país (numeral 34).

El artículo 66 atribuye competencia al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, con el voto deliberativo del Consejo Nacional para: 2°.- Administrar los terrenos baldíos, las minas y las salinas de los Estados, *por delegación de estos*.

D. Las Leyes de Minas dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1881

(a) *Ley de Minas del 13 de marzo de 1883*

Decreto-Ley dictado por Guzmán Blanco, conforme a las disposiciones de la Constitución de 1881.

Artículo 1°. Todas las minas que haya en el territorio de la República son propiedad del Estado donde se encuentren; y se regirán por un sistema de explotación uniforme, sujeto a las reglas del presente Decreto.

(b) *Código de Minas del 23 de mayo de 1885*

No contiene disposiciones expresas sobre la propiedad de las minas.

Artículo 1°. Son objeto especial del ramo de minería todas las sustancias inorgánicas, sean metálicas, combustibles o piedras preciosas...

Artículo 2°. Conforme al numero 15 del artículo 13 de la Constitución Federal, la administración de las minas corre a cargo del Ejecutivo Federal, rigiéndose por un sistema de explotación uniforme, según las reglas de la presente Ley.

(c) *Ley del 30 de mayo de 1887, sobre Minas de la República*

Artículo 1°. Todas las minas que haya en la República son propiedad del Estado en que se encuentren; y su administración corre a cargo del Ejecutivo Federal, regido por un sistema de explotación uniforme, en virtud de lo dispuesto por el numeral 15 del artículo 13 de la Constitución Federal.

Artículo 3. Son minas las masas o depósitos que se encuentren en la superficie o en las entrañas de la tierra, que contengan ...asfalto, ...materias bituminosas, aceites....

E. Constituciones de 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922

Con pocas modificaciones de forma, repiten las disposiciones de la Constitución de 1881, en sus artículos 13, numeral 15 y 66, y numeral 2 (1891). Artículo 13, numeral 16 y 76. Ordinal 5° (1893). Artículos 6 numeral 15, 28 y 29 (1901). Artículos 7 ordinal 14, 27 y 28 y 80 ordinal 14 (1904). Artículos 12, ordinal 14, 27 y 30 y 81, numeral 4 (1909) Artículos 19 ordinales 14, 27, y 28 y 78 numeral 18 (1914). Artículos 19 numerales 14, 27 y 28 y 78 numeral 18.

F. Constitución de 1925

Expresamente declara la propiedad de los Estados sobre las minas.

El artículo 15 establece que: *Los Estados convienen en reservar a la competencia federal: 18) Todo lo relativo a las salinas, las tierras baldías, los productos de éstas, los ostrales de perlas y las minas. Cada Estado conserva la propiedad de dichos bienes respecto a los que encuentren en su jurisdicción, pero la administración de todos ellos correrá a cargo del Ejecutivo Federal, que la ejercerá conforme lo determinen las respectivas leyes... En éstas se establecerá que ...las concesiones mineras no serán perpetuas... La renta de las minas ...ingresará al Tesoro Nacional Artículo 100... Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela ...29) Hacer expedir por el Ministro a quien competa los títulos de concesiones mineras. No están sujetas a la aprobación del Congreso las concesiones mineras ...que se otorguen conforme a las respectivas leyes (art. 78, ordinal 6, última parte).*

G. Constituciones de 1929, 1931, 1936 y 1945

Repiten las mismas disposiciones de la Constitución de 1925. Artículos 15 numeral 18; 100 numeral 28 y 78 ordinal 6 (1929). Artículos 15 numeral 18; 100 numeral 30 y 78 ordinal 6 (1931). Artículos 15 numeral 18; 100 numeral 33 y 17 ordinal 6 (1936). Artículos 15 numeral 18; 104 numeral 32 y 78 ordinal 6.

H. Constitución de 1947

Es la primera que distingue a los hidrocarburos de las minas y mantiene el reconocimiento de su propiedad a los Estados:

El artículo 121 establece que es de la competencia de los Estados ...4) *Administrar sus bienes propios, con excepción de los señalados en el ordinal 12 del artículo 138; el cual establece que: Es de la competencia del Poder Nacional ...12) la administración de las minas e hidrocarburos... la renta de dichos bienes ingresará al Tesoro Nacional... La Ley podrá establecer un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionen en este ordinal. Artículo 198. Son atribuciones y deberes del Presidente de la República ...24) Hacer expedir por el Ministro respectivo ...los títulos de concesiones mineras conforme a las leyes. Artículo 162.- Las Cámaras Legislativas, como Cuerpos Colegiados, tienen las siguientes atribuciones: ...8) Autorizar al Poder Ejecutivo Federal ...celebrar contratos de interés general...se exceptúan los títulos mineros.*

I. Leyes de Minas y Leyes sobre Hidrocarburos
dictadas entre 1891 y 1947

(a) *Código de Minas del 30 de junio de 1891*

*Artículo 5...*La propiedad de las minas corresponde a los Estados; su administración al Poder Federal y su explotación a aquellos que obtengan o que hayan obtenido del Ejecutivo Nacional una concesión conforme a lo dispuesto en este Código.

(b) *Código de Minas del 29 de marzo de 1893. Código de Minas del 23 de enero de 1904. Ley de Minas del 14 de agosto de 1905. Código de Minas del 16 de agosto de 1909*

Repite las disposiciones del Código de Minas de 1891 sobre el régimen de propiedad a favor de los Estados. 1893: artículo 5; 1904: artículo 4; 1905: artículo 2 y; 1909: artículo 7.

(c) *Código de Minas del 29 de junio de 1910*

No contiene declaración sobre la propiedad de las minas pero sí que su administración es a cargo del Poder Federal (Art. 7).

(d) *Ley de Minas del 26 de junio de 1915*

Esta Ley por primera vez hace una distinción entre la explotación de hidrocarburos de las demás minas:

El artículo 2° establece el concepto de minas y entre las sustancias que las integran menciona a: *Nafta, Petróleo, Betún, Asfalto, Brea...* El artículo 3° establece que las minas de esas sustancias que no pertenezcan a personas o compañías particulares, son inalienables y el Ejecutivo federal las administrará directamente, o por medio del convenio de explotación y de arrendamiento, quedando autorizado para dictar los Reglamentos necesarios.

(e) *Ley de Minas del 7 de junio de 1918*

No contiene declaración sobre la propiedad de las minas.

(f) *Ley de Minas del 26 de junio de 1920.*

En su artículo 3° dispone que: *La explotación de los hidrocarburos, carbón y demás sustancias minerales combustibles se regirá por una Ley especial.*

(g) *Leyes sobre hidrocarburos del 1920-1921-1922-1925-1928-1935-1936-1938 y 1943*

A partir de 1920 se promulgaron las siguientes leyes sobre hidrocarburos: Ley sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles del 30 de junio de 1920; del 16 de

junio de 1921; del 9 de junio de 1922; del 18 de julio de 1925; del 18 de julio de 1928; del 17 de junio de 1935; del 5 de agosto de 1936; del 21 de diciembre de 1938; Ley de Hidrocarburos del 13 de marzo de 1943, reformada posteriormente en 1955 y en 1967.

Ninguna de ellas contiene declaración alguna sobre la propiedad de las minas. La mayoría sin embargo establece que las concesiones no confiere la propiedad de los yacimientos, sino el derecho de explorarlos y explotarlos por tiempo determinado y bajo las condiciones que determine la ley.

4. Tercera etapa. 1953 - 1961: Eliminación de la referencia de los Estados como propietarios de los hidrocarburos

A. Constitución de 1953

Artículo 60: Es de la competencia del Poder Nacional lo relativo a: ...17) La administración de las minas e hidrocarburos... Únicamente se podrán otorgar concesiones y sólo por tiempo limitado para el aprovechamiento de las riquezas naturales. La renta procedente de los bienes señalados ...ingresarán al Tesoro Nacional. Artículo 81.- Son atribuciones de las Cámaras Legislativas como cuerpos colegiados ...4° aprobar o negar los contratos que celebre el Poder Ejecutivo Nacional y que conforme a la Ley estén sujetos a este requisito.

B. Constitución de 1961

Artículo 136.- Es de la competencia del poder Nacional10) El régimen y administración de las minas e hidrocarburos...La Ley establecerá un sistema de asignaciones especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este ordinal, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros Estados.

El hecho de que la Constitución de 1961 no estableciera expresamente a quién pertenecían los yacimientos de hidrocarburos, (como tampoco lo hizo la de 1953) fue interpretado de manera diferente: para algunos tal omisión debía ser interpretada en el sentido de que la propiedad correspondía a la República, y para otros, a los Estados con vista de la tradición constitucional más próxima.

Por nuestra parte, sostuvimos que de estar ajustada a derecho la opinión según la cual la propiedad es de los Estados, se trataría en todo caso de un derecho de propiedad sólo virtual o vaciado de contenido por la imposibilidad legal para los Estados, de ejercer ninguno de sus atributos como son el uso, goce o disposición.

Que el hecho de que las leyes que han establecido este régimen, atribuyan al Ejecutivo Nacional directamente o a través de entes públicos nacionales, la administración y disposición de los hidrocarburos extraídos de los yacimientos, puede interpretarse en el sentido de que implícitamente le atribuyen la propiedad a la República.

Que si una ley así lo estableciera expresamente, tal determinación estaría ajustada a la Constitución por la remisión que ésta hace al legislador de establecer el régimen de los hidrocarburos, uno de cuyos elementos, es el relativo a la titularidad de los yacimientos.

Que lo razonable y legal es considerar que la República es la propietaria de los yacimientos de hidrocarburos¹⁴.

C. Ley que reserva al Estado la industria y el comercio de los
Hidrocarburos (Ley de Nacionalización)

Dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1961, tampoco contiene declaración alguna sobre la propiedad de los hidrocarburos.

**5. Situación actual: Los hidrocarburos pertenecen
a la República**

A. Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos
del 23 de septiembre de 1999

Dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1961, atribuye la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos gaseosos a la República:

Artículo 1°. Los yacimientos de hidrocarburos gaseosos existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes de dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles.

B. Constitución de 1999

La Constitución de 1999 expresamente atribuye la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos a la República: El artículo 12 establece que *los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la República*.

C. Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos
del 13 de noviembre del 2001

Dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1999, repite en su artículo 3°, el artículo 12 de la Carta Magna:

Artículo 3°. Los yacimientos de hidrocarburos existentes en el territorio nacional, cualquiera que sea su naturaleza, incluidos aquellos que se encuentren bajo el lecho del mar territorial, en la plataforma continental, en la zona económica exclusiva y dentro de las fronteras nacionales, pertenecen a la República y son bienes de dominio público, por lo tanto inalienables e imprescriptibles.

14. Obra Colectiva: *La Apertura Petrolera, I Jornadas de Derecho de Oriente*, Publicaciones Funeda, 1997, pp. 3 y 4.

IV. CONCLUSIONES

La revisión histórica tanto de las constituciones como de las leyes de minas e hidrocarburos que han regulado la materia, evidencia que en Venezuela ha regido el principio que distingue entre el propietario del suelo y de las minas que se encuentran en el subsuelo; que el propietario de las minas, concepto que inicialmente abarcaba a los yacimientos de hidrocarburos, fue, en la primera etapa después de la independencia, la República, luego los Estados que integran el Estado Federal de Venezuela, respecto de los que se encontraban en los límites de sus respectivos territorios, perteneciendo a la República los que se encontraban en los territorios y dependencias federales, y, actualmente, la República de todos ellos, como personificación jurídica del Estado.

Sociológicamente hablando, son propiedad de la *Nación* pero legalmente son propiedad del Estado, cuya personificación jurídica se manifiesta, en el ámbito nacional, a través de la República, a cuyo órgano legislativo le corresponde establecer el régimen jurídico que le sea aplicable, y al Ejecutivo, administrarlos conforme a la legislación establecida, comprometiendo los funcionarios o empleados que intervienen en su administración, su responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria cuando incurran en ilícitos penales, civiles, administrativos o disciplinarios, establecidos para asegurar que esa administración no sea irregular.

Sobre su reciente calificación como bienes del dominio público cabe observar lo siguiente:

Conforme a la doctrina clásica, el concepto de bienes del dominio público servía para distinguir al conjunto de bienes no susceptibles de propiedad privada y afectados al uso directo del público o colectividad, como los ríos, caminos, playas, plazas, etc.

Esta concepción fue ampliada para añadirle los bienes del Estado afectados al funcionamiento de servicios públicos y por tanto, destinados al uso indirecto del público. Esta categoría de bienes son diferentes de los llamados bienes del dominio privado o patrimoniales.

Nuestro Código Civil clasifica en dos categorías diferentes a los bienes pertenecientes a las personas públicas territoriales: bienes del dominio público y bienes del dominio privado (Art. 539 al 544). Dentro de los bienes del dominio público mencionados por el citado Código se encuentran los caminos, los lagos, los ríos, y a ellos pacíficamente se han asimilado otros que, como las playas, puertos y aeropuertos, las calles y autopistas, plazas y parques, etc., también están afectados al uso directo del público, y en general, todos aquellos que participan de esa condición.

La utilidad pública que necesariamente se reconoce a estos bienes fundamenta el régimen jurídico al que están sometidos, y que los hace bienes inalienables, imprescriptibles, inembargables y que no pueden ser hipotecados: *Por cuanto se trata de bienes necesarios para la colectividad, porque su pérdida o menoscabo significaría un grave trastorno para ésta o una causa de interrupción de los servicios públicos, se impone la consagración de ciertos principios de derecho, encaminados a proteger estos bienes. Se llama dominiabilidad pública al régimen jurídico que asegura una protección especial a esta masa de bienes de las entidades administrativas.*

El régimen de dominiabilidad pública tiene por objeto librar estos bienes de las negociaciones que irreflexivamente pudieran realizar las autoridades administrativas, y de las usurpaciones por parte de terceros¹⁵.

Los bienes del dominio privado o bienes patrimoniales son, en términos generales, todos los demás, sujetos a las normas establecidas por el Código Civil para la propiedad privada, salvo las disposiciones que respecto a algunos de ellos puedan establecer las leyes administrativas. Se trata de bienes que sirven para producir ingresos pecuniarios o rentas al Estado o al ente propietario, o que están destinados a ser usados, no por la colectividad como tal, sino por los propios órganos de dichas personas territoriales o por los particulares mediante contratos de distinta naturaleza, celebrados con la respectiva Administración. Entre los bienes del dominio privado de las personas territoriales, pacíficamente se han considerado incluidas las minas, como bienes patrimoniales cuya explotación puede hacer el Estado directamente o los particulares a quienes se les haya otorgado la correspondiente concesión. La historia del derecho minero venezolano evidencia el tratamiento de estos bienes, como del dominio patrimonial del ente propietario. El propio Decreto del Libertador Simón Bolívar establecía que: *Las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad o posesión a los ciudadanos que las pidan bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas...*

Se trata de bienes que por su naturaleza no son susceptibles de ser usados ni por la colectividad directamente, ni por el propio Estado para sus fines específicos, pues, como ocurre en todos los países donde existen, están destinados a ser extraídos del subsuelo para ser comercializados, constituyendo fuente de recursos pecuniarios o rentas, así como puntal de otras actividades.

La doctrina nacional venía incluyendo a las minas e hidrocarburos, junto con las salinas y tierras baldías, dentro de la categoría de bienes de dominio privado del Estado¹⁶.

Si la calificación constitucional y legalmente establecida recientemente, obedece a la necesidad de declararlos inalienables e imprescriptibles, tal razón, no se justifica, puesto que no se trata de condiciones exclusivas y excluyentes de los bienes del dominio público, pudiendo el legislador establecerlas respecto de cualquier tipo de bien de propiedad pública que considere necesario someter a ese régimen de protección especial, como ha ocurrido con ciertos baldíos y ejidos.

En todo caso son los yacimientos o las acumulaciones de hidrocarburos existentes en el subsuelo los que califican como bienes del dominio público, siendo, los distintos yacimientos en su integralidad, inalienables e imprescriptibles, pero una vez extraídos los hidrocarburos del subsuelo, son bienes patrimoniales objeto de negocios jurídicos.

De manera que los yacimientos de hidrocarburos venezolanos son bienes del dominio público inalienables e imprescriptibles, mientras que no se les aproveche o *usen*, pero cuando los hidrocarburos son extraídos del subsuelo, no. Paradojas que chocan con la lógica.

15. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 577.

16. LARES MARTÍNEZ, Eloy, ob. cit., pp. 588 y ss.

§ 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO

Giuseppe Rosito Arbia

Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

En el año 1998 nos correspondió participar en el programa de capacitación de funcionarios públicos municipales en el occidente del país, dictado bajo el patrocinio de la Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal (Fundacomn) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que en esa oportunidad tenía como tema central el Marco Legal Urbanístico, instrumentos de Planificación y formas de control.

Para nuestra sorpresa, y a pesar de que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística había entrado en vigencia casi diez años antes, un considerable número de funcionarios públicos municipales no tenían noción de su entrada en vigencia, y mucho menos de su contenido; desconocimiento que se veía agravado por el hecho de que se trataba, en su mayoría, de funcionarios encargados de las diferentes Direcciones de Planificación e Ingeniería Municipal, vale decir, precisamente los llamados a aplicar dicha Ley.

Lo sucedido nos preocupó sobremanera y enseguida observamos que no era un problema exclusivo de una Región determinada del país, ni de una categoría determinada de funcionarios, sino que trascendía de la Administración Pública y afectaba a nuestro gremio, pues eran muchos los abogados que carecían de una mínima formación en la materia urbanística.

Entendimos entonces que se trataba básicamente de un problema de difusión no sólo de esa Ley, sino de muchas otras leyes y normas que junto con ella conforman lo que hemos dado en llamar el Derecho Urbanístico, y comenzamos a proponer al Derecho Urbanístico como materia regular dentro de las especializaciones de Derecho Administrativo, propuesta finalmente acogida por la Universidad Católica Andrés Bello, que a partir del año 2001 incluyó un Seminario de Derecho Urbanístico dentro del Plan de Estudios de la Maestría de Derecho Administrativo que se dicta en esa casa de estudios.

Las presentes notas se desarrollan en el marco de dicho seminario, y pretenden una breve revisión de los aspectos legales que atañen a la planificación urbanística en general, así como de aquéllos involucrados en toda ejecución urbanística, atendiendo para ello a los diferentes textos normativos que conforman el Marco Legal Urbanístico en Venezuela y que orientan la actuación de los funcionarios públicos involucrados en la materia, así como la de los particulares llamados a observarlas al hacer uso de su derecho de propiedad.

En tal sentido, pasamos revista en primer lugar al Marco Legal Urbanístico, entendido como los diferentes textos legales y otros actos de carácter sub-legal que rigen la actividad urbanística en nuestro país y que conforman esa sub-rama del Derecho Administrativo que es hoy día el Derecho Urbanístico.

En segundo lugar, entramos en el estudio de la planificación urbanística, entendida como el conjunto de actividades tendentes a la elaboración y establecimiento de planes urbanísticos que influyen irremediabilmente en el derecho de propiedad de los particulares, toda vez que determinan una serie de limitaciones a dicho derecho que condicio-

nan necesariamente uno de sus atributos fundamentales, a saber el derecho a edificar (*ius aedificandi*), de allí que la posibilidad de establecer tales limitaciones debe tener expresa consagración positiva (legal), pues es sólo mediante texto legal expreso que puede aceptarse validamente la posibilidad de limitar el derecho de propiedad.

En una tercera parte analizamos el control en la ejecución de urbanizaciones y edificaciones, tomando en cuenta las diferentes formas de control por parte de los órganos competentes en la ejecución de Urbanizaciones y Edificaciones, a saber: control previo, concomitante y posterior, luego de lo cual estudiamos el tema de la prescripción tanto de la acción como de la sanción urbanística, para finalizar con una revisión del control judicial y las diferentes acciones ante los diferentes actos administrativos urbanísticos.

Obviamente, se trata de breves notas en aras de la difusión del Derecho Urbanístico, las cuales están muy lejos de agotar los diferentes aspectos tratados, y cuya intención es tan sólo fomentar el interés en su investigación y estudio. Finalmente, debemos advertir responsablemente que, si bien hemos prescindido de muchas notas bibliográficas para facilitar la lectura de este trabajo, dejamos a salvo los derechos de los diferentes autores cuyos textos han sido empleados y forman parte de la Bibliografía consultada para su elaboración, siendo a ellos y no a nosotros a quienes corresponde todo el mérito de algunas de las ideas aquí expuestas.

I. EL MARCO LEGAL URBANÍSTICO EN VENEZUELA

En primer lugar y antes de entrar en el desarrollo del tema, conviene previamente hacer mención de los diferentes textos legales y otros actos de carácter sub-legal que rigen hoy día la actividad urbanística en nuestro país, algunas de cuyas disposiciones analizaremos posteriormente. Son ellos:

1. *La Constitución*: Texto Fundamental, cuyo desarrollo da lugar a la promulgación de las diferentes leyes que rigen la materia urbanística.

Dentro de su texto encontramos toda una serie de normas que directa o indirectamente se vinculan con el Derecho Urbanístico. Son ellas:

Art 7 (Constitución como norma Suprema).

Art. 18 (Distrito Metropolitano: implica un régimen especial de planificación y control).

Art. 71 -segundo aparte- (posibilidad de referéndum en materia urbanística).

Art. 115 (Derecho de Propiedad).

Art. 116 (No confiscación).

Art. 127 (Derecho del Ambiente).

Art. 128 (Nuevo ordenamiento urbanístico).

Art. 129 (Estudios de impacto ambiental).

Art. 156 -19º- (Competencia del Poder Nacional en materia Urbanística).

Arts. 168 -2º- más 178-1º- (Competencia Municipal en materia Urbanística).

Art. 182 (Consejo Local de Planificación)

2 *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio* (G.O. Nº 3.238 Extr. del 11/08/83) (LOOT): Ley que establece las disposiciones que rigen el proceso de ordenación del

territorio en concordancia con la Estrategia de Desarrollo Económico y Social a largo plazo de la nación.

3. *Ley Orgánica De Ordenación Urbanística* (G.O. N° 33.868 del 16/12/87) (LOOU): Ley cuyo objeto es la ordenación del desarrollo urbanístico nacional con el fin de procurar el crecimiento armónico de los centros poblados.

4. *Ley Orgánica de Régimen Municipal* (G.O. N° 4.409 Extr. del 15/06/89) (LORM): Ley que establece las competencias que en la materia urbanística tienen asignados los Municipios, principalmente los artículos 36 numeral 3°; 76 numerales 3° y 6° y 74 numerales 7°, 10°, 13° y 14°.

5. *Otras Leyes*: Además de los textos legales mencionados, deben incluirse también como formando parte del marco legal que rige la materia urbanística a las siguientes leyes: La Ley Forestal de Suelos y Aguas, la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley Penal del Ambiente y la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos, ello en razón de que contienen disposiciones cuyo cumplimiento está llamado a garantizar el órgano urbanístico competente a los fines de la preservación y protección del medio ambiente. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en razón de contener las normas generales que en materia de todo procedimiento administrativo deben ser observadas por la Administración en la adopción de sus actos, así como la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos y la Ley Orgánica de Administración Pública. La Ley de Zonas Costeras, en tanto norma que limita el derecho de propiedad en las áreas costeras. Finalmente, la Ley de Venta de Parcelas y la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto a que regulan determinadas actuaciones que se relacionan con el control de la actividad urbanística.

6. *Ordenanzas Municipales*: Anteriormente consideradas leyes locales, son actos de naturaleza sub-legal (SC-TSJ: 23/11/2001 Exp: 00-2517) que determinan competencias y procedimientos en materia urbanística, y en las cuales se concreta el proceso de planificación, definiéndose las diferentes variables urbanas fundamentales, límites del derecho de propiedad.

7. *Disposiciones Normativas*: Entran dentro de tales disposiciones, todos aquellos actos de carácter sub-legal, Reglamentos, Decretos, Resoluciones, Instructivos, Acuerdos y Oficios Aprobatorios, dictados tanto por la Administración Nacional como Municipal, tendentes a regular la materia urbanística, los cuales necesariamente forman parte del marco legal que rige la materia Urbanística. En este punto hay que tener presente la existencia de Decretos que creen Áreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), toda vez que determinan los límites del derecho de propiedad. Igualmente es fundamental el Decreto N° 1257 emanado de la Presidencia de la República en fecha 13 de marzo de 1996 (G.O. N° 35.946 del 25 de abril de 1996), mediante el cual se dictan las Normas sobre Evaluación Ambiental de Actividades Susceptibles de Degradar el Ambiente (Variables Ambientales en Zonas Urbanas).

II. PLANIFICACIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD

Señalado como ha quedado el marco legal que rige la materia urbanística en nuestro país, corresponde ahora la revisión de los aspectos legales que de él se derivan y que atañen a la planificación y ejecución urbanística en general, lo cual hacemos de seguidas.

Siendo que la planificación incide directamente en el derecho de propiedad, en razón de que es en función de la primera que se determinan los límites que para el ejercicio de ese derecho deben ser observados por la Administración y los particulares en la ejecución de todo desarrollo urbanístico y habitacional, hemos querido comenzar nuestras consideraciones a partir del análisis del derecho de propiedad y sus limitaciones en materia urbanística, concreción última de la actividad planificadora.

Tal y como se reconoce hoy día el derecho de propiedad no puede ser entendido como un derecho absoluto, sino como un derecho limitado, como expresamente lo define la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 115, según el cual:

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.

Así las cosas, el derecho de propiedad se encuentra sometido a limitaciones y restricciones de carácter legal, entendiéndose las primeras como aquéllas que no inciden sobre la titularidad, sino que permiten saber al propietario hasta dónde puede llegar su derecho en relación al uso, goce y disposición, constituyendo en consecuencia el entorno normal de la propiedad; mientras que las segundas van mucho más allá y pueden restringir el uso de la propiedad, reduciendo el ámbito de la facultad de uso o la titularidad del derecho mediante la extinción de la propiedad sobre un determinado bien. No en balde las limitaciones no dan lugar a indemnización (salvo que causen un perjuicio al titular de la propiedad), a diferencia de las restricciones que siempre dan lugar a ella.

Desde el punto de vista urbanístico, uno de los atributos más importantes del derecho de propiedad, a saber, el *ius aedificandi* (derecho a edificar), se encuentra desde hace ya mucho tiempo sometido a toda una serie de limitaciones que regulan su ejercicio. Se trata de toda una serie de condiciones de desarrollo, hoy día conocidas como Variables Urbanas Fundamentales de acuerdo con la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (Artículos 86 y 87), que deben ser observadas por todo aquél que pretenda hacer uso de su derecho de propiedad para fines urbanísticos (entendiendo que dicho concepto abarca edificaciones y urbanizaciones), y que la propia Ley Orgánica de Ordenación Urbanística se ha encargado de definir como limitaciones al señalar: “(...) 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”. (Artículo 53).

Como vemos, el *ius aedificandi* encuentra para su ejercicio toda una serie de limitaciones (Variables Urbanas Fundamentales, cuyo contenido viene dado a través de Planes, Ordenanzas y otros instrumentos normativos), de allí la relación entre planificación y derecho de propiedad, pues la actividad planificadora va a incidir directamente en el derecho de propiedad, limitándolo y determinando su ejercicio en materia urbanística. En tal sentido, la planificación se traduce en una actividad de singular importancia por su incidencia en la esfera de los derechos de los particulares, lo cual implica la existencia de normas concretas que permitan tal actividad planificadora, en cuanto actividad que pretende limitar y regular el ejercicio de tales derechos, garantizando así el principio de la legalidad, principio fundamental de todo Estado de Derecho. De allí que planificación y ejecución urbanística requieran de normas expresas, con determinación precisa de competencias y límites de su ejercicio, por lo que planificación y ejecución en materia urbanística no es nada una actividad discrecional, sino una actividad completa-

mente reglada en razón del marco legal señalado supra, y cuyo análisis abordaremos a lo largo de nuestra exposición.

1. Planificación

Hechas las consideraciones anteriores, toca entonces entrar en el análisis de la actividad planificadora de acuerdo con la normativa que rige tal actividad.

A. ¿Qué es la planificación urbanística?

A los fines de facilitar la comprensión del concepto, podríamos definir la planificación urbanística como el conjunto de actividades tendentes a la elaboración y establecimiento de planes urbanísticos, vinculada a la consecución de objetivos en relación a: la política urbanística, la ordenación del territorio, las acciones e inversiones públicas, los usos del suelo, sus intensidades, los estándares urbanísticos, los servicios públicos necesarios cualitativa y cuantitativamente, los estímulos para la participación ciudadana y la necesaria coordinación intrapública y con el sector privado, cuyo fin último es el crecimiento armónico de los centros poblados y el desarrollo integral del país.

B. ¿Quién planifica?

De acuerdo con la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU), la competencia planificadora se encuentra básicamente repartida entre el nivel nacional y el municipal.

En este sentido, al ejecutivo nacional le corresponde establecer los instrumentos de la ordenación urbanística nacional, así como dictar las normas y procedimientos técnicos para la elaboración de los planes nacionales y locales y para la aprobación de estos últimos conforme a lo previsto en las Leyes Orgánicas de Ordenación Urbanística, de Régimen Municipal y de Ordenación del Territorio (artículo 8 LOOU).

Por su parte, al Municipio le corresponde elaborar y aprobar los planes de desarrollo urbano local, velar por el cumplimiento de los planes nacionales y dictar las ordenanzas en materia urbanística local con sujeción a las leyes, reglamentos y planes nacionales (artículo 10 LOOU).

C. ¿Cómo se planifica?

A tenor del artículo 16 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, la planificación urbanística forma parte del proceso de ordenación del territorio, y se llevará a cabo mediante un sistema integrado y jerarquizado de planes, del cual forman parte:

- El Plan Nacional de Ordenación del Territorio (PNOT).
- Los Planes Regionales de Ordenación del Territorio (PROT).
- Los Planes de Ordenación Urbanística (POU).
- Los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL).
- Los Planes Especiales y los Planes Particulares que se formulen.

Como vemos, la planificación se concreta, obviamente, mediante instrumentos (actos administrativos), integrados y jerarquizados, denominados *planes*, los cuales se encuentran consagrados y regulados por la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, a ser elaborados por la autoridad competente según el caso, con estricta sujeción a las normas que rigen cada tipo de plan a que se refiere la Ley.

2. Planes

Como se ha señalado, los planes son los instrumentos con los que se da concreción a la actividad planificadora, existiendo de acuerdo con la normativa que rige la materia todo un sistema de planes que se integran y se vinculan entre sí. De allí que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística hable en su artículo 16 de un “sistema integrado y jerarquizado de planes”. La idea de este sistema *jerarquizado e integrado* a que se refiere la Ley implica que tales planes están vinculados de tal manera que, pudiendo cada uno de ellos actuar sobre un ámbito o aspecto preciso, su existencia técnico jurídica depende, en principio, de la existencia de otros, configurando así un complejo de planes coherentes destinados a la concreción del fin último de la planificación: el crecimiento armónico de los centros poblados y el desarrollo integral del país.

Veamos pues brevemente en que consiste cada uno de los planes que integran el sistema a que se refiere la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística:

A. El Plan Nacional de Ordenación del Territorio (PNOT)

Tal como nos lo señala el artículo 9 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOOT), el Plan Nacional de Ordenación del Territorio es un instrumento a largo plazo que sirve de marco referencial espacial, a los planes de desarrollo de mediano y corto plazo del país y a los planes sectoriales adoptados por el Estado (artículo 14 LOOT). Dicho plan es el instrumento primario para la ordenación del territorio que se desagrega en el resto de los planes previstos en la Ley, tiene un contenido de carácter general, su destinatario básico es el sector público, y en él se establecen los lineamientos generales para la mejor utilización del suelo, para controlar y organizar la expansión urbana, para delimitar las grandes áreas y espacios verdes y los lineamientos de la preservación del ambiente, del desarrollo turístico y del desarrollo industrial, entre otros.

Este plan debe comprender las bases técnicas y económicas para su ejecución, las cuales se formulan en concordancia con la dinámica del desarrollo del país, y debe contener los grandes lineamientos del uso y destino del suelo, los grandes trazados de las vías de comunicación, así como la localización de aeropuertos y puertos, las grandes obras de protección de los recursos naturales, el sistema de ciudades a nivel regional, la localización de los grandes complejos industriales y minerales. Todos estos lineamientos generales, deben desglosarse en planes sectoriales a corto plazo.

Por lo que se refiere a su aprobación, el Plan Nacional de Ordenación del Territorio y los Planes Sectoriales, así como sus modificaciones, serán aprobados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a proposición de la Comisión Nacional de Ordenación del Territorio (artículo 20 LOOT), mediante Decreto que se publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (artículo 33 LOOT).

B. Los Planes Regionales de Ordenación del Territorio (PROT)

Previstos en el artículo 10 de la LOOT, son instrumentos a largo plazo que desarrollan los lineamientos generales en el ámbito de cada una de las regiones en las cuales se divide el territorio nacional de conformidad con lo establecido en los artículos 61 y 62 de dicha Ley, de acuerdo a las previsiones y lineamientos del Plan Nacional de Ordenación del Territorio, las cuales, tal y como lo advierte la Ley, podrán o no coincidir con el territorio de las entidades federales.

En dichos planes se establecen los lineamientos generales en el ámbito de la respectiva región, y tienen como directrices generales: los usos a que debe destinarse prioritariamente el territorio general de acuerdo a sus capacidades económicas, ecológicas y a sus condiciones específicas, la localización de las principales actividades agropecuarias, mineras y del sector servicio, los lineamientos generales del proceso de urbanización y del sistema regional de ciudades, la política que incentiva la ejecución de los planes de ordenación del territorio, la localización de los proyectos de infraestructura a nivel regional y los lineamientos generales de las redes de transporte y comunicación (artículo 11 LOOT).

De acuerdo con el artículo 34 de la LOOT, cada Plan Regional de Ordenación del Territorio será aprobado conjuntamente por los Gobernadores de los Estados que integren la región, mediante Resolución conjunta contentiva de la decisión administrativa, firmada por quienes corresponda, la cual se publicará en las Gacetas Oficiales de los Estados respectivos.

C. Los Planes de Ordenación Urbanística (POU)

Regulados por los artículos 18 de la LOOT y 17, 21 y 22 de la LOOU, dichos planes representan la concreción espacial urbana del Plan Nacional de Ordenación del Territorio y del Plan Regional, ya que en ellos se establecen los lineamientos de la ordenación urbanística en el ámbito territorial local (municipios o distritos metropolitanos), y los lineamientos de la inversión pública y la inversión privada en función de la política habitacional, de renovación urbana, de vialidad y demás servicios comunes y urbanos.

Según el artículo 28 de la LOOU, los planes de ordenación urbanística deben expresarse legalmente mediante una resolución emanada del Ministerio de Desarrollo Urbano, hoy día conocido como Ministerio de Infraestructura (MINFRA); y entran en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial.

Conviene destacar, en lo que a la participación de los municipios se refiere en la formulación de los Planes de Ordenación Urbanística, que el artículo 27 de la LOOU obliga a remitir al Concejo Municipal el proyecto del plan elaborado por el Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR), en la actualidad, insistimos, conocido como Ministerio de Infraestructura (MINFRA) para que éste formule sus observaciones en un plazo de sesenta (60) días continuos, respecto al contenido y orientación del Plan, pudiendo dicho Concejo solicitar, por una sola vez, una prórroga de treinta (30) días para tal fin.

Las observaciones del Concejo Municipal son de vital importancia, al punto que de acuerdo con la norma, en ningún caso será aprobado el Plan sin conocerse la opinión de la respectiva municipalidad, quien inclusive puede hacer uso de los recursos de Ley, si considera que sus observaciones eran procedentes y fueron desestimadas sin justificación. Sin embargo, es importante para ello que el municipio haga uso oportuno de su

derecho a hacer observaciones, pues de acuerdo con la norma, transcurrido el plazo indicado sin que se hubieran producido las observaciones requeridas, procederá la aprobación del plan.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 10, numeral 4° de la LOOU, el Ejecutivo Nacional puede delegar en los Municipios la elaboración de dichos planes.

D. Los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL)

Son los instrumentos de planificación cuya elaboración y aprobación corresponde a los Municipios (artículo 36, ordinal 3° Ley Orgánica de Régimen Municipal -LORM- y artículo 10, numeral 1° LOOU), y en ellos se establecen las precisiones en cuanto a la determinación sobre usos y sus intensidades, tomando en consideración las directrices y determinantes establecidas en los Planes de Ordenación Urbanística. Estos Planes de Desarrollo Urbano Local contienen la definición del desarrollo urbano en términos de población, base económica, control de medio ambiente; la clasificación del suelo, la delimitación de áreas libres y áreas verdes, la localización para edificaciones y servicios públicos, el trazado de la red vial y la red de dotación de agua y la de identificación de los terrenos privados que serán afectados por la ejecución del plan, entre otros (artículo 34 LOOU).

(a) ¿Quién los elabora?

Su elaboración corresponde al Alcalde (artículo 74, ordinal 8° LORM) y está a cargo de los organismos municipales de planificación, caso de existir, o en su defecto por quien designe el Alcalde (artículo 38 LOOU), siguiendo el procedimiento que al efecto establece la LOOU, amén de que, como lo señala el artículo 37 de la LOOU, los Municipios pueden establecer, vía Ordenanza, procedimientos complementarios para la elaboración, aprobación, ejecución, control y modificación de los Planes de Desarrollo Urbano Local, sin perjuicio de las disposiciones de dicha Ley.

En los casos en que las municipalidades no formulen sus Planes de Desarrollo Urbano Local, por no tener organismos o recursos necesarios para ello, el proyecto de plan podrá ser elaborado por el MINFRA o por intermedio de otros organismos públicos en quienes se delegue esta competencia, pero siempre con la participación del Municipio (artículo 44 LOOU).

(b) ¿Qué pasa con el proyecto una vez elaborado?

Una vez elaborado el proyecto de plan, el mismo será sometido a la Cámara Municipal para que ésta autorice su publicación a los efectos de la información y consultas públicas necesarias (artículo 38 LOOU).

(c) ¿Pueden los particulares participar en la elaboración del plan?

El proyecto de plan estará sometido al proceso de información y consultas públicas por un período de sesenta (60) días continuos, lapso durante el cual los interesados podrán hacer las observaciones que estimen oportunas o convenientes. Finalizado esta

plazo, se abrirá otro de treinta (30) días continuos para recibir en audiencia a los representantes de los organismos públicos y privados con injerencia en el plan, a fin de conocer su opinión con respecto al mismo (artículo 38 LOOU).

(d) *¿Cómo saben los particulares a partir de cuando pueden participar?*

Los plazos para los procesos de consulta e información pública deben ser dados a conocer en un periódico de circulación local, en anuncios que precisarán el o los sitios de exposición del plan, las horas de audiencia y demás formalidades atinentes al caso (artículo 39 LOOU).

(e) *¿Son vinculantes las observaciones y alegatos de los particulares?*

Las observaciones y alegatos que se formulen en relación con el Plan de Desarrollo Urbano Local, no tendrán carácter vinculante para el organismo urbanístico autor del mismo, ni su falta de aceptación dará lugar a recurso alguno, salvo que se trate de violaciones al orden urbanístico previsto en la LOOU, caso en el cual la actuación de la autoridad municipal se controlará conforme a la legislación aplicable (artículo 40 LOOU).

(f) *¿Qué sucede después que termina el plazo para las observaciones?*

Una vez recibidas las observaciones al plan, el Concejo Municipal decidirá sobre las mismas, aprobándolo inicialmente y remitiéndolo al MINFRA, conjuntamente con las observaciones o alegatos que se hubieren formulado, a los efectos de dar cumplimiento a lo pautado en la Ley Orgánica de Régimen Municipal -artículos 36, ordinal 3º, 76, ordinal 3º y 168- (artículo 41 LOOU).

El MINFRA estudiará el proyecto del plan y se pronunciará en un plazo no mayor de sesenta (60) días continuos sobre la conformidad del mismo con respecto al Plan de Ordenación Urbanística correspondiente, formulando las observaciones que fueren procedentes (artículo 42 LOOU).

De acuerdo con el artículo 43 de la LOOU, si se presentaren discrepancias entre el proyecto del Plan de Desarrollo Urbano Local elaborado por el Concejo Municipal, y las observaciones formuladas por el MINFRA, y las mismas no pudieran resolverse de mutuo acuerdo, se solicitará la intervención de una Comisión *ad-hoc*, para que se pronuncie sobre el particular, integrada por sendos representantes del Municipio y el MINFRA, y un tercer integrante designado de común acuerdo.

El Concejo Municipal, devuelto como fuere el Proyecto de Plan de Desarrollo Urbano Local, someterá el mismo a la aprobación definitiva de la Cámara Municipal, la cual deberá decidir al respecto en un término de dos (2) meses y procederá a su publicación en la *Gaceta Municipal* (artículo 42, parágrafo primero LOOU).

(g) *¿Tiene el Concejo Municipal obligación de hacer público el Plan antes de su publicación en la Gaceta Municipal?*

Durante el período señalado para la aprobación definitiva (2 meses) el plan será publicado a los efectos de garantizar a la ciudadanía en general la información correspondiente (artículo 42, parágrafo primero LOOU).

(h) *¿Qué pasa si vencido el plazo el Municipio se pronuncia?*

Al concluir el plazo para la aprobación el plan, sin que el Concejo Municipal se hubiere pronunciado al respecto, el mismo podrá ser publicado por el MINFRA en la Gaceta Oficial, entendiéndose tal acto como la aprobación del referido Plan (artículo 42, parágrafo segundo LOOU).

(i) *¿Puede modificarse o reformarse el Plan una vez aprobado?*

De acuerdo con el artículo 45 de la LOOU, es posible la modificación o reforma del Plan, siempre y cuando se cumplan los mismos requisitos de consulta, información y aprobación previstos para su sanción original, además de los requerimientos adicionales que se hayan establecido por Ordenanzas, si las hubiere.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que si tales modificaciones o reformas constituyen cambios de zonificación, habrá de observarse lo que al respecto establece el artículo 46 de la LOOU.

(j) *¿Puede dictarse el Plan de Desarrollo Urbano Local si no existe Plan de Ordenación Urbanística?*

Si bien se ha señalado a los planes como los instrumentos con los que se da concreción a la actividad planificadora, señalándose la existencia de todo un sistema de planes que se integran y se vinculan entre sí, la propia Ley Orgánica de Ordenación Urbanística permite la posibilidad de que se adopte un plan inferior aún en ausencia de plan superior que lo determine. A tal efecto señala en su artículo 18 que, la ausencia de planes de ámbito territorial superior no será impedimento para la formulación y ejecución de planes de ordenación urbanística. En el caso de los Planes de Desarrollo Urbano Local, los mismos podrán ser formulados y puestos en vigencia aún en ausencia de los Planes de Ordenación Urbanística, siempre y cuando se ajusten a las normas y procedimientos técnicos previstos por el Ejecutivo Nacional.

En ambas circunstancias, dice la norma, una vez que los planes de ámbito territorial superior entren en vigencia, aquellos que estén jerárquicamente supeditados a los mismos, deberán revisarse y adaptarse a las previsiones correspondientes.

(k) *¿Qué papel juegan las Ordenanzas de Zonificación?*

Siendo que la zonificación constituye uno de los elementos esenciales de la planificación urbanística, por medio de la cual se cumple una doble finalidad: la de determinar el uso al que podrán destinarse cada una de las zonas de su ámbito territorial (zonificación funcional); y la de determinar las características que en cada una de esas zonas tendrán que respetar las construcciones (zonificación arquitectónica), dándole contenido al derecho de propiedad de los particulares en lo que a su derecho a edificar se refiere (*ius aedificandi*), se hace necesario entonces que la misma se encuentre perfectamente definida y expresada en un instrumento jurídico.

Así las cosas, la zonificación se puede expresar bajo dos modalidades: o formando parte de un plan de urbanismo, o como un instrumento derivado de dicho plan, pero distinto de él. En tal sentido, las relaciones de la zonificación con los instrumentos de

planificación urbana dependerán, esencialmente, del nivel de precisión con que se elaboren estos últimos: si ellos son muy detallados, su elaboración implica zonificación; por el contrario, si sus regulaciones sobre el suelo urbano son relativamente generales, las mismas, para ser eficaces, deberán ser complementadas y llevadas a una mayor precisión por medio de ordenanzas de zonificación.

Como vemos, dependiendo del nivel de precisión del Plan de Desarrollo Urbano Local, será o no necesaria que se dicte una Ordenanza de Zonificación, a los fines de definir las Variables Urbanas Fundamentales a que se refiere la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, concretándose así la actividad de planificación. De allí su importancia, y de allí que el numeral 3 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, establezca como competencia de los Municipios, la de dictar las ordenanzas necesarias para la ejecución, control y gestión de los planes en materia de zonificación, y que el artículo 19 de la misma Ley establezca que los Planes de Desarrollo Urbano Local se expresarán legalmente mediante Ordenanza, en las cuales se establecerán las precisiones en cuanto a la determinación sobre usos y sus intensidades, así como sobre los demás aspectos que afecten el ejercicio de los derechos de los particulares.

A todo evento, debemos poner de relieve que en la tradición urbanística venezolana, y hasta época muy reciente, por falta de legislación sobre la materia, la gran mayoría de los Municipios ha aprobado zonificaciones que no se ajustaban a ninguna de las modalidades antes descritas, en el sentido de que, ni formaban parte de un plan, porque no había plan de urbanismo, ni tampoco eran instrumentos para su regulación y control. En virtud de esta práctica, en vez de hacer planificación urbanística, simplemente se pretendió reglamentar el aprovechamiento de las propiedades urbanas. No es nuestra labor cuestionar ahora tales Ordenanzas, muchas de las cuales conservan aún hoy su vigencia, pero sí alertar sobre la necesidad de una verdadera planificación urbanística, de acuerdo con las herramientas que desde algún tiempo existen para tal fin, y en razón de las cuales las Ordenanzas de Zonificación forman el eslabón final del sistema, concreción de la actividad planificadora.

Como nota final en lo que corresponde a este punto, recordamos el contenido de la reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de diciembre de 2000, mediante la cual se delimitaron las competencias del Distrito Metropolitano, estableciéndose que: "corresponde al nivel metropolitano la planificación urbanística y ambiental del área territorial donde ejerce sus competencias..." De esta forma, corresponde a éste ente la competencia para dictar los un Plan de Desarrollo Urbano Local que sea común a todos los Municipios, así como los lineamientos generales en la materia.

E. Los Planes Especiales

Su escasa regulación la encontramos en los artículos 49 a 51 de la LOOU. De acuerdo con el artículo 50 de dicha Ley, corresponde a la autoridad urbanística municipal lo concerniente a su elaboración, aprobación y ejecución, dejando en manos del Municipio dictar la regulación correspondiente para tal fin, la cual, por tratarse de instrumentos reguladores, que inciden en el derecho de propiedad de los particulares, deben permitir la intervención de los particulares en su proceso de elaboración.

Su objetivo fundamental es, precisamente, dar un tratamiento especial a algún sector particular cuyas condiciones específicas ameriten un tratamiento por separado dentro

del Plan de Desarrollo Urbano Local. De lo que se trata, es que puede suceder que en el proceso de elaboración de los Planes de Desarrollo Urbano Local, al clasificar por usos el suelo dentro de su ámbito, se prevea que determinadas áreas sean sometidas a un régimen *ad-hoc*, y queden por tanto desprovistas de una regulación detallada de los usos del suelo, lo cual vendría a ser subsanado por vía de los Planes Especiales, o sencillamente, que atendiendo a condiciones específicas de determinado sector, se prefiera una regulación especial y de tratamiento diferente.

Obviamente forman parte integrante del sistema de planes, por disponerlo así el artículo 16 de la LOOU, y si bien, pensamos, pueden dictarse al igual que el Plan de Desarrollo Urbano Local, en ausencia de Planes de Ordenación Urbanística, pensamos que su posibilidad deriva de que tales áreas sean incluidas en el Plan de Desarrollo Urbano Local, aunque no reguladas por éste, dejando su regulación a cargo de un Plan Especial.

Finalmente, advertimos que los Planes Especiales no deben confundirse con los planes de las áreas bajo régimen de administración especial a que se refiere el artículo 32 de la LOOT, como por ejemplo las llamadas Zonas Protectoras, los cuales corresponden ser aprobados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, mediante Decreto que se publicará en *Gaceta Oficial* (artículo 35 LOOT), y cuyo control y ejecución corresponde a los diferentes organismos señalados en el artículo 46 de la LOOT.

F. Los Planes Particulares

A pesar de su inclusión en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística como uno de los que forma parte del sistema integrado y jerarquizado de planes, no existe en la Ley ninguna disposición que los desarrolle, en cuanto a su contenido, objetivo, procedimiento, elaboración u otra modalidad.

En tal sentido, creemos que puede tratarse de aquellos proyectos de urbanizaciones aprobados en ausencia de Planes de Ordenación Urbanística, de Desarrollo Urbano Local y de Ordenanza de Zonificación, o, simplemente, que los Planes Especiales y particulares a que se refiere el artículo 16 de la LOOU, son una misma categoría, que no dos categorías diferentes, de allí el silencio absoluto respecto a los planes particulares.

III. CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE URBANIZACIONES Y EDIFICACIONES POR PARTE DE LOS PARTICULARES

Una vez estudiada la actividad planificadora, corresponde ahora entrar al estudio de la ejecución de urbanizaciones y edificaciones, respecto a la cual la actividad planificadora se ha encargado de delimitar su derecho de propiedad (artículo 52 LOOU), limitando el ejercicio de su derecho a edificar (*ius aedificandi*) (artículos 53 LOOU y 63 y 66 LOOU), limitaciones que hacen que su ejecución se vea sujeta a distintos tipos de controles por parte de la autoridad urbanística competente, a los fines de garantizar que sus actuaciones estén sujetas a las determinaciones contenidas en los planes nacionales, regionales y locales, tal y como lo establece el artículo 20 de la LOOU, ello en razón de su obligatoriedad (artículo 7, 42, 63 y 66 de la LOOT).

Revisemos entonces las diferentes formas de control que consagra a favor del Municipio la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, a las cual se encuentra sometida la

actividad urbanística desarrollada por los particulares, a cuyo efecto, y para su mejor comprensión las dividiremos en previas, concomitantes y posteriores, según correspondan al inicio de obras, la inspección de estas durante su ejecución y la terminación y habitación de lo construido.

Tengamos en cuenta, que a partir de la Reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal ocurrida en 1989, el Gobierno Municipal se ejerce por un Alcalde y un Concejo Municipal, correspondiéndole al primero la rama ejecutiva del gobierno Municipal, dentro de la cual se enmarcan las diferentes formas de control a las que haremos referencia.

1. Control previo

Se refiere al control administrativo de la ejecución de urbanizaciones y edificaciones correspondiente al inicio de las obras por parte de los particulares. En tal sentido, el artículo 80 de la LOOU establece que para la realización de urbanizaciones y edificaciones se requerirá la existencia de un proyecto elaborado por profesionales competentes, quienes responderán 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.

Dicho proyecto permitirá al órgano municipal la posibilidad de controlar la actividad urbanística del particular, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LOOU, el mismo debe ser consignado ante el Municipio por el propietario o representante de quien pretenda ejecutar una urbanización, a los fines de que dicho órgano constate el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales y emita, si hay adecuación, la Constancia de Cumplimiento de dichas Variables a que se refiere el artículo 85 de la Ley.

Así las cosas, la Constancia de Cumplimiento de Variables Urbanas Fundamentales, acto administrativo que corresponde ser dictado por el Municipio, permite controlar adecuadamente al inicio la urbanización o edificación que se pretenda ejecutar, permitiendo al ente municipal constatar la adecuación del proyecto, de presentación obligatoria, con las variables urbanas fundamentales a que se refieren los artículos 86 y 87 de la LOOU, según se trate de urbanizaciones o edificaciones, respectivamente, las cuales se encuentran desarrolladas en los Planes de Desarrollo Urbano Local o las Ordenanzas de Zonificación, o serán fijadas por el Concejo Municipal en los casos previstos en el artículo 125 de la LOOU.

Para la emisión de dicha Constancia establece el artículo 85 de la LOOU: 30 días para edificaciones y 90 para edificaciones. En un primer momento, y en relación a el incumplimiento de dichos plazos, se desarrolló la tesis del silencio administrativo positivo: modalidad de dicha figura por la cual se entiende la inactividad de la Administración Pública como respuesta favorable (positiva) a la solicitud. Dicha tesis se fundamentó en la aplicación del artículo 55 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio en concordancia con el artículo 119 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, y así fue reconocido por reiterada jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a saber: sentencias de fecha 18 de agosto de 1988 (expediente 87-8002, caso: *Concejo Municipal del entonces Distrito Iribarren del Estado Lara*); 20 de diciembre de 1991 (expediente 91-12705, caso: *Urbanizadora B.H.O C.A. vs. Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda*); 13 de fe-

brero de 1992 (caso: *Inversiones Caudillaje C.A. vs. Municipio Baruta del Estado Miranda*); 11 de marzo de 1993 (expediente 92-13621, caso: *Promotora Rosavila C.A. vs. Municipio Baruta del Estado Miranda*) y 1 de diciembre de 1994 (expediente 92-12906, caso: *Altos de Curicara S.A. vs. Municipio Baruta del Estado Miranda*).

En la actualidad, el anterior criterio ha quedado superado, y hoy día ya no se acepta la procedencia del silencio positivo, en caso de incumplimiento de los lapsos de emisión de la Constancia por el órgano competente, sino que se considera que la respuesta fue negativa, habilitándose al solicitante para hacer uso de los Recursos administrativos y judiciales correspondientes. Tal es el sentido de las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la materia de fechas 13-12-1999 y 21-12-2000 (casos: *Sindicato Agrícola 168, C.A. y Corporación Bieregi, C.A., respectivamente*).

En cuanto al aspecto formal de la Constancia de Cumplimiento de Variables, tratándose de un acto administrativo, la misma debe contener en su cuerpo documental, las formalidades a que se refiere el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

El procedimiento para la emisión de dichas constancias se encuentra establecido en los artículos 84, 85 y 88 de la LOOU. De acuerdo a tal procedimiento, si el Municipio considera que el proyecto presentado no se ajusta a las variables urbanas fundamentales lo notificará al interesado y ordenará la paralización de la obra dentro de los ocho días siguientes (caso de edificaciones iniciadas con la introducción del proyecto de acuerdo con la posibilidad que establece el artículo 84 de la LOOU, posibilidad que no existe en el caso de urbanizaciones de acuerdo con la misma norma). Esta notificación también implica la paralización del procedimiento y así debe hacerse constar en ella, cuestión muy importante pues, de acuerdo con el artículo 64 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), si el procedimiento permanece paralizado durante dos (2) meses por causa imputable al interesado, operará la perención, vale decir, deberá iniciarse nuevamente, desde el principio, el procedimiento, con el consecuente nuevo pago de las Tasas municipales canceladas con ocasión del proyecto.

Corregido el proyecto por el solicitante y reintroducido como sea en tiempo oportuno, antes de que ocurra la perención, el Municipio dispone de quince (15) días continuos para emitir la Constancia de Cumplimiento de Variables Urbanas Fundamentales o el acto denegatorio de esta.

Negada como sea la Constancia, y según lo establece el artículo 89 de la LOOU, el interesado tendrá derecho a ejercer los Recursos de Reconsideración y Jerárquico, éste último ya no ante el Concejo Municipal como lo establece la norma, sino ante el Alcalde como jefe de la rama ejecutiva del municipio (art. 74, ord. 10º de la LORM). En cuanto al plazo para ejercer el Recurso Jerárquico, el plazo para decidir el Recurso de Reconsideración y la forma de computar los plazos, los vacíos de la norma en este sentido deberán suplirse con la LOPA en tanto Ley General en materia de procedimientos, en razón de lo cual y en aplicación concatenada de los artículos 42, 91 y 94 de la LOPA, tenemos que: Recurso de Reconsideración, quince (15) días hábiles para ejercerlo y treinta (30) días hábiles para resolverlo. Recurso Jerárquico, treinta (30) días hábiles para ejercerlo, y noventa (90) días hábiles para su decisión.

Finalmente, y ya para concluir esta forma de control, queremos hacer mención a la posibilidad o potestad que tienen los particulares de solicitar del Municipio una Consulta Preliminar de Variables, tal y como lo establece el artículo 81 de la LOOU, la cual en el caso de Urbanizaciones incluirá tanto las variables urbanas fundamentales, como las

condiciones generales de urbanización o parcelamiento. Son actos administrativos a través de los cuales se anticipa el criterio de la Administración sobre los puntos objeto de consulta. Su respuesta es obligatoria una vez solicitada (artículo 82 LOOU) y en caso de no existir PDUL u Ordenanza de Zonificación se debe aplicar lo que establece el artículo 125 de LOOU (artículo 81 parágrafo único LOOU). Las consultas preliminares son actos de trámite, que no tienen naturaleza constitutiva, en tanto y en cuanto no crean ningún tipo de derechos, pero el error en su emisión compromete la responsabilidad del Municipio, por los daños y perjuicios que dicho error pueda causar.

Por último, y siendo que una vez emitida la consulta preliminar, ella obliga al solicitante y al órgano revisor del municipio a respetar las Variables señaladas, el artículo 83 de la LOOU prevé la posibilidad de recurrir de ellas, tanto en vía administrativa, como en vía judicial. En vía administrativa, y ante la ausencia de plazo expreso en la norma, el lapso para el ejercicio del Recurso de Reconsideración y el Recurso Jerárquico (erróneamente llamado *apelación* por el Legislador) será de quince (15) días hábiles, por aplicación de los artículos 94 y 95 de la LOPA. Igualmente, debe tenerse en cuenta que a partir de 1989, y en razón de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el Recurso Jerárquico debe interponerse ante el Alcalde, que no ante el Concejo Municipal como lo expresa la norma.

2. Control concomitante

Se refiere al control administrativo durante la ejecución de urbanizaciones y edificaciones, vale decir la posibilidad de inspección de las obras durante su ejecución y sancionar las violaciones a la normativa urbanística.

De acuerdo con el artículo 90 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, los organismos municipales competentes inspeccionarán, 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.

La facultad de inspección queda referida tanto a las urbanizaciones y edificaciones iniciadas legalmente, vale decir previa solicitud y/o obtención de la Constancia de Cumplimiento de Variables Urbanas Fundamentales, como a aquellas iniciadas ilegalmente.

A efectos de evitar problemas surgidos con ocasión de la inspección, deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

-Si el propietario o responsable de la obra se niega a permitir el acceso de la Administración Municipal, a efectos de la inspección, no puede forzarse dicho acceso en violación del derecho de propiedad, en razón de lo cual debe obtenerse autorización de Juez competente (Procedimiento de ejecución de sentencias).

-La inspección es un acto de trámite de fundamental importancia, ya que puede dar lugar al inicio de un procedimiento sancionatorio que a su vez dará lugar a un acto final: sanción, de allí que deben observarse algunas formalidades para que no se vea afectada su validez y la de los actos sucesivos. En tal sentido, de toda inspección, sea de una obra iniciada legal o ilegalmente, debe levantarse un acta en el lugar de la obra, por funcionario competente y con conocimiento técnico, la cual deberá ser firmada por el profesional residente o propietario (artículo 92 LOOU).

-La LOOU no establece posibilidad de paralización preventiva mientras se inspecciona la obra, aún cuando la misma se está ejecutando ilegalmente, cuestionándose duramente las supuestas *Paralizaciones Preventivas* de las que algunas veces hacen uso ciertos Municipios.

-De acuerdo al resultado de la inspección tendrá lugar el procedimiento sancionatorio: Si se trata de una infracción cuya sanción corresponde a un órgano distinto de la Administración Municipal (MARNR, MINFRA, ETC.), deberá notificárseles a los fines de que inicie el procedimiento para la aplicación de la sanción correspondiente. Si se trata de una infracción cuya sanción si corresponde al Municipio, se dará inicio al procedimiento sancionatorio correspondiente, a cuyo efecto deberá observarse lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículos 48 y siguientes, ello para garantizarse el debido proceso y el derecho a la defensa de los presuntos responsables, evitando de esta manera incurrir en vicios que comprometan la validez de la eventual sanción.

Por lo que se refiere a las sanciones aplicables: acto final del procedimiento sancionatorio iniciado, las mismas se encuentran expresamente establecidas en 109 de la LOOU, a saber: paralización de la obra, si no hay violación de variables; y paralización, demolición y multa, si hay violación de variables. Además, el párrafo primero y segundo del artículo prevé la restitución y las multas adicionales en caso de daños al ambiente.

Recordamos que las multas que se dicten son actos administrativos, que deben cumplir en su cuerpo documental con las formalidades a que se refiere el artículo 18 de la LOPA, muy especialmente la motivación (expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes. núm.5), el cual parece ser el vicio más frecuente en estos tipos de actos. Debe expresarse cuál es la variable o variables que se violan, en que forma, etc. Igualmente, a efectos del cálculo de la multa debe expresarse correctamente el número de metros a demoler, el valor de cada metro, de dónde sale ese valor (por ejemplo si es el índice la Cámara de la Construcción), etc. Por último, debe establecerse un plazo expreso para el cumplimiento voluntario de la sanción.

Las sanciones que se dicten son actos administrativos que gozan de ejecutividad y ejecutoriedad, en razón de lo cual se constituyen en un título ejecutivo que puede ser ejecutado por la propia Administración. La multa puede ser cobrada judicialmente como título ejecutivo que es, y la orden de demolición puede ser ejecutada por el Municipio a costa del responsable, en caso de negativa a su ejecución. Recordemos sin embargo, que si el sancionado no permite el acceso voluntario a su vivienda a efectos de la ejecución, no podrá accederse por la fuerza al inmueble, sino con el auxilio del Poder Judicial. En todo caso, es siempre recomendable la presencia de un juez o fiscal del Ministerio Público al momento de la demolición forzosa, evitando así cualquier eventualidad o denuncia de exceso en la ejecución.

Además de las sanciones a que se refiere el artículo 109 citado, el artículo 110 *eiusdem* establece una sanción de tipo residual, aplicable a todas las demás actividades contrarias a la LOOU o a los Planes de Ordenación Urbanística o de Desarrollo Urbano Local, no sancionables de acuerdo al artículo 109. Por su parte, el artículo 111 de la Ley citada, nos dice quiénes son los competentes para la aplicación de las sanciones, y dónde ingresará el producto de las multas impuestas.

Finalmente, nos gustaría advertir que la Potestad sancionatoria no es eterna, y que de acuerdo con el artículo 117 de la LOOU, las acciones contra las infracciones de dicha Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la infracción, luego de lo cual ya sería

imposible sancionar la infracción. Igualmente, de acuerdo al artículo 70 de la LOPA, tampoco es eterna la posibilidad de ejecutar el acto sancionatorio una vez dictado, pues la acción que de él deriva para su ejecución prescribe en el término de cinco (5) años.

3. Control posterior

Se refiere al control administrativo que tiene lugar una vez terminada la obra, tendente a determinar si la misma se ejecutó en un todo de conformidad con las variables urbanas fundamentales y con las normas técnicas correspondientes, en razón de lo cual se otorga la *Constancia de Habitabilidad*, cuyo procedimiento lo encontramos establecido en el artículo 95 de la LOOU.

Igualmente, y como parte del control posterior que corresponde al Municipio para velar por el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales que derivan de planes y ordenanzas, tenemos que la obra concluida y habitada puede en todo momento ser inspeccionada por el ente municipal competente, de oficio o a solicitud de parte (denuncia), a los fines de constatar que si han sido objeto de modificaciones no notificadas que atenten contra el orden público urbanístico, pudiendo hacer uso entonces de su potestad de inspección y de su potestad sancionatoria, en los términos a los que se han hecho referencia al hablar del control concomitante.

Finalmente, en lo que toca al control posterior, debe señalarse que la Administración Urbanística suele hacer uso de la potestad anulatoria consagrada en el artículo 83 de la LOPA, mediante la cual pretende, a posteriori, dejar sin efecto la Constancia de Cumplimiento de Variables que considera ha sido otorgada en violación de la Ley. En estos casos, advertimos que sólo puede hacerlo si están presentes las causales de nulidad a que se refiere el artículo 19 de la LOPA y mediante procedimiento administrativo que garantice el ejercicio al afectado de su derecho a la defensa.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de dicha potestad en estos casos vulnera el principio de confianza legítima y compromete la responsabilidad del Municipio por los daños y perjuicios que su ejercicio comporte para el particular.

IV. LA PRESCRIPCIÓN EN DERECHO URBANÍSTICO

Siendo que como ha quedado expuesto el *ius aedificandi* encuentra para su ejercicio toda una serie de limitaciones (Variables Urbanas Fundamentales, cuyo contenido viene dado a través de las diferentes Ordenanzas y demás instrumentos normativos municipales), es evidente entonces que su incumplimiento debe dar lugar a la aplicación de sanciones previamente previstas, pues de lo contrario las mismas carecerían de todo sentido. Tal como ha quedado señalado, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística se ha encargado de establecer toda una serie de sanciones contra su incumplimiento (Título IX), las cuales permiten el ejercicio de la Potestad sancionatoria por parte de la autoridad urbanística, dirigidas fundamentalmente a restituir la violación de la Ley.

Ahora bien, reconocido como lo está hoy el principio de la seguridad jurídica, es evidente que la potestad sancionatoria de la Administración Urbanística (posibilidad de sancionar) no puede ser eterna o limitada en el tiempo, así como tampoco puede serlo la posibilidad de ejecutar las sanciones oportunamente impuestas. En tal sentido, en el presente capítulo estudiaremos las dos prescripciones que tienen lugar en materia ur-

banística, a saber: la prescripción de la potestad para sancionar y la prescripción de la sanción oportunamente impuesta conforme a dicha potestad.

1. Prescripción de la potestad sancionatoria

La posibilidad de sancionar el incumplimiento no nace con la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, como tampoco lo hacen las limitaciones al *ius aedificandi*, ambas existían contenidas en diferentes cuerpos o instrumentos normativos locales, muchos de los cuales aún mantienen una vigencia parcial. Pero lo que sí resulta novedoso es el parágrafo único de su Artículo 117, según el cual:

Las acciones contra las infracciones de la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la fecha de la infracción, a menos que la prescripción fuese interrumpida por actuaciones de la autoridad urbanística nacional o municipal correspondiente.

En efecto, la norma transcrita viene a dar concreción positiva a lo que desde ya hacía mucho tiempo venía apuntando la doctrina, muy especialmente la española, en el sentido de que no pueden existir potestades sancionatorias indefinidas, sino que las mismas deben quedar limitadas en el tiempo. La Potestad sancionatoria consagrada a las autoridades urbanísticas no podría ser indefinida, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica de los administrados. No en balde autores tan importantes como Jesús González Pérez en España han señalado que: “Pugna con principio tan elemental como la seguridad jurídica. No puede concebirse que se admita la prescripción respecto de hechos que merecen las más graves de las sanciones y se niegue para las simples infracciones administrativas. Si en el ámbito penal es incuestionable la aplicación de la prescripción, ¿cómo va a negarse respecto de hechos que constituyen simple falta administrativa? ¿Es que cuando un administrado incurre en infracción jurídico-administrativa, el órgano competente puede incoar el procedimiento sancionador en cualquier momento durante la vida del presunto responsable? ¿Es que jamás va a extinguirse la responsabilidad administrativa por el hecho de que no exista precepto expreso que la establezca? Pugna con la justicia y con la más elemental lógica esta posibilidad de que, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la realización de los hechos, pueda la Administración Pública imponer la sanción”. (Jesús González Pérez. *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*. Civitas. Madrid, 1991, p. 1297). Lo propio ha hecho la Jurisprudencia española, pudiendo citarse la sentencia del 28 de febrero de 1.975 que resume la doctrina jurisprudencial, según la cual: “En el orden administrativo, salvo excepcionales casos de imprescriptibilidad que requieran definición concreta de la Ley, deberá reputarse la prescripción como perteneciente a la misma índole represiva de toda ordenanza sancionadora aunque de forma explícita en ella no se consigne, con viabilidad para su estimación de oficio en correspondencia a este mismo carácter que posee el público impulso represor”. (*Ib. Ib.*)

A nuestro modo de ver no existe lugar a dudas de la importancia trascendental de la norma, y que la misma consagra la prescripción de la potestad sancionatoria de la autoridad urbanística en razón del incumplimiento o inobservancia de los límites impuestos a la actividad urbanística. No cabe frente a ella la discusión doctrinal existente en relación al Artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este caso, es claro que la palabra *acción* empleada por el Legislador no podría quedar referida a otra cosa que a la acción sancionatoria (Potestad sancionatoria) derivada del incumplimiento de la Ley.

La palabra *acción* no siempre debe entenderse referida al instituto procesal, no olvidemos que dentro de la misma queda incluida también la acción (acciones) administrativa, que no es la acción civil, pues ambas guardan significantes diferencias. Basta revisar el texto de la ley para darnos cuenta que no existen *acciones*, entendidas desde el punto de vista procesal, salvo la contenida en su Artículo 102, dirigida exclusivamente a la infracción del uso que, como sabemos, no es la única Variable Urbana Fundamental susceptible de ser violada. No parece lógico pensar que el Legislador haya querido consagrar la prescripción únicamente para una acción que no es extensiva a todas las infracciones o transgresiones posibles. De ser así, ¿para qué emplear el plural *acciones*, cuando del contenido de la Ley se evidencia que sólo existe una?

Además del análisis precedente, debe señalarse que las únicas acciones posibles contra la infracción de la Ley (excepción hecha de la que contempla el artículo 102) las constituyen sin lugar a dudas la aplicación de las sanciones previstas en su texto (Artículos 109 y 110, principalmente), las cuales se deben imponer a través del correspondiente acto administrativo que, como tal, goza de las dos notas esenciales a todo acto: ejecutividad y ejecutoriedad. La primera, entendida como condición de eficacia del acto, y la segunda, como posibilidad de la Administración de ejecutarlo por sí misma. En otras palabras, los actos administrativos no requieren para su ejecución de la intervención de la autoridad judicial, frente a lo cual resulta un absurdo pensar que la palabra *acciones* empleada por el Legislador estaría refiriéndose a la necesidad de ejecución del acto que contiene la sanción por un órgano judicial. Así nos dice Henrique Meier: "...al acto administrativo se le califica como un título jurídico ejecutivo, con fuerza jurídica per se, que no exige del reconocimiento judicial de validez, como si se exige respecto de cualquier otro título jurídico en el mundo de las relaciones jurídicas. Y a esa presunción de validez del acto administrativo que determina su carácter de título ejecutivo, va aparejada otra característica desconocida también en el ámbito del derecho privado: la ejecutoriedad o la potestad del autor del acto, para ejecutar en forma forzosa, con sus propios medios, la obligación establecida en el acto, en caso de resistencia del sujeto particular obligado. Ejecución forzosa que tampoco necesita del concurso judicial..."(Henrique Meier. *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*. Caracas, 1991. p.133).

No existiendo dentro del contexto de la Ley otras acciones posibles frente a su incumplimiento, además de la acción administrativa sancionatoria, luego es evidente que el Legislador quiso de esta forma consagrar la prescripción de la acción sancionatoria o Potestad sancionatoria de la autoridad urbanística, la cual entendió no podía ser indefinida, todo en aras de garantizar la seguridad jurídica que debe prevalecer dentro de un Estado de derecho, siendo esa la prescripción que en definitiva ha quedado consagrada mediante esta norma, en total consonancia con los más modernos criterios doctrinarios nacionales y extranjeros.

Finalmente, y en apoyo a lo que venimos exponiendo, debe destacarse el empleo de la palabra *infracción* usada por el Legislador. Señala la norma: "Las acciones contra las infracciones de la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la fecha de la *infracción*..."(subrayado nuestro). Según la norma, el momento para el cálculo de la prescripción es a partir de la fecha infracción, siendo obvio que en esa oportunidad no existe acto sancionatorio alguno susceptible de ejecución judicial, mal podría entonces el Legislador querer referirse a la acción entendida procesalmente e incurrir luego en tan grande contradicción.

Por lo que toca a cuándo ha de comenzar a contarse el lapso para la prescripción, el párrafo único del Artículo 117 nos señala que es a “partir de la fecha de la infracción”. Sin embargo, tal señalamiento no resulta suficiente en el caso de la violación continuada de la Ley mediante la ejecución ilegal de una edificación o urbanización. A diferencia de otro tipo de actividades, la actividad urbanística (edificación-urbanización) se constituye en una actividad relativamente lenta que se desarrolla dentro de un período de tiempo. Construir una casa, un edificio o una urbanización no es tarea de un día sino de muchos.

En el caso de que se de inicio a una construcción en violación de las limitaciones legales que le corresponden (violación de las Variables Urbanas Fundamentales), es evidente que la actividad ilegal tiene su origen en la fecha de inicio de la construcción, siendo en ese momento que comienza la infracción. Sin embargo, mientras la misma se está ejecutando estamos ante una violación continua de la Ley, en razón de lo cual se mantiene la infracción hasta la definitiva culminación de la obra y es a partir de ese momento cuando debe comenzar a computarse el lapso para que opere la prescripción, excepción hecha de las obras ejecutadas por etapas o fases independientes en las cuales corresponderá al interesado demostrar que se ha producido la prescripción con respecto a alguna de esas fases o etapas.

Mención especial nos merece la Variable Urbana *Uso*, la cual presenta algunos problemas a la hora de determinar el lapso para el cómputo de la prescripción. Si aceptáramos que la actividad ilegal la constituye el uso indebido, contrario a derecho (violación del uso previsto por la zonificación), es evidente entonces que mientras el inmueble sea usado indebidamente se está produciendo una violación continuada de la Ley por efecto de la actividad ilegal y no existiría en consecuencia una fecha cierta a partir de la cual cese la ilegalidad a los efectos del cálculo de la prescripción. Ello así conduciría inevitablemente a la tesis de la imprescriptibilidad, tesis que creemos superada e inaplicable en un Estado de Derecho, guardián de la seguridad jurídica.

Pareciera entonces que lo correcto es considerar el uso indebido como una consecuencia de la construcción del inmueble, siendo dicha construcción (actividad edificatoria) la actividad ilegal que, una vez concluida (terminada la construcción), se consolida como infracción para el cómputo de la prescripción por la violación. No podría ser de otra manera pues cualquier posición encaminada hacia la imprescriptibilidad es inaceptable.

Por lo demás, sería absurdo entrar en posiciones eclécticas que distingan entre el uso referido a la actividad de construcción y el referido a la utilización del inmueble, en el sentido de aceptar la prescripción de la construcción como tal (edificación construida) una vez pasado el lapso de cinco años desde su terminación, no así la de la violación continúa que se produce por su indebida utilización y en razón de lo cual pudiera impedirse su empleo para el uso distinto (impedir el acceso, etc.), pero sin afectar estructuralmente la edificación (imposibilidad de ordenar su demolición).

En cuanto a los efectos de la prescripción, es evidente que ocurrida ésta se extingue la oportunidad de la autoridad urbanística para sancionar la ilegalidad cometida, es decir, la acción administrativa sancionatoria, en razón de lo cual nos parece perfectamente aplicable el criterio jurisprudencial contenido en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, según el cual:

...dicho acto (refiriéndose al acto que declara la prescripción) tiene por efecto crear para el interesado una nueva situación, la de solvente, si fuere el caso, o la de liberado, si también lo fuere; cual es la de la extinción de la sanción o pena, hasta el punto que en base a esa nueva situación ya

el interesado puede sin limitación o restricción alguna reclamar o ejercer otros derechos que antes no podía ejercer por su estado de mora o de incumplimiento. (CPCA: 12-02-1.987. En *Revista de Derecho Público* N° 30. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987, p. 121 -paréntesis nuestro-).

Lógicamente, ningún sentido podría tener por ejemplo la negativa de la administración municipal a otorgar una conformidad de uso a un inmueble ubicado dentro de una parcela con zonificación comercial, bajo el argumento de la existencia de construcciones ilegales respecto a las cuales ha prescrito la oportunidad para su sanción; así como tampoco impedir la refacción de una vivienda debidamente permitida en su oportunidad, por el hecho de que posteriormente se ejecutaron algunas modificaciones violatorias a las limitaciones legales pero ya prescritas y por ende no sancionables.

Sin embargo, la nueva situación creada por la prescripción no puede en ningún caso ser entendida como legitimadora de aquello no permitido por la Ley. Así, cuando contraviniendo las limitaciones impuestas se construye una vivienda en un lugar no permitido (parcela con uso atribuido de parque), si bien la ocurrencia de la prescripción haría imposible su demolición, no podría de ningún modo pretenderse que en base a esa situación la autoridad urbanística deba en el futuro permitir modificaciones o ampliaciones en ella. En el ejemplo anterior relativo a la conformidad de uso, la parcela sí tenía atribuido el uso comercial, luego era un derecho de su propietario obtener la conformidad de uso (requisito esencial previo para obtener la Patente de Industria y Comercio, a su vez requisito imprescindible para el ejercicio de la actividad comercial en cualquier municipio) y la negativa a ese derecho obedecía a la existencia de construcciones ilegales que, al prescribir la oportunidad para su sanción, hacen desaparecer el obstáculo que impedía hacer uso del correspondiente derecho.

2. Prescripción de la sanción

Una vez que la Administración Urbanística, haciendo oportuno uso de su potestad sancionatoria, impone la sanción correspondiente por violaciones al ordenamiento urbanístico, queda por establecer la oportunidad para la ejecución de dichas sanciones.

En efecto, hoy día se reconoce que no existe sanción de tipo penal o administrativa que pueda ser considerada como imprescriptible, pues tal situación atentaría contra la seguridad jurídica, cuestión inaceptable en un Estado de Derecho, de allí que se reconozca como principio del derecho sancionador administrativo, tal y como sucede con el derecho penal, el principio de la prescripción de la sanción, para cuya aplicación ante la inexistencia de lapsos especiales de prescripción es válido recurrir a la analogía. Así, nos dice la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de fecha 19 de febrero de 1987 que: "...el principio general contenido en el artículo 112 del Código Penal, de que las penas se extinguen por el transcurso del tiempo, es perfectamente aplicable a las sanciones administrativas, que no tengan una normativa especialmente establecida en este mismo aspecto..." (vid. *Revista de Derecho Público* N° 29, pp.113 a 115).

Además de la aplicación de la norma penal, podría sostenerse la aplicación de la prescripción a que se refiere el artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Algunos piensan que dicha norma no es aplicable en estos casos, en tanto y en cuanto el Legislador en dicha norma se refiere a la prescripción de la acción, que no de la sanción. Sin embargo, apuntamos nosotros, sabido es que el acto administrativo goza de ejecutividad y ejecutoriedad, de donde son muy pocos los casos en los que se requie-

re una acción judicial para la ejecución del acto. Planteado lo anterior, pensamos que en realidad la norma a lo que se refiere es a la acción (potestad) de la Administración para ejecutar ella misma sus actos, por lo cual se estaría consagrando la prescripción de la sanción: si ya no se puede ejecutar la sanción es evidente que prescribió.

Planteadas las dos tesis, es evidente que la primera es más favorable para el administrado, pues el lapso es más corto. La segunda, por el contrario, es más favorable a la Administración. En todo caso, se acepte una u otra, lo importante es saber que la posibilidad de ejecución no puede ser eterna, de allí que la Administración debe ser diligente en ejecutar la sanción impuesta, pues de lo contrario ya no podrá hacerlo.

V. CONTROL JUDICIAL

En este último capítulo nos referimos brevemente al control judicial que atañe tanto a las ordenanzas urbanísticas, como a las actuaciones de naturaleza administrativa emanadas de la Administración Urbanística.

En primer lugar, y por lo que corresponde a las Ordenanzas Urbanísticas, el criterio actual es que son actos de naturaleza sub-legal, cuya nulidad por inconstitucionalidad será conocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando las mismas hayan sido dictadas en ejecución directa de la Constitución.

Por el contrario, si no han sido dictadas en ejecución directa de la Constitución, entonces la competencia será de la sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, si se impugnan por razones de inconstitucionalidad, o de los Tribunales Superiores en lo Contencioso-Administrativo, cuando se impugnen por razones de ilegalidad.

El anterior criterio lo encontramos expresado en Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de noviembre de 2001 (Exp: 00-2517 Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad e ilegalidad contra la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara-), la cual a tenor de lo expresado en su texto “...*debe considerarse como una interpretación vinculante de la Constitución, obligatoria para todos los tribunales del país, incluyendo las demás Salas del Máximo Tribunal de la República...*”

En cuanto a los Planos anexos a las Ordenanzas Urbanísticas (específicamente las Ordenanzas de Zonificación), el criterio no ha variado en cuanto a considerar que dichos Planos son actos administrativos de efectos particulares, dado que es la previsión en el plano anexo a las ordenanzas de zonificación, la que determina el acto concreto de asignación de zonificación. El acto administrativo de zonificación del suelo urbano, es decir, de asignación de uso al suelo, es un acto administrativo de efectos particulares declarativo de derechos a favor de sus propietarios (CPCA: 29-04-1997. Caso: *Electricidad de Caracas*).

En segundo lugar, y respecto al control judicial de las actuaciones de naturaleza administrativa emanadas de la Administración Urbanística, a saber: asignación de zonificación; consultas previas; actos de control previo, concomitante y posterior; y los actos derivados de la habitabilidad de la obra, el mismo se logra mediante el ejercicio de la acción de nulidad a que se refiere el artículo 121 de la LOCSJ.

La competencia en estos casos será de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo en Primera Instancia, y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Segunda Instancia. Sin embargo, si se alegaren razones de inconstitucionalidad, la competente será en única instancia la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 181 LOCSJ).

La legitimidad para la interposición de la acción corresponderá de conformidad con lo establecido en el artículo 121 de la LOCSJ a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo; a quienes estén en una especial situación de hecho frente al acto impugnado (CSJ-SPA: 06-02-1964 -Moreau Meyer-; 20-07-1965 -Sanitarios Maracay- y 03-10-1985 -Sanitarios Maracay-); así como a las Asociaciones de Vecinos respecto de las decisiones dictadas por la Administración Urbanística como consecuencia del derecho consagrado a su favor por el artículo 104 de la LOOU.

Respecto al agotamiento previo de la vía administrativa (Recursos Administrativos: Reconsideración y Jerárquico), como requisito de admisibilidad de la acción, ello resulta obligatorio en razón del criterio judicial vigente, contenido en sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ de fecha 27 de marzo de 2001 (caso: *Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández*), según el cual "...el artículo 124 ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no vulnera el derecho al acceso a la justicia consagrado en el artículo 26 de la Constitución", superándose el criterio de la CPCA que apuntaba a la inconstitucionalidad de dicho requisito, expresado en fallo del 24 de mayo de 2000 (caso: *Raúl Rodríguez Ruíz*).

En todo caso, vale la pena recordar que de acuerdo a lo que establece el num. 9, artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con su disposición transitoria séptima, una vez que entre en vigencia la Ley Orgánica que regule a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el agotamiento de la vía administrativa tendrá carácter opcional, y no será ya obligatorio.

En relación a la tutela cautelar respecto de los actos administrativos urbanísticos, en sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 9 de noviembre de 2000 (caso: *Inversiones Full Visión, C.A.*), se ha sostenido que la ejecución forzosa de las sanciones urbanística no procede antes de que el acto quede firme en vía administrativa, posición que venía sosteniendo un importante sector de nuestra doctrina. En todo caso, siempre será posible, en vía administrativa, solicitar la medida de suspensión, consagrada a nivel general, en el artículo 87 de la LOPA.

En vía judicial, se aceptan todas las técnicas cautelares previstas en nuestra legislación, tales como la suspensión de efectos prevista en el artículo 136 de la LOCSJ, las medidas cautelares innominadas (art. 588 del CPC) y el Amparo cautelar (art 5 LO-ASDGC). Además de lo anterior, en sede judicial, será aplicable, preferentemente, la medida cautelar que con carácter de especialidad, consagra el artículo 94 de la LOOU, cuya procedencia no está sujeta a la verificación por parte del Juez de los requisitos relativos a la presunción del buen derecho (*fumus boni iuris*) y el perjuicio irreparable (*periculum in mora*), sino a la prestación por el solicitante de caución suficiente, a satisfacción del Tribunal (TS1º CA: 21-07-2000: caso: *Asoc. Civil Valle Arriba Athletic Club*).

Finalmente, vale la pena citar la sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 20 de noviembre de 2000 (caso: *Asociación Civil Caracas Country Club*), según la cual: La Constancia de Cum-

plimiento de Variables Urbanas Fundamentales no es requisito para el inicio de la construcción de acuerdo con lo establecido en el art. 84 de la LOOU. En virtud de ello, el Tribunal consideró que la suspensión de efectos de dicha Constancia, en nada contribuiría a evitar la construcción, pues la ejecución de la edificación no es un efecto de la Constancia, sino un derecho que asiste al propietario por la sola notificación del inicio de obras.

Otra acción existente dentro del contencioso urbanístico, es el la acción de abstención o carencia, a que se refiere el artículo 42, núm. 23 de la LOCSJ, que es el medio judicial para exigir a la Administración Urbanística el cumplimiento de sus obligaciones, y procede siempre que ésta se abstenga de realizar una actuación a la que está obligada, o se niegue expresamente a ello. Dicha acción cobra mayor vigencia hoy día a la luz de la nueva tendencia judicial respecto del silencio administrativo, y así lo puso de manifiesto la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en su decisión de fecha 2 de octubre de 2001 (caso: *Plaza las Américas -Inmobiliaria 4.000, C.A.*).

En cuanto a la acción de amparo constitucional, la misma es procedente en el caso de violaciones directas de la Administración Urbanística a las garantías y derechos constitucionales de los administrados. Así por ejemplo, para el caso de las vías de hecho. Ejp: demolición sin mediar acto sancionatorio previo. (JS1º Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Contencioso-Administrativo de Ciudad Bolívar: 29-10-1998; caso: *CVG vs. Alcaldía del Municipio Caroní*).

Por lo que atañe a la Responsabilidad del Municipio por el hecho de las actuaciones urbanísticas, tenemos que la misma puede derivar del funcionamiento anormal (responsabilidad subjetiva), o tener fundamento un sacrificio particular, como lo sería el supuesto de las lesiones derivadas de las cargas lícitas impuestas. En estos casos no hay que agotar el procedimiento previo de las demandas contra la República, previsto en los arts. 30 y ss de la LOPGR. En cuanto a la competencia, la misma corresponde en primera instancia a los Tribunales Ordinarios (art. 183, núm. 1º LOCSJ); y en segunda instancia a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos (art. 182, núm. 3 *eiusdem*). Pero, cuando se solicite la nulidad del acto y conjuntamente la indemnización por daños y perjuicios (plena jurisdicción), los Tribunales competentes en Primera Instancia serán los Superiores Contencioso-Administrativos (art. 181 LOCSJ), y en alzada conocerá la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Por último, debemos señalar la existencia de un procedimiento especial, denominado "*Procedimiento para la Defensa de la Zonificación*", el cual se encuentra consagrado en el artículos 102 y 103 de la LOOU, mediante el cual los interesados podrán acudir directamente ante un Juez de Municipio, órgano competente hoy día para este tipo de actuaciones, solicitando la paralización de la obra en caso de que la misma sea ilegal, mecanismo que obliga al ejecutor (constructor) a acudir ante el órgano municipal a solicitar la autorización correspondiente, pues de lo contrario el Juez no le permitirá continuar la obra. Obviamente, en caso de que la obra en cuestión no sea permisible, la misma deberá mantenerse paralizada y el órgano municipal, a petición de los interesados, deberá instruir el procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente, a los fines de proceder a ordenar su demolición.

BIBLIOGRAFÍA

- BREWER CARÍAS Allan-Randolph, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.
- BREWER CARÍAS Allan-Randolph y otros, *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989.
- ARAUJO JUÁREZ, José, *El Control de la Ejecución de Urbanizaciones y Edificaciones, en 200 Años del Colegio de Abogados T.1*, Caracas 1989.
- AYALA CORAO, Carlos M., *Jurisprudencia de Urbanismo (1947-1987)*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1988.
- AYALA CORAO, Carlos M., “Notas sobre la Participación Ciudadana en la Planificación Territorial” en *Revista de Derecho Urbanístico* n° 2, Caracas 1993.
- GARRIDO ROVIRA, Juan, *Ordenación Urbanística*, Caracas 1988.
- GEIGEL LOPE-BELLO, Nelson, *Urbanismo, Poder Público y Participación Ciudadana*, Univeridad Simón Bolívar. Caracas 1993.
- GEIGEL LOPE-BELLO, Nelson, *Planificación y Urbanismo*, Universidad Simón Bolívar, Caracas 1994.
- GRIMALDI CASTRO, Lindolfo, *Interpretación y Reglamentación de las Variables Urbanas Fundamentales*, Universidad Simón Bolívar, Caracas 1994.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando, *Comunidad, Urbanismo y Construcción en Venezuela*, Caracas 1993.
- SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena, *Aspectos Jurídicos de la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977.
- TORREALBA NARVÁEZ, Luis, *Aspectos Jurídicos del Urbanismo en Venezuela*, Caracas 1970.
- “Régimen Jurídico del Urbánismo”, Badell & Grau, *Colección Cuadernos Jurídicos* N° 8, Editorial Torino. Caracas, 2000.
- “Derecho Urbanístico”, Instituto de Derecho Público, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Universidad Central de Venezuela 1983.
- Revista de Derecho Urbanístico*, Tomos 0 al 6, Editorial Urbanitas.

§ 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS

Carlos Ayala Corao
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución venezolana de 1999 es en términos generales, un texto fundamental que contiene valores e instituciones democráticas. En este sentido, la Constitución consagra un régimen de derechos humanos -al cual muchos contribuimos con nuestros aportes- que recoge las más avanzadas tendencias universales. Así mismo, la Constitución contiene un amplio esquema de democracia de representación participativa que incluye -además de las formas de democracia representativa, llamada en el texto *electiva*- diversas modalidades de democracia directa mediante iniciativas, consultas y referendos, entre otros; y además, creó modernas instituciones constitucionales como son la Defensoría del Pueblo y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, así como importantes regulaciones sobre la protección de la Constitución y los estados de excepción.

No obstante ello, la Constitución de 1999 ha sido la más militarista de nuestra historia republicana. La Constitución llegó al extremo de crear un Título (VII), equivalente en jerarquía al de los derechos humanos o al del poder público, pero preocupantemente fuera de éste último, para establecer normas sobre la seguridad de la Nación y regular a la Fuerza Armada Nacional. En todo caso, nunca antes se había logrado incorporar en nuestra Constitución una concepción orgánica y funcional de la Fuerza Armada con privilegios y beneficios exorbitantes para sus integrantes, eliminando además su carácter *no deliberante*. Este esquema, lejos de favorecer la doctrina militar democrática o incluso a sus integrantes, ha debilitado el esquema institucional de la Fuerza Armada dentro del Estado de Derecho Democrático en Venezuela.

En efecto, pocas constituciones democráticas del mundo contienen títulos o capítulos completos dedicados a la seguridad de la Nación. Los ejemplos que existen no son los más halagadores ni los más democráticos: la Constitución chilena redactada por el régimen dictatorial de Pinochet y la Constitución peruana redactada por el régimen autoritario de Fujimori y Montesinos. La Constitución de 1999 incorporó en el Título VII De la Seguridad de la Nación, dos Capítulos sobre los Principios de Seguridad de la Nación y sobre las Disposiciones Generales, que contienen disposiciones polémicas para una concepción democrática de la seguridad y defensa.

Entre los aspectos objetables a esta normativa se encuentra en primer lugar, la propia concepción de los principios de la seguridad, ya que la norma establece que ésta se fundamenta en la “*corresponsabilidad* entre el Estado y la sociedad civil” (art. 326). Lo cierto es que la seguridad es una obligación en cabeza del propio Estado, quien no puede pretender *desestatizarla* en la sociedad civil ni tampoco colocar a ésta en un plano de igualdad frente a su deber de garantizarla a toda la Nación. La seguridad de un Estado

en una concepción democrática se fundamenta en valores -pre-cisamente como los de paz, los derechos humanos y la democracia contenidos en la propia norma-, pero ello no puede llevar a colocar a la sociedad civil en el mismo nivel de responsabilidad que el propio Estado, quien cuenta con los recursos necesarios para garantizarla y está sometido a un régimen de responsabilidad interior e internacional no aplicable a los particulares.

Entre los Principios de la Seguridad de la Nación, la Constitución de 1999 consagra las *franjas de seguridad fronteriza*, cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, doblamiento y utilización serán regulados por la ley (art. 327):

La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, doblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Estas franjas o zonas de seguridad fronteriza, en los términos expuestos por la norma constitucional, suponen, en primer lugar, su ubicación precisamente en áreas contiguas a las fronteras internacionales de Venezuela y no por tanto, en las zonas no consideradas geográficamente dentro de tal entorno. En segundo lugar, es sólo mediante ley que se puede establecer el régimen de estas áreas en cuanto a la determinación de su amplitud, regímenes especiales económicos y sociales, su poblamiento y utilización. Y en tercer lugar, este régimen, en todo caso, debe proteger los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Por otro lado, la Constitución extiende el principio de la *corresponsabilidad* en materia de seguridad, no sólo al ámbito propiamente militar, sino además, a los ámbitos cultural, social, económico y político, entre otros. Ciertamente resulta peligroso en el marco de una sociedad democrática, extender la concepción de la seguridad de la Nación más allá de la esfera esencialmente necesaria como es precisamente la militar, ya que ello lleva a deformar los valores propios de la cultura, la política y lo social, máxime si esos asuntos conciernen a operaciones de la seguridad y el Ejecutivo Nacional se reserva su *clasificación y divulgación* (art. 325). No puede condicionarse, por tanto, los ámbitos propios de la sociedad, la cultura y la política a las concepciones propias de la seguridad, sin correr el peligro de deformar sus contenidos propios. Por ello, una noción amplia de la seguridad es más propia de regímenes autoritarios que desarrollaron doctrinas sobre la seguridad nacional en todos los ámbitos incluido el desarrollo nacional, resulta contraria a los límites aceptables en una sociedad democrática.

Tampoco resulta aceptable en un Estado Democrático y de orientación pacifista como por demás lo proclama la Constitución de 1999, crear a nivel constitucional un cuerpo como el *Consejo de Defensa de la Nación*, como el “máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación...”, a quien le corresponde “establecer el concepto estratégico de la Nación, máxime cuando en este extraño órgano se incluyen por mandato constitucional expreso a poderes que gozan de independencia y autonomía respecto al Poder Ejecutivo y al Presidente(a) de la República quien lo preside, como son el Presidente(a) de la Asamblea Nacional, el Presidente(a) del Tribunal Supremo de Justicia y el Presidente(a) del Consejo Moral Republicano (art. 323). Se trata de un peligroso mecanismo con facultades sospechosas, el cual es dominado en su mayoría por representantes del Poder Ejecutivo y presidido por el Presidente(a) de la República, y que

puede llegar a imponer un concepto estratégico nacional sobre la defensa nacional a los demás poderes públicos, a quienes por demás en el ejercicio de sus funciones constitucionales propias les es ajeno ese concepto, -independientemente de que estén obligados a formar parte de dicho organismo. Por lo cual, resulta impertinente e inapropiada la incorporación en la Constitución de 1999 de la figura del Consejo de Defensa de la Nación, tan peligrosa para la democracia en las funciones asignadas y tan contraria a los principios del Estado de derecho -como la separación e independencia de los poderes públicos- en su integración.

En fecha 8 de septiembre de 2002, el Presidente de la República de Venezuela dictó ocho (8) decretos mediante los cuales creó y reglamentó ocho *zonas de seguridad* en la zona metropolitana de Caracas. Dichos decretos se fundamentaron en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa de 1976. Pocos días después, el 19 de septiembre de ese mismo año, el Ministro de la Defensa dictó ocho resoluciones mediante las cuales estableció reglamentaciones adicionales -inconstitucionales e ilegales- a los bienes, las actividades y el ejercicio de los derechos constitucionales en dichas zonas. En definitiva, mediante dichos decretos afectan como zonas de seguridad una superficie aproximada de más de seis millones de metros cuadrados del área metropolitana de Caracas, que incluye áreas residenciales (casas y edificios), centros comerciales, embajadas, parques, autopistas, calles, áreas verdes, etc.

Entre los *consideranda* de los Decretos objeto de análisis, se evidencia que el Ejecutivo Nacional partió de falsos supuestos de hecho para justificar su proceder. En efecto, la situación fáctica nunca justificaría la declaratoria de zonas de seguridad, en los términos en que lo resolvió el Ejecutivo Nacional, ya que es evidente que el establecimiento de dichas zonas de seguridad se justificaría en la medida que las instalaciones militares estén en peligro en virtud de conflicto interior o externo. Pero es el caso, que en tiempo de paz, no hay peligro de un conflicto armado y no se está atentando de ninguna manera contra la seguridad de las instalaciones militares.

Estos Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional, señalan “Que es de vital importancia para las instalaciones militares la determinación de sus zonas de seguridad, con el fin de que el Ministerio de la Defensa pueda ejercer el debido control y protegerlas ante cualquier situación, interna o externa, que pueda constituir riesgo para la seguridad de las mismas”. Asimismo, el Ejecutivo Nacional consideró en estos Decretos, que es indispensable conocer los espacios adyacentes a las instalaciones militares, “así como las actividades que en los mismos se desarrollan, garantizando la debida adopción de las medidas tendentes a resguardarlos y a proteger a la población que en ellos habitan”. Por último, dichos Decretos se justifican, en el hecho de que los estudios realizados en las zonas adyacentes a las instalaciones militares “determinaron que actividades o factores allí presentes, constituyen riesgo para su seguridad”.

El área cubierta por los ocho Decretos que declararon en el 2002 las ocho zonas de seguridad en el área metropolitana de Caracas, resulta, en primer lugar, desproporcionado al ámbito espacial de aplicación de dichos actos administrativos, con lo cual pareciera que la intención del Ejecutivo Nacional, más que resguardar instalaciones militares, lo que pretendió fue militarizar una parte de la ciudad. La simple constatación de la realidad del país nos lleva a concluir, que ninguna de las instalaciones militares referidas tiene riesgo manifiesto en cuanto a su seguridad, por situaciones internas o externas. No está planteada una situación de invasión por país extranjero ni un enfrentamiento bélico en nuestro país. Además, la desproporción e irracionalidad de los actos estatales objeto de este estudio está dada en la medida que no son identificables actividades en

las zonas adyacentes a dichas instalaciones militares que atenten contra su seguridad. Se partió así de un falso supuesto al fundamentar dichos Decretos en unas supuestas y nunca demostradas “amenazas internas o externas a la integridad de esas instalaciones, o cualquier otra actividad” que signifiquen real riesgo y que ameriten la aplicación de medidas tan excepcionales que limitan derechos fundamentales de los particulares.

Sería totalmente absurdo pensar que oficinas, comercios, dependencias bancarias, empresas prestadoras de servicio público y edificaciones residenciales, entre otras, pudieran por su actividad, constituir peligro a la seguridad de las instalaciones militares, más aún cuando están situadas dichas zonas de seguridad en el casco urbano de una ciudad y han permanecido allí por más de medio siglo en muchos de los casos. Resulta absurdo por tanto, en virtud de la gran extensión de las zonas de seguridad decretadas, que zonas tan distantes para las bases militares puedan significar cualquier tipo de riesgo a las instalaciones que se pretenden resguardar, cuando toda la vida han coexistido por estar situadas en una gran ciudad.

Por ello resulta arbitrario imponer en estas zonas de seguridad, limitaciones graves al derecho de propiedad de miles de ciudadanos y extranjeros, empresas, comercios e industrias en áreas tan extensas de una ciudad capital, partiendo de supuestos etéreos, no veraces, irreales y no comprobados. Generalidades como que “se determinaron que actividades o factores allí presentes, constituyen riesgo para su seguridad”, en ningún momento pueden justificar actos estatales como los aquí comentados, los cuales pretenden imponer un régimen militar en una ciudad capital y limitar y restringir el ejercicio de derechos fundamentales. Todo ello lo que demuestra es la desproporción e irracionalidad de la actuación estatal al dictar los decretos comentados. Sobre el particular, a los pocos días de dictados los decretos y resoluciones sobre las ocho zonas de seguridad en Caracas, una de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos más prestigiosas de Venezuela (PROVEA), hizo pública su posición de rechazo a la concepción de seguridad nacional contenida en dichos instrumentos jurídicos, al expresar lo siguiente¹:

Es importante esa seguridad de las instituciones porque se trata de la seguridad de la población: garantizar que pueda ejercer esos derechos. Ahora bien, ¿Significa esto que es legítimo el decreto que crea las 8 zonas de seguridad? No. Ese decreto le otorga preeminencia a la seguridad de las instituciones (dependencias estatales, militares y comunicacionales) por encima de la seguridad de la población, esto es, por encima de sus derechos. Es evidente que está concebido para obstaculizar acciones de protesta de la oposición. Acciones que, aún aquellas cuyo discurso es abiertamente golpista, no constituyen, en sí mismas, un peligro proporcional a la medida que el Ejecutivo activó. El ejercicio del derecho a la manifestación pacífica y sin armas no puede ser concebido como una amenaza para la seguridad del Estado. Por tal razón, Provea condena este decreto y llama al Ejecutivo a rectificar, derogándolo de inmediato.

II. LOS ACTOS ESTATALES RELATIVOS A LAS ZONAS DE SEGURIDAD

El régimen jurídico de las *zonas de seguridad* en Venezuela y particularmente el relativo a las ubicadas en la zona metropolitana de la ciudad de Caracas, conforme a los decretos dictados en el año 2002, se encuentra regulado en la actualidad en los siguientes actos del poder público nacional:

1. *Provea*, Derechos Humanos y Coyuntura, n° 101, 27-09-02.

1. *Ley Orgánica de Seguridad y Defensa*²;
2. *Ley Orgánica de Seguridad de la Nación*³;
3. *Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad*⁴;
4. *Decreto N° 1.968* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* del *Cuartel General de Brigada Arturo Sánchez*⁵;
5. *Decreto N° 1.969* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Base Aérea Generalísimo Francisco de Miranda*⁶;
6. *Decreto N° 1.970* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de *Fuerte Militar Tiuna*⁷;
7. *Decreto N° 1.971* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Comandancia General de la Armada*⁸;
8. *Decreto N° 1.972* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* del *Cuartel General de la Comandancia General de la Guardia de Venezuela*⁹;
9. *Decreto N° 1.973* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Dirección de Hidrografía y Navegación de la Armada*¹⁰;
10. *Decreto N° 1.974* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* de la *Compañía Anónima Venezolana de Televisión*¹¹;
11. *Decreto N° 1.975* emanado del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad* del *Servicio Autónomo Radio Nacional de Venezuela*¹²;
12. *Resolución N° DG-18020* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.968 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo¹³;
13. *Resolución N° DG-18021* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado De-

2. G.O. Extraordinaria n° 1.899 de fecha 26 de agosto de 1976.

3. G.O. n° 37.594 de fecha 18 de diciembre de 2002.

4. G.O. n° 33.469 del 14 de mayo de 1986.

5. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.

6. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.

7. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.

8. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.

9. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.

10. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002, Anexo n° 7.

11. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.

12. G.O. n° 37.530 de fecha 18 de septiembre de 2002.

13. G.O. Extraordinaria n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

creto N° 1.969 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo¹⁴;

14. *Resolución N° DG-18022* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.970 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo¹⁵;
15. *Resolución N° DG-18023* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.971 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo¹⁶;
16. *Resolución N° DG-18024* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.972 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo¹⁷;
17. *Resolución N° DG-18025* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.973 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo¹⁸;
18. *Resolución N° DG-18026* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.974 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo¹⁹; y
19. *Resolución N° DG-18027* emanada del *Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.975 de 17-9-02 se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo²⁰.

Estos actos estatales contienen el régimen jurídico que regula las zonas de seguridad y sus efectos jurídicos, en los siguientes términos:

1. La Ley Orgánica de Seguridad y Defensa

La *Ley Orgánica de Seguridad y Defensa* de 1976 (en lo adelante también *LOSD*) es de carácter preconstitucional y contiene un régimen de la seguridad y defensa abiertamente incompatible en algunas de sus regulaciones con la Constitución de 1999.

Conforme a dicho régimen legal, se establecen como *Zonas de Seguridad* con la extensión que determine el Ejecutivo Nacional oída la opinión del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, las siguientes: a) una franja adyacente a la orilla del mar, de los lagos y ríos navegables; b) la zona que circunda las instalaciones militares y las indus-

14. *G.O. Extraordinaria* n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

15. *G.O. Extraordinaria* n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

16. *G.O. Extraordinaria* n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

17. *G.O. Extraordinaria* n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

18. *G.O. Extraordinaria* n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

19. *G.O. Extraordinaria* n° 5.603 de fecha 19 de septiembre de 2002.

20. *G.O. Extraordinaria* n° 5.603 de fecha 19 de Septiembre de 2002.

trias básicas y c) cualquiera otra zona que considere necesaria para la seguridad y defensa de la República (art. 15).

La declaratoria de un territorio como Zona de Seguridad tiene por efecto jurídico establecido en la LOSD la imposición de una restricción exorbitante para los *extranjeros*, con relación a los derechos que éstos tengan o puedan llegar a tener sobre los inmuebles ubicados en dichas zonas (art. 16):

Ningún extranjero podrá adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas sin autorización escrita del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de la Defensa, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la Zona de Seguridad Fronteriza creada en esta Ley y en la zona de seguridad prevista en el literal b) del artículo anterior.

Los Registradores, Jueces, Notarios y demás funcionarios con facultad para dar fe pública, se abstendrán de autorizar los documentos que se presenten para su otorgamiento con violación de las disposiciones contenidas en este artículo, so pena de nulidad.

Se consideran personas interpuestas a los efectos de esta Ley, además de las contempladas en el Código Civil, las sociedades, asociaciones y comunidades en las cuales una persona natural o jurídica extranjeras, sea socio, accionista, asociado o comunero con poder de decisión.

Parágrafo Único

Todo extranjero propietario o detentador por cualquier título de bienes inmuebles en las Zonas de Seguridad previstas en los literales a) y c) del artículo anterior, una vez fijada su extensión, está en la obligación de declararlo dentro de un plazo no mayor de 60 días a contar de la fecha en que suscriba el contrato público o privado respectivo, por ante la Primera Autoridad Civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien enviará dicha declaración, con los recaudos que señale el Reglamento dentro de un plazo no mayor de 30 días, a la Secretaría del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa.

En primer lugar, la LOSD establece (art. 16) que *ningún extranjero podrá adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, sin autorización escrita del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de la Defensa, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la Zona de Seguridad Fronteriza creada en esta Ley y en la zona de seguridad que circunda las instalaciones militares y las industrias básicas.*

En consecuencia, los Registradores, Jueces, Notarios y demás funcionarios con facultad para dar fe pública, se abstendrán de autorizar los documentos que se presenten para su otorgamiento con violación de las disposiciones contenidas en este artículo, so pena de nulidad.

A los efectos de la restricción establecida en la LOSD se consideran *personas interpuestas*, además de las contempladas en el Código Civil, las sociedades, asociaciones y comunidades en las cuales una persona natural o jurídica extranjera, sea socio, accionista, asociado o comunero con *poder de decisión*.

En segundo lugar, la LOSD establece (art. 16) que *todo extranjero propietario o detentador por cualquier título de bienes inmuebles en las Zonas de Seguridad previstas en los literales a) (una franja adyacente a la orilla del mar, de los lagos y ríos navegables) y c) (cualquiera otra zona que considere necesaria para la seguridad y defensa de la República), una vez fijada su extensión, está en la obligación de declararlo dentro de un plazo no mayor de sesenta (60) días a contar de la fecha en que suscriba el contrato público o privado respectivo, por ante la Primera Autoridad Civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien enviará dicha declaración, con los recaudos que señale el Reglamento dentro de un plazo no mayor de 30 días, a la Secretaría del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa.*

A efectos aclaratorios debemos señalar que el 18 de diciembre de 2002, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela sancionó la *Ley Orgánica de Seguridad de la Nación* (en lo adelante también *LOSN*)²¹.

Conforme al artículo 61 de la *LOSN*, “queda derogada la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 1.899, Extraordinario, de fecha 26 de agosto de 1976; así mismo quedan derogadas todas las normas que en cuanto a la Seguridad de la Nación colindan con la presente Ley”.

Sin embargo, el artículo 58 *eiusdem*, dispone que “*Las leyes y reglamentos que regulan los procedimientos para la declaratoria de las zonas de seguridad y el control de los bienes, personas y actividades que ahí se encuentran, se mantendrán vigentes siempre que no colindan con la presente Ley, hasta la promulgación del reglamento respectivo*”. (Subrayados añadidos).

Por lo cual, resulta evidente que si bien el legislador dispuso la derogatoria de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (*LOSD*) por la entrada en vigencia de la *LOSN*, esta última habría dispuesto la continuación temporal de la vigencia de las leyes -como es el caso de la *LOSD*- y sus reglamentos -como es el caso del Reglamento Parcial N° 2 de la *LOSD* relativos a las *zonas de seguridad*, así como el control de los bienes, personas y actividades que ahí se encuentran.

En el caso concreto, a pesar de que la *LOSN* establece expresamente que la *LOSD* de 1976, queda derogada en su totalidad, no es así respecto al régimen de las *zonas de seguridad* que hayan sido anteriormente creadas y reguladas por el Ejecutivo Nacional con base en esa Ley de 1976, ya que éstas continuarán rigiéndose por la ley anterior (*LOSD*), siempre y cuando ello no colida con la ley nueva (*LOSN*).

Este fenómeno jurídico es conocido en la doctrina como la *ultra actividad de la Ley*, es decir, cuando una ley extiende sus efectos en el tiempo a situaciones generadas durante su vigencia, a pesar de que con posterioridad se cree una nueva ley que la sustituya.

El supuesto de la *ultra actividad* de la ley, conforme al Profesor Sánchez-Covisa, podría enunciarse de la siguiente manera: “La ley no regula las consecuencias futuras de supuestos de hechos pasados, es decir, no afecta a los efectos jurídicos producidos después de su vigencia, cuando tales efectos son consecuencia de un hecho anterior”²². Este mismo autor más adelante establece que “una nueva ley se aplicará o no a las relaciones en curso, según sus preceptos sean o no de orden público, es decir, según no sean o sean modificables por la voluntad de los particulares. Aunque sea algo evidente por sí mismo, creemos conveniente hacer la salvedad de que este principio tiene un límite en la propia voluntad de la ley. Ello quiere decir que, aunque una ley de orden público sea aplicable inmediatamente, sin que ello implique efectos retroactivos, a todas las relaciones en curso, la propia ley tiene, naturalmente, plena facultad para limitar su esfera de acción determinando, de manera expresa o tácita, que se aplicará solamente a las relaciones que se formen en lo sucesivo. De ese principio se deriva además la importante consecuencia de que, siendo la propia ley la que determina si sus preceptos son o no son de orden público, ella es exclusivamente la que decide en qué medida debe aplicarse a los efectos futuros de las relaciones existentes. Es decir, así como el respeto de

21. Publicada en la *G.O.* n° 37.594 de 18-12-2002.

22. SÁNCHEZ-COVISA HERNANDO, Joaquín, “La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”, *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas 1956. p. 156.

*los hechos pasados y a los efectos pasados de tales hechos son conceptos distintos y anteriores a la ley, el respeto a los efectos futuros es un concepto que sólo puede construirse en función de la propia voluntad de la ley” (destacados del autor y negrillas nuestras)*²³.

A mayor abundamiento respecto al tema, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-619/01, de fecha 14 de junio de 2001, ha señalado sobre la constitucionalidad de la *ultra actividad de las leyes*, que:

Así como el legislador tiene competencia para mantener en el ordenamiento jurídico las leyes hasta el momento en que encuentra conveniente derogarlas, modificarlas o subrogarlas, de igual manera puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. *La aplicación ultraactiva, entendida como la determinación legal según la cual una ley antigua debe surtir efectos después de su derogación*, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador, para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por motivos de conveniencia que estime razonable (...) (Resaltados añadidos)²⁴

Así, teniendo en cuenta que, el legislador tiene la facultad para determinar los efectos de la ley en el tiempo, siempre que no se quebranten los principios y las garantías fundamentales de aplicación de la ley, éste puede determinar que, a pesar de que una ley haya sido derogada, ésta puede seguir manteniendo su vigencia -en cuanto a la regulación de los efectos posteriores de determinadas situaciones que hayan sido creadas con anterioridad. En estos casos, los juzgadores mantienen la facultad de seguir en conocimiento de los casos que tengan como objeto la aplicación de dichas normas, hasta que las mismas pierdan su vigencia.

De esta forma, a pesar de que el artículo 61 de la LOSN establece expresamente que, la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa de 1976 queda derogada por esta nueva Ley, no es el caso del artículo 16 de la Ley de Seguridad y Defensa de 1976 y el Reglamento N° 2. En efecto, conforme al artículo 58 de la LOSN dichas normas de la ley derogada continuarían en vigencia, por contener regulaciones relativas a las zonas de seguridad y el régimen de las personas, los bienes y las actividades, hasta tanto el nuevo reglamento sea dictado.

Es por ello que, manteniendo su vigencia el artículo 16 de la LOSD, puesto la jurisdicción constitucional conserva su facultad para conocer de su impugnación y, por tanto, tiene materia sobre la cual decidir, en virtud de la vigencia de tales dispositivos.

2. La Ley Orgánica de Seguridad de la Nación

La *Ley Orgánica de Seguridad de la Nación* del año 2002²⁵ dispone en su artículo 52 que,

Los reglamentos especiales de las zonas de seguridad, determinarán el procedimiento para su declaratoria, el régimen sobre personas, bienes y actividades en las mismas, así como las sanciones a que hubiere lugar, todo de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y el ordenamiento legal vigente.

23. SÁNCHEZ-COVISA HERNANDO, Joaquín, *ob. cit.*, pp. 184-185.

24. V. en www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC619_01.htm.

25. Publicada en la *G.O.* n° 37.594 de fecha 18 de diciembre de 2002.

Esta norma permite que mediante un acto de rango sub-legal como es un reglamento, se establezca el régimen aplicable a las actividades que los particulares ejerzan en las zonas de seguridad, así como el régimen de las personas y de los bienes ubicados en ellas, y de los demás derechos que se quieran ejercer, así como las sanciones que se pueden aplicar. Por ello, esta norma de la LOSN, al disponer que se fije por vía reglamentaria, no sólo la delimitación espacial de las zonas de seguridad, sino el tipo de actividades que allí pueden ejercerse, la afectación de bienes, actividades económicas, el ejercicio de otros derechos como los de manifestaciones públicas, reuniones, entre otras, así como las sanciones a que hubiere lugar, le está otorgando o endosando abiertamente al Ejecutivo Nacional la facultad constitucional para determinar los tipos de infracción y las sanciones aplicables.

3. El Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad

El *Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad* (en lo adelante también *RP2*) establece el procedimiento para la fijación de la anchura de la Zona de Seguridad Fronteriza y la declaratoria de las Zonas de Seguridad (art. 1). Con relación al régimen aplicable al derecho de propiedad y otros derechos sobre inmuebles en las zonas de seguridad, por parte de *extranjeros (personas naturales o jurídicas)*, dicho reglamento establece:

A) En primer lugar, que las *personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera que para la fecha de declaratoria de zonas de seguridad referidas, en la franja adyacente a la orilla de mar, a los lagos y ríos navegables y a las zonas que se consideren necesarias para la seguridad y defensa de la República, sean propietarios o detentadores, por cualquier título, de bienes inmuebles ubicados en dichas zonas, deberán, en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha de declaratoria de la zona de seguridad, notificarlo a la primera autoridad civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien la enviará, junto con los recaudos que señala el Reglamento, dentro de un plazo no mayor de treinta días, a la Secretaria del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa e informará para los efectos de registro y control a la máxima autoridad militar regional respectiva (art. 9).*

En segundo lugar, el *RP2* establece que las *personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera, que para la fecha del Decreto de la fijación de la anchura de la Zona de Seguridad Fronteriza o de la declaratoria de las Zonas de Seguridad con su extensión que circunden instalaciones militares o industrias básicas, sean propietarias o detentadoras, por cualquier título, de bienes inmuebles ubicados en dichas zonas, deberán, dentro de los seis meses siguientes el Decreto, solicitar autorización escrita al Ministerio de la Defensa, por órgano de la máxima autoridad militar regional respectiva, para continuar en el ejercicio de tales derechos. Si la autorización es negada, deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos en un lapso no mayor de un año a partir de la fecha de la negativa. Vencido este lapso, harán el mismo ofrecimiento a la República sin perjuicio de que pueda procederse a la expropiación cuando se juzgue conveniente (art. 11).*

B) El *RP2* establece igualmente la siguiente reglamentación respecto a los extranjeros que pretendan *adquirir* derechos sobre inmuebles en las zonas de seguridad:

En primer lugar, *las personas naturales o jurídicas, de nacionalidad extranjera, que adquieran por cualquier título la propiedad o cualquier otro derecho real sobre inmuebles ubicados en las zonas de seguridad, referidas a la franja adyacente a la orilla de mar, a los lagos y ríos navegables y a las zonas que se consideren necesarias para la seguridad y defensa de la República*, después de su declaratoria, deberán notificarlo dentro de un plazo no mayor de noventa días contados a partir de la fecha en que suscriban el contrato respectivo, aun cuando éste no haya sido reconocido, autenticado o protocolizado, a la primera autoridad civil del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal, quien lo participará a la Secretaría Permanente del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, enviándole asimismo los recaudos que al efecto señale este Reglamento, dentro de un plazo no mayor de treinta días e informará para los efectos de registro y control a la máxima autoridad militar regional respectiva (art. 10).

En segundo lugar, *las personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera interesadas en adquirir la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en la Zona de Seguridad Fronteriza o en las zonas declaradas de seguridad que circunden instalaciones militares o industrias básicas*, deberán obtener del Ministerio de la Defensa, por órgano de la máxima autoridad de la organización militar regional respectiva, la *autorización correspondiente*. Esta autorización se otorgará condicionada al uso que ha declarado el propietario del inmueble y podrá revocarse en cualquier momento si se comprobare un cambio en el mismo, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa (art. 12).

Conforme al régimen legal y reglamentario antes expuesto podemos concluir que la continuidad en el ejercicio o la adquisición de derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros (personas naturales o jurídicas) en las zonas de seguridad está sometido a dos regímenes: uno de notificación y otro de autorización militar, dependiendo del tipo de zona de seguridad en el cual se encuentre el inmueble:

A) *Notificación a la autoridad civil*: para el caso de inmuebles ubicados en las zonas de seguridad, referidas a la franja adyacente a la orilla de mar, a los lagos y ríos navegables y a las zonas que se consideren necesarias para la seguridad y defensa de la República; y

B) *Autorización escrita del Ministerio de la Defensa*: para el caso de inmuebles ubicados en la Zona de Seguridad Fronteriza o en las zonas declaradas de seguridad que circunden instalaciones militares o industrias básicas.

En relación con las solicitudes referidas a las autorizaciones, el RP2 dispone (art. 14), que el Ministerio de la Defensa decidirá sobre ellas, dentro de los seis meses siguientes a su recibo y notificará de sus resultados al interesado, por órgano de la máxima autoridad de la organización militar regional respectiva e informará a la primera autoridad civil correspondiente.

Ahora bien, como quedó expuesto, en el caso de las personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera, que para la fecha del Decreto de la fijación de la anchura de la Zona de Seguridad Fronteriza o de la declaratoria de las Zonas de Seguridad con su extensión que circunden instalaciones militares o industrias básicas, sean propietarias o detentadoras, por cualquier título, de bienes inmuebles ubicados en dichas zonas, *si la autorización es negada, deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos en un lapso no mayor de un año a partir de la fecha de la negativa. Vencido este lapso, harán el mismo ofrecimiento a la República, sin perjuicio de que pueda procederse a la expropiación cuando se juzgue conveniente*. Y en el caso de las personas naturales o jurídicas de nacionalidad extranjera interesadas en adquirir la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en la Zona de Seguridad Fronteriza o en las

zonas declaradas de seguridad que circunden instalaciones militares o industrias básicas, que obtengan la autorización correspondiente del Ministerio de la Defensa, ésta se otorgará *condicionada al uso* que ha declarado el propietario del inmueble y *podrá revocarse en cualquier momento si se comprobare un cambio en el mismo, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa.*

4. Los Decretos emanados del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002

Los *Decretos* emanados del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002: *Decreto N° 1.968* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad del Cuartel General de Brigada Arturo Sánchez*; *N° 1.969* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad de la Base Aérea Generalísimo Francisco de Miranda*; *Decreto N° 1.970*, mediante el cual se declara *Zona de Seguridad de Fuerte Militar Tiuna*; *Decreto N° 1.971* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad de la Comandancia General de la Armada*; *Decreto N° 1.972* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad del Cuartel General de la Comandancia General de la Guardia de Venezuela*; *Decreto N° 1.973* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad de la Dirección de la Dirección de Hidrografía y Navegación de la Armada*; *Decreto N° 1.974* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad de la Compañía Anónima Venezolana de Televisión* y; *Decreto N° 1.975* mediante el cual se declara *Zona de Seguridad del Servicio Autónomo Radio Nacional de Venezuela.*

Estos decretos de naturaleza y rango reglamentario tienen por objeto establecer la extensión y límites de las zonas de seguridad que circundan las instalaciones militares en ellos descritas. Sin embargo, además de ello, estos decretos establecen que *el Ministerio de la Defensa queda encargado de la administración, supervisión, control y vigilancia de las Zonas de Seguridad que se crean*, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos (art. 2). Estos decretos declaran que dentro de los límites de la zona de seguridad, se prohíbe la realización de actividades y eventos que amenacen la integridad física y moral de las personas, bienes y servicios (art. 3). El Ministerio de la Defensa deberá demarcar los linderos de las zonas de seguridad, dentro de un plazo no mayor de un año, contado a partir de la publicación de los decretos en la Gaceta Oficial (art. 4). La *adquisición, posesión, propiedad y otros derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros* en la zona de seguridad que se declara en cada decreto, se registrará conforme al régimen de la LOSD y RP2 expuesto *supra* (art. 5). El *Ministerio de la Defensa otorgará las autorizaciones o aprobaciones*, según el caso, para la ocupación del territorio en las zonas de seguridad, lo cual requerirá la opinión favorable del Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales (art. 7); y el *Ministerio de la Defensa deberá elaborar el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso* de cada zona de seguridad, en los cuales se establecerán los *lineamientos, directrices y políticas para su administración*, así como la orientación para la *asignación de usos y actividades permitidas* (art. 6). A tales efectos, el *Ministerio de la Defensa remitirá copia de cada decreto a la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio del Interior y de Justicia, con la finalidad de que tome las medidas conducentes para informar a los Registradores Subalternos y Notarios de la jurisdicción, las limitaciones a las cuales quedan sometidas la posesión y transmisión de los derechos sobre los inmuebles ubicados dentro de la zona de seguridad declarada en cada decreto* (art. 7). Finalmente, el *Ministro de la Defensa* y el *Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales*, quedan encargados de la ejecución de los decretos (art. 8).

5. Las Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa de fecha 19 de septiembre de 2002

Las Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa de fecha 19 de septiembre de 2002: *Resolución N° DG-18020* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.968 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; *Resolución N° DG-18021* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.969 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; *Resolución N° DG-18022* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.970 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; *Resolución N° DG-18023* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.971 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; la *Resolución N° DG-18024* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto No. 1.972 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; la *Resolución N° DG-18025* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.973 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; la *Resolución N° DG-18026* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.974 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo; y la *Resolución N° DG-18027* mediante la cual, en supuesta ejecución del mencionado Decreto N° 1.975 de 17-9-02, se disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo.

Estas resoluciones del Ministro de la Defensa, tienen dos disposiciones:

En primer lugar, el Ministro de la Defensa resuelve oficiar al Ministro del Interior y Justicia, *solicitándole girar instrucciones a los Registradores y Notarios del país*, para que se le dé cumplimiento al contenido del artículo 16 de la LOSD, *debiendo exigírseles a los particulares los permisos previos para enajenar cualquier bien inmueble que se encuentre en las zonas de seguridad* y, en particular, la correspondiente a cada decreto (resuelto *Primero*). Esta disposición extiende las limitaciones a los derechos sobre inmuebles en la zona de seguridad no sólo a los extranjeros, sino que al mencionar a los *particulares* pretende incluir a los venezolanos. Además, las autorizaciones legalmente previstas y desarrolladas por el RP2 hacen referencia a la *adquisición* de la propiedad u otros derechos sobre inmuebles ubicados en zonas de seguridad, pero estas resoluciones ministeriales extienden la restricción a la *enajenación*, con lo cual se incluye no sólo al *adquirente* sino, también al *enajenante* de dichos derechos.

En segundo lugar, el Ministro de la Defensa -sin base constitucional, legal o reglamentaria alguna- resuelve oficiar al Alcalde del municipio respectivo y al Alcalde Metropolitano de Caracas, participándoles que en ocasión al decreto que crea la zona de seguridad en su jurisdicción, *“se deben abstener de aprobar la realización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares”* dentro del perímetro demarcado como Zona de Seguridad *“a menos que exista, una expresa autorización de este Despacho para ejecutarla (resuelto segundo)”*.

Estos actos estatales antes descritos, en los términos que fundamentaremos a continuación, contienen graves vicios de inconstitucionalidad por los siguientes motivos:

1. Violación del contenido esencial del derecho de propiedad;
2. Violación del derecho a la igualdad;
3. Violación de la autonomía municipal y el principio del gobierno civil electo;
4. Violación del concepto constitucional de seguridad de la Nación; y
5. Violación de los requisitos constitucionales para declarar un estado de emergencia.
6. Violación a la garantía a la reserva legal.

III. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Nuestra Constitución garantiza el derecho de propiedad como un derecho fundamental de carácter económico, al establecer en su artículo 115 lo siguiente:

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. (Resaltados añadidos)

Es importante destacar que algunos de los derechos constitucionales poseen además la condición de derechos humanos reconocidos por instrumentos internacionales. Estos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos cuando son tratados, pactos o convenciones suscritos y ratificados por Venezuela, adquieren *jerarquía constitucional* y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la propia Constitución y en las leyes de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (art. 23). Por lo cual, estos tratados sobre derechos humanos se incorporan al *Bloque de la Constitución*, de manera tal que su violación significa una violación a las normas de rango constitucional. De allí la importancia de aplicar los parámetros sobre los derechos humanos en el orden interno, no sólo aquéllos contenidos en las normas de dichos tratados, sino, además, en la interpretación auténtica de los mismos efectuada por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos consagrados en los mismos instrumentos internacionales, como son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, la Convención Americana reconoce el derecho de propiedad en los siguientes términos (art. 21):

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...)

La propiedad no es un derecho abstracto o sin contenido esencial. Por el contrario, la propiedad, conforme a la norma constitucional y nuestro Código Civil, consiste en “el derecho de *usar*, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la ley” (art. 545). La facultad de usar consiste en la

utilización de la cosa para el fin u objetivo que le es propio²⁶. Es por ello que siendo la propiedad en definitiva un derecho general, puede en cuanto a su contenido simplificarse en la fórmula según la cual “el propietario puede hacer todo aquello que no esté legalmente vedado (principio lógico de identidad)”²⁷.

En tal sentido, la propiedad sobre los bienes inmuebles implica el ejercicio de los atributos propios de uso, goce y disposición que le corresponden a su titular, con las limitaciones establecidas o impuestas por la ley, con fines de utilidad pública o de interés general. En consecuencia, el propietario de un inmueble tiene derecho, en primer lugar, a usarlo, es decir, a utilizarlo para el fin u objetivo que le es propio. En segundo lugar, el propietario de un bien inmueble tiene el derecho a gozar sus beneficios. Y en tercer lugar, el propietario de un inmueble tiene derecho a *disponerlo o enajenarlo* libremente, con sujeción a las normas legales, y a obtener por ello la contraprestación convenida. Todo ello, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

Ahora bien, este derecho en el sentido moderno y contemporáneo abarca no sólo una noción formal o reducida de la propiedad, sino, además, comprende todos los derechos patrimoniales de una persona (natural o jurídica) sobre bienes inmuebles. Este sentido comprensivo del derecho de propiedad ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional autorizada al establecer sobre la materia:

Entonces, si se tiene en cuenta que el derecho de propiedad reconocido y garantizado por la Carta Política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos estos como los objetos inmateriales susceptibles de valor, y que se desarrollan en el Código Civil, no cabe duda de que en este sentido es un derecho fundamental, *aunque es una función social que implica obligaciones*, según la precisa evolución política, económica y social a que se ha aludido más arriba. Que ello es así lo ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Ley 16 de 1972), la que en su artículo 21 prescribe, en primer término, que *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes*, y, además que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”²⁸.

Esta noción moderna de la propiedad es producto de una evolución en su concepción, influida por la noción de Estado Social de Derecho recogida en nuestra Constitución (art. 2), el cual somete la propiedad a contribuciones, restricciones y obligaciones en virtud de la ley, por razones de utilidad pública o interés general. En este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia al interpretar esta dimensión del derecho de propiedad ha sentado la siguiente doctrina:

Tal como puede inferirse del texto citado, el núcleo del derecho de propiedad está configurado, no sólo por lo que subsiste de la noción individualista que hizo fortuna a la sombra del Estado Liberal, la cual consideraba al derecho de propiedad desde una noción abstracta como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, *la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valo-*

26. V., KUMMEROW, Gert., *Bienes y derechos reales*, UCV, Caracas 1969, pp. 243 y ss., y AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Cosas, bienes y derechos reales*, UCAB, Caracas 1989.

27. V., PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, Madrid, p. 123.

28. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia n° T-015/92 de fecha 28-5-1992.

res o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Esta noción integral del derecho de propiedad es la que está recogida en nuestra Constitución, por lo que los actos, actuaciones u omisiones denunciados como lesivos del mismo, serían aquellos que comporten un desconocimiento de la propiedad como hecho social, a lo que se puede asimilar situaciones que anulen el derecho sin que preexista ley alguna que lo autorice²⁹.

1. Las restricciones impuestas al derecho de propiedad: la violación del contenido esencial del derecho

Las restricciones a las que está sometido el derecho de propiedad deben fundamentarse legítimamente en razones de utilidad pública o interés general, como conceptos jurídicos interpretados en el ámbito de una sociedad democrática y, por tanto, no de manera arbitraria. Por ello, las restricciones a dicho derecho únicamente son aceptables constitucionalmente cuando medien razones de interés general que razonablemente las justifiquen, pero nunca al punto de que se restrinjan o limiten en su núcleo esencial los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados. En este sentido, autorizada jurisprudencia constitucional ha establecido la siguiente doctrina:

En el derecho moderno, se reconoce la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios. El carácter relativo y no absoluto del derecho de propiedad, habilita al legislador y excepcionalmente a las autoridades administrativas para *establecer restricciones a dicho derecho cuando medien razones de interés general que razonablemente las justifiquen, pero nunca al punto de que... se restrinjan o limiten en su núcleo esencial los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados.* (resaltados añadidos)³⁰.

En el presente caso, los actos estatales que desarrollan las zonas de seguridad antes descritos imponen unas restricciones al derecho de propiedad de una manera injustificada e irrazonable, al punto de llegar afectar su contenido esencial mismo. *En efecto, resulta contrario al derecho de propiedad someter -además sin indemnización alguna- su uso, el goce y la disposición de la misma a notificaciones y autorizaciones discrecionales por parte de la autoridad militar (Ministro de la Defensa), por el hecho de ser extranjeros sus titulares y estar ubicada en una zona declarada como de seguridad.*

Estas regulaciones desconocen el contenido o núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual se caracteriza, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión unilateral que ejercen sus legítimos titulares sobre el destino económico de las cosas; es decir el núcleo esencial de este derecho, se encuentra en su contenido económico, pues es evidente que por las razones de seguridad contenidas en los actos objeto de este estudio, se está afectando el uso, el goce y la disposición como prerrogativas del derecho de propiedad sobre los bienes afectándose el proceso jurídico económico para transmitir

29. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional (TSJ/SC), sentencia de fecha 6-4-01, Caso *Only One Import*. Las sentencias del TSJ de Venezuela pueden ser consultadas en su página digital: www.tsj.gov.ve.

30. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-245/97, de fecha 21-5-97.

patrimonialmente a terceros las cosas o para cumplir la tradición y el perfeccionamiento legal sobre los inmuebles que exigen, en cada caso concreto las normas civiles.

La doctrina de la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado expresamente en este sentido, al entender que el contenido esencial del derecho de propiedad puede determinarse por los intereses jurídicamente protegidos, de modo que *se rebasa o se desconoce su núcleo básico, cuando el derecho queda sometido a límites que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su protección:*

...desconocen el contenido o núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual se caracteriza, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión unilateral que ejercen sus legítimos titulares sobre el destino económico de las cosas; es decir el núcleo esencial de este derecho, se encuentra en su contenido económico, pues es evidente que por las razones argumentadas por las autoridades municipales se está afectando el uso, el goce y la disposición como prerrogativas del derecho de propiedad sobre los bienes afectándose el proceso jurídico económico para transmitir patrimonialmente a terceros las cosas o para cumplir la tradición y el perfeccionamiento legal sobre los inmuebles que exigen, en cada caso concreto, tanto las normas civiles como fiscales. La doctrina de la Corte ha entendido que el contenido esencial del derecho de propiedad puede determinarse por los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce su núcleo básico, cuando el derecho queda sometido a límites que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su protección³¹.

En este sentido, nuestro Tribunal Supremo de Justicia también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, al expresar la relevancia de la protección constitucional del derecho de propiedad frente a arbitrariedades en las cuales se le niega a una persona la posibilidad de tener la condición de propietario y con ello su derecho de defender su propiedad, los cuales son derechos fundamentales de rango constitucional:

Por ejemplo, no es lo mismo negar la posibilidad a un ciudadano de tener la condición de propietario, que una discusión acerca de la titularidad de un bien entre particulares, cuya protección se ejerce mediante una acción judicial específica: la reivindicación. Pero, si se niega a un ciudadano su derecho a defender su propiedad, se le niega un derecho fundamental, cuyo goce y ejercicio debe ser restituido³².

Sobre este particular, la Cámara de Comercio de Caracas, en un comunicado público, expresó su rechazo a los ocho decretos dictados por el Ejecutivo Nacional, creando las ocho zonas de seguridad en Caracas, no solamente en cuanto a su contenido violatorio del derecho de propiedad, sino su grave efecto entrabador del tráfico inmobiliario y las inversiones Cámara de Comercio de Caracas, “Decretos de Zonas de Seguridad violan flagrantemente el Derecho de Propiedad y el Estado Democrático”³³.

Ante la creación de ocho (8) zonas de seguridad en la ciudad de Caracas por parte del Ejecutivo Nacional, la Cámara de Comercio de Caracas, a fin de dar cumplimiento a sus fines específicos, relacionados con la promoción y defensa de las libertades ciudadanas de sus afiliados, en especial a lo relacionado con los derechos a la propiedad y al libre comercio, cumple con informar a sus miembros y a la ciudadanía en general, que la situación creada por esos decretos conlleva los siguientes aspectos:

1. *Desconoce las propiedades de personas extranjeras* (naturales o jurídicas) así como cualquier tipo de derechos sobre inmuebles ubicados en dichas zonas. En este sentido, los extranjeros que vienen ejerciendo tales derechos conforme al ordenamiento constitucional y legal de Venezuela, deberán solicitar dentro de los seis meses siguientes una autorización ante el Ministerio de

31. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-245/97, de fecha 21-5-97.

32. TSJ/SC, sentencia n° 828 de fecha 27 de julio de 2000.

33. Publicado en el periódico *El Nacional*, Caracas 21-9-02.

la Defensa y si la autorización es negada, deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos dentro del lapso no mayor de un año; vencido este lapso harán el mismo ofrecimiento a la República Bolivariana de Venezuela sin perjuicio de que ésta pueda proceder a su expropiación cuando lo juzgue conveniente.

2. *Restringe el libre acceso a la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles ubicados en estas zonas de seguridad por parte de extranjeros*, ya que los somete previamente a la obtención de una autorización por parte del Ministerio de la Defensa; autorización ésta que de otorgarse estará condicionada al uso declarado pero podrá revocarse en cualquier momento de considerarse el Ministerio de la Defensa que se ha cambiado dicho uso.

3. Estas *regulaciones absurdas e irrazonables desconocen el derecho de propiedad consagrado en la Constitución y en instrumentos internacionales*, ocasionando un caos jurídico en las vidas de miles de extranjeros que han invertido de buena fe en nuestro país desde hace varias décadas, en las inversiones extranjeras, en el tráfico inmobiliario, en el ejercicio de la libertad de industria y comercio, así como en el derecho a la igualdad entre venezolanos y extranjeros.

4. Las resoluciones dictadas por el Ministro de la Defensa en ejecución de los decretos de zonas de seguridad, pretenden además, en abierta violación a la Constitución *extender estas restricciones a los derechos de propiedad a todos los venezolanos*, al requerir que se giren instrucciones a los registradores y notarios del país para que se le exija su cumplimiento de dichas restricciones *a los particulares*, en concreto referido a los “permisos previos para enajenar cualquier bien inmueble que se encuentre en las zonas de seguridad”.

5. Estas resoluciones ministeriales establecen además una *absurda e inconstitucional limitación a los derechos de libre tránsito, libertad de manifestación, libertad de expresión y libertad de reunión tanto de venezolanos como de extranjeros*, al someter su ejercicio a la autorización del despacho del Ministro de la Defensa. Un Estado democrático requiere del pleno respeto a los derechos ciudadanos y a las competencias otorgadas a las autoridades civiles electas popularmente. De conformidad con la Constitución y las leyes de la República, el libre ejercicio del derecho de manifestación ciudadana está sujeto a la autorización de las autoridades municipales. Por ello, someter el ejercicio de estos derechos a la autoridad militar implica subvertir el orden democrático, ya que en los términos de la Carta Democrática Interamericana un componente fundamental del ejercicio de la democracia es “la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida”.

6. La Cámara de Comercio de Caracas advierte sobre los efectos perniciosos para la economía nacional y el buen nombre del país en el exterior que ocasionan estas medidas arbitrarias contra los extranjeros y los venezolanos.

La Cámara de Comercio de Caracas *insta al Ejecutivo Nacional y al Ministro de la Defensa a limitarse a ejercer estrictamente las facultades que les confieren la Constitución, y a no situarse al margen de ella irrespetando abiertamente los derechos de los habitantes de Venezuela* sin ningún fundamento, justificación ni legitimidad en este caso. En consecuencia, respetuosamente y en ejercicio de sus derechos constitucionales, esta Cámara insta a estas autoridades a *dejar sin efecto de inmediato* dichas regulaciones por ser contrarias no solo a la Constitución Nacional sino además a las leyes incluidas las de promoción de inversiones, a los tratados de protección de inversiones extranjeras, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Carta Democrática Interamericana.

2. Las restricciones irrazonables y arbitrarias impuestas

Someter el derecho de propiedad y, en particular, el de un grupo de personas en virtud de su origen nacional, a restricciones exorbitantes en sus atributos sustanciales de uso, goce y disposición (como es el caso de las regulaciones impuestas por los actos estatales sobre zonas de seguridad antes descritos) a los derechos de propiedad y otros derechos sobre inmuebles de las personas naturales y jurídicas extranjeras ubicados en las

zonas de seguridad decretadas por el Ejecutivo Nacional, configura una violación al derecho constitucional de propiedad consagrado en el artículo 115 del Texto Fundamental.

Estas regulaciones antes descritas, establecen restricciones al derecho de propiedad de los extranjeros en Venezuela, basadas en el artículo 16 de la LOSD, sometiéndolo a notificaciones y autorizaciones militares de por sí irrazonables, pero que además pueden producir efectos de impedir su acceso (apropiabilidad), extinguir el derecho existente o de condicionar su ejercicio a esas autorizaciones administrativas. En efecto, *estas regulaciones, en primer lugar, impiden el ejercicio del derecho de propiedad a aquéllos a quienes se les niegue dicha autorización escrita del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en las zonas de seguridad fronteriza o en las zonas de seguridad decretadas que circundan las instalaciones militares y las industrias básicas (art. 16, LOSD). Pero incluso, a aquéllos a quienes se les autorice la adquisición de estos derechos, se les condiciona a un uso determinado, de tal manera que dicha autorización podrá revocarse en cualquier momento si se comprobare un cambio en el mismo, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa (art. 12, RP2).*

En segundo lugar, *estas regulaciones extinguen el derecho de propiedad de aquéllos que actualmente, es decir al momento en que el Ejecutivo Nacional dicta los decretos de zonas de seguridad fronteriza o de zonas de seguridad que circunda las instalaciones militares y las industrias básicas, se les niegue dicha autorización escrita del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en las zonas de seguridad decretadas. En estos casos, las personas extranjeras deberán ofrecer dichos bienes en venta a venezolanos en un lapso no mayor de un año a partir de la fecha de la negativa; vencido este lapso, harán el mismo ofrecimiento a la República, sin perjuicio de que pueda procederse a la expropiación cuando se juzgue conveniente (art. 11, RP2).*

Estas restricciones al derecho de propiedad y, en especial, a personas por su origen nacional (extranjeros), resulta a todas luces inconstitucionales por irrazonables ya que desnaturalizan su esencia o contenido esencial.

Si bien el reconocimiento progresivo de los derechos humanos, a través de diversos instrumentos internacionales y en los ordenamientos jurídicos de los Estados, admite, bajo determinadas condiciones, la posibilidad de que se establezcan restricciones a su ejercicio, es una muestra del consenso respecto a su existencia, y de la necesidad de respetarlos y garantizarlos. En este sentido, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos señalan diversos *requisitos* para que puedan ser adoptadas determinadas *limitaciones* al ejercicio de los derechos humanos, *a fin de no desnaturalizar su esencia*. Por lo que su transgresión ocasiona una violación de los instrumentos internacionales y origina responsabilidad internacional por parte del Estado infractor³⁴.

Las limitaciones o restricciones a los derechos como es el caso del derecho de propiedad en nuestra Constitución (art. 115) y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 21, Convención Americana sobre Derechos Humanos) están sometidas al principio de la *reserva legal*. Ello exige, -como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que las restricciones a los derechos humanos se en-

34. Seguimos lo expuesto en *Protección de los Derechos Humanos: Definiciones Operativas*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1997, pp. 35-41.

cuentren establecidas en leyes, lo cual demuestra la importancia del principio de legalidad y de la reserva de ley, elementos esenciales para que los derechos del hombre puedan existir en la realidad y se encuentren protegidos jurídicamente³⁵. Sin embargo, *no toda limitación o restricción establecida mediante ley es compatible con la Constitución*. En este sentido, la Convención Americana (art. 30) en total coincidencia con la Constitución (art. 115), establece que las restricciones permitidas por ella al goce y ejercicio de los derechos humanos, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de *interés general*. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el término leyes empleado en un tratado respecto a este tema comprende toda “...norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes”³⁶. Esta definición encarga a los órganos legislativos, la exclusiva función de señalar los límites al ejercicio de los derechos humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, lo cual obliga a que en el momento de establecer las restricciones, exista cierto grado de consenso. Como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de procedimientos legislativos de este tipo, se permite a las minorías:

...expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, *este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria a los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder*³⁷. (Resaltados añadidos)

Por lo demás, tales medidas tienen necesariamente que ser *temporales*, pues una restricción permanente anula el ejercicio del derecho y la eficacia de su protección.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la invocación al *interés general* significa que tales restricciones deben ser dictadas *en función del bien común, elemento integrante del orden público del Estado Democrático*. El contenido de ambos conceptos jurídicos indeterminados de orden público y bien común, así como el *interés general* en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos, deben ser objeto de una *interpretación ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana*³⁸.

En este sentido, *toda restricción debe guardar relación con los motivos o causas que la originan*, que generalmente son razones de orden público, *seguridad nacional*, salud pública, moral pública, o para garantizar los derechos y libertades de los demás. *A la vez que razonables y oportunas, estas restricciones deben ser necesarias para proteger esos valores, lo cual significa que si existe otra alternativa para conseguir tal fin, debe emplearse aquella y no la restricción*³⁹.

35. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, serie A, n° 6, párr. 24.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sent. cit.*, párr. 38.

37. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sent. cit.*, párr. 22.

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sent. cit.* párr. 46.

Por lo cual, cualquier restricción que se emita al margen de estas condiciones deviene en arbitraria, como es el caso *in comento*.

En efecto, *la restricción devendrá en arbitraria si las causas y métodos para restringir el derecho, aun calificadas de legales o constitucionales, pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*⁴⁰.

En otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquella que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial a una sociedad democrática.

En consecuencia, las restricciones a las cuales tanto el legislador (art. 16, LOSD) como el poder ejecutivo⁴¹ han sometido el derecho de propiedad de los extranjeros, son restricciones respecto a su apropiabilidad y a su titularidad misma, con fundamento en un supuesto *interés general* de la *seguridad nacional*. Sin embargo, estas restricciones resultan reñidas con las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana.

En particular, estas restricciones resultan irrazonables ya que no son necesarias para proteger esos valores. Además, existen muchas otras alternativas para salvaguardar la seguridad nacional, particularmente en tiempos de paz, lo cual significa que si existe otra alternativa para conseguir tal fin, debe emplearse aquella y no la restricción de mayor intensidad como la escogida por nuestro legislador.

A los fines de ilustrar otras soluciones legislativas que logran el objetivo del interés general al someter la propiedad a restricciones menos gravosas que las escogidas por el ordenamiento jurídico venezolano, podemos revisar el caso español -incluso ya antes de la democracia. En el caso de España⁴², las zonas de seguridad (de instalaciones militares y de instalaciones civiles de interés militar) no implican por principio una exclusión o restricción del derecho de propiedad ni de los españoles ni de los extranjeros (art. 3). Por el contrario, estas zonas de seguridad se clasifican en: a) zonas lejanas y b) zonas próximas.

La titularidad de las propiedades en las *zonas lejanas* no está sometida a ninguna restricción, y sus atributos de uso y goce tampoco, excepto las autorizaciones (delegables a las autoridades regionales) para realizar plantaciones arbóreas, y levantar edificaciones o instalaciones análogas (art. 11). En las *zonas próximas* la titularidad de las propiedades tampoco está sometida a ninguna restricción. Estas zonas de seguridad tienen, como norma general, *una anchura de trescientos metros*; pero en los casos en que se considere excesiva esta anchura especialmente en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser reducida hasta el límite estrictamente indispensable (art. 8). En estas zonas próximas se permiten actos de ocupación y obras que no obstaculicen las instalaciones militares y, el resto, están sometidas a autorización (art. 9). Estas regulaciones a la propiedad ubicada en las zonas de seguridad, como queda claro, no establecen restricción alguna a la propiedad ni de españoles ni de extranjeros. Esta regulación respecto a los extranjeros (excluidos hoy en día los de la Comunidad Europea) existe en la ley,

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *Sent. cit.*, párr. 18.

41. RP2, Decretos de zonas de seguridad y las resoluciones ministeriales antes identificadas.

42. Ley 8/1975 de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

pero en todo caso no vinculada a las zonas de seguridad y con un carácter muy excepcional y limitado. Se trata de las *zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros* por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de potestades soberanas del Estado (art. 4), que en ningún caso podrá *exceder del 15 por 100 de su superficie*, pero que en todo caso excluye “la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales, y futuras” siempre que consten en planes aprobados conforme a la legislación urbanística (art. 16). En estos casos, la adquisición de derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros se sujeta a autorizaciones; pero aún en estos casos existen excepciones las zonas declaradas de interés turístico (art. 18). En todo caso, si en algunas de las zonas declaradas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se hubiere rebasado ya la proporción de 15% o la que en su caso fije el gobierno, “no se modificará el estado jurídico y de hecho de las propiedades que tuvieren adquiridas”, salvo los casos extremos que se consideren necesarios para salvaguardar los supremos intereses de la defensa nacional (art. 23).

Por lo antes expuesto queda entonces claro lo siguiente respecto a esta regulación en el derecho comparado (España):

1. Las zonas de seguridad no implican una afectación de la titularidad los derechos de propiedad y otros derechos sobre los bienes inmuebles ubicados en ellas, ni su adquisición está sometida a régimen de autorización alguna.

2. El derecho de uso de las propiedades en las zonas de seguridad no está sometido a autorizaciones, excepto aquéllas que afecten la operatividad de las instalaciones militares en la *zona próxima*. Estas zonas tienen, como norma general una anchura de trescientos metros, pero en los casos en que se considere excesiva esta anchura especialmente en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser reducida hasta el límite estrictamente indispensable.

3. Las *zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros* por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de potestades soberanas del Estado en ningún caso podrán exceder del 15 por 100 de su superficie, pero que en todo caso excluye la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales, y futuras, siempre que consten en planes aprobados conforme a la legislación urbanística. En estos casos, la adquisición de derechos sobre inmuebles por parte de extranjeros se sujeta a autorizaciones; pero aún en estos casos existen excepciones, entre ellas, las zonas declaradas de interés turístico. En todo caso, si en algunas de las zonas declaradas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se hubiere rebasado ya la proporción de 15% o la que en su caso fije el gobierno, se respetarán los derechos adquiridos, salvo los casos extremos que se consideren necesarios para salvaguardar los supremos intereses de la defensa nacional.

De lo antes expuesto resulta evidente, que *sí existen alternativas mucho menos restrictivas al derecho de propiedad de los extranjeros en las zonas de seguridad*, que van desde la no afectación hasta la posibilidad de la apropiabilidad y al ejercicio de la titularidad existente, y solo limitadamente su uso en lo estrictamente indispensable (por igual a nacionales y extranjeros); hasta la posibilidad de restringir el acceso a la propiedad por parte de extranjeros en casos debidamente justificados y motivados, pero aún es estos casos limitando su restricción a superficies reducidas dentro de esas zonas (15%), no incluyendo en ellas a los núcleos urbanos o poblaciones, no incluyendo ciertas zonas como las zonas de interés turístico y, dejando a salvo, como principio general, los dere-

chos adquiridos antes de la declaratoria de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

Ello evidencia la arbitrariedad de las restricciones a la apropiabilidad y al ejercicio de la propiedad y otros derechos sobre los bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad en el ordenamiento jurídico en Venezuela, contenido en los actos estatales objeto de esta impugnación⁴³, motivo por el cual resulta violatorio del derecho de propiedad garantizado en el artículo 115 de la Constitución. Estas restricciones resultan irrazonables ya que no son necesarias para proteger los valores de interés general de una seguridad nacional en una sociedad democrática; además, de que ha quedado demostrado que existen otras alternativas menos restrictivas de dicho derecho para lograr el mismo fin de salvaguardar la seguridad nacional.

3. Las cargas impuestas sin indemnización compensatoria

Además de la inconstitucionalidad argumentada *supra*, las restricciones a la apropiabilidad y al ejercicio de la propiedad y otros derechos sobre los bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad en el ordenamiento jurídico en Venezuela, contenido en los actos estatales *in comento*⁴⁴, resultan *inconstitucionales en virtud de que las mismas imponen cargas o limitaciones a la propiedad (uso) sin establecer indemnización alguna*. Estas regulaciones arriba descritas, establecen restricciones al derecho de propiedad de extranjeros en Venezuela, basadas en el artículo 16 de la LOSD, sometiéndolo a notificaciones y autorizaciones militares de por sí irrazonables, pero que además pueden producir efectos de impedir su acceso (apropiabilidad), extinguir el derecho existente o de condicionar su ejercicio a esas autorizaciones administrativas.

En efecto, estas regulaciones al derecho de propiedad de aquellos extranjeros se somete a la autorización escrita del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en las zonas de seguridad fronteriza o en las zonas de seguridad decretadas que circundan las instalaciones militares y las industrias básicas (art. 16, LOSD). Pero incluso a aquéllos a quienes se les autorice la adquisición de estos derechos, se les *condiciona a un uso determinado*, de tal manera que dicha autorización *podrá revocarse en cualquier momento si se comprobare un cambio en el uso condicionado, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa* (art. 12, RP2). Se trata entonces en estos casos de una carga adicional al atributo de *uso* del derecho de propiedad, a la cual únicamente están sometidas determinadas personas en virtud de su origen nacional (extranjeros) mas no el resto de las personas. Ello implica, que las demás personas naturales y jurídicas (venezolanas) no están sometidas a esta carga o limitación adicional al uso de sus derechos de propiedad sobre bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad.

En relación a la propiedad inmobiliaria, si bien es cierto que el derecho de propiedad sobre inmuebles urbanos, es un derecho cuyo ejercicio por su titular de los atributos de uso del mismo es necesario que el Estado, a través de sus autoridades particularmente las municipales, precise legalmente el contenido de la propiedad, asignándole al bien el uso legalmente permitido y las demás condiciones de desarrollo (variables urbanas fundamentales); no es menos cierto, que el uso asignado, como limitación legal genéri-

43. Descritos *supra* en el capítulo I.

44. Descritos *supra* en el capítulo I.

ca al derecho de propiedad, no puede -en ningún momento- implicar o conllevar límites irrazonables (por ej. en virtud del origen nacional) o exorbitantes que conlleven a su desnaturalización, ni la imposibilidad absoluta o *congelación* del uso urbanístico de la misma.

En este orden de ideas, el régimen legal de la propiedad inmobiliaria urbana debe permitir la posibilidad de que el titular del derecho pueda darle al bien de su propiedad, por su propia cuenta y de manera inmediata, todos los usos legalmente permitidos. De lo contrario, nos hallamos en presencia de una medida que va más allá de ser una simple limitación, constituyendo -por lo tanto- una *limitación exorbitante* del derecho de propiedad, la cual violaría la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Resulta evidente por tanto, que esta carga o limitación adicional impuesta al uso del derecho de propiedad de los extranjeros afecta con un grado importante de intensidad dicho derecho, ya que el mismo no puede ser ejercido libremente como lo pueden ser los demás bienes pertenecientes a los nacionales que se encuentren en la misma zona de seguridad. Es por ello que esta limitación que afecta al derecho de propiedad sólo de un grupo de personas (extranjeros) ubicados en la misma zona que el resto de las personas (venezolanos) no puede ser establecida sin que medie indemnización previa.

Este principio de la indemnización de las limitaciones que afecten materialmente el derecho de propiedad llegando incluso a desnaturalizarlo, ha sido reconocido en la legislación nacional así como en la jurisprudencia nacional e internacional. En este sentido, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio establece que las limitaciones a la propiedad originan a los propietarios el derecho a reclamar la indemnización en los casos en 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, se seguirán los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social”. (art. 63).

El principio de la indemnización a las afectaciones al derecho de propiedad ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que se obstruya o impida el libre ejercicio del derecho de propiedad:

120. El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes*; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al *interés social*; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de *utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

121. Corresponde a la Corte valorar, entonces, si el Estado privó al señor Ivcher de sus bienes e interfirió de alguna manera su derecho legítimo al *uso y goce* de aquéllos.

(*Omissis*)

124. Para precisar si el señor Ivcher fue privado de sus bienes, la Corte no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cual fue la situación real detrás de la situación denunciada.

(*Omissis*)

127. ...Este Tribunal observa que *la medida cautelar mencionada obstruyó el uso y goce de esos derechos* por parte del señor Ivcher Bronstein; además, cuando la esposa de éste trató de hacer valer los mismos como copropietaria de las acciones de su esposo, resultaron infructuosos

los procesos que intentó al efecto. Consecuentemente, la Corte concluye que el señor Ivcher fue privado de sus bienes, en contravención de lo establecido en el artículo 21.2 de la Convención.

128. Corresponde ahora al Tribunal determinar si la mencionada privación fue conforme a la Convención Americana. *Para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley*⁴⁵.

En este mismo sentido, nuestra jurisprudencia sobre la materia ya ha venido admitiendo desde hace varias décadas el principio de la *indemnización* de los titulares de un derecho de propiedad, no sólo cuando se les expropié formalmente un bien sino, además, en aquellas *circunstancias en que se prive al titular del derecho de una utilidad, que sean gravados los bienes con una servidumbre o sufra un daño patrimonial que derive la pérdida o disminución de sus derechos*, como es el caso de autos. Sobre el particular la tesis jurisprudencial patria ha sostenido este principio en los siguientes términos:

Por otra parte, tal como lo tiene señalado esta Corte en la sentencia del 10 de agosto de 1971, *para que se actualice por parte del ente público que afecte derechos de particulares la obligación de pagar indemnización, no sólo en los casos de expropiación propiamente dicha sino en otros, debe tratarse de circunstancias en que se prive al titular del derecho de una utilidad, que sean gravados los bienes con una servidumbre o sufra un daño patrimonial que derive la pérdida o disminución de sus derechos...*⁴⁶

4. La reserva legal de las limitaciones y restricciones a la propiedad

Pero además, *esta limitación* impuesta al uso de la propiedad de extranjeros sobre bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad declaradas de instalaciones militares o industrias básicas en los casos en que el Ministerio de la Defensa los autorice en adquirir estos bienes u otros derechos reales sobre ellos, consistente en *condicionar dicha autorización militar al uso declarado* y la amenaza de la *revocatoria de la autorización misma en cualquier momento* (si se comprobare un cambio en el mismo sin una autorización previa) *viola la garantía de la reserva legal*, consagrada en los artículos 115 y 25 de la Constitución. En este sentido, la jurisprudencia internacional ha reiterado la exigencia de la ley formal para establecer las limitaciones y restricciones a los derechos, como es el caso del derecho de propiedad:

130. Tampoco hay alguna indicación de que se hubiese indemnizado al señor Ivcher por la *privación del goce y uso de sus bienes, ni que la medida que lo afectó se hubiera adoptado conforme a la ley*. Por otra parte cabe recordar que la Corte concluyó, en esta misma Sentencia, que los procesos relativos a la limitación de los derechos del señor Ivcher con respecto a la Compañía, entre los que figura el proceso mediante el cual el Juez Percy Escobar ordenó la medida cautelar, no satisficieron los requisitos mínimos del debido proceso legal (supra párr. 115). *La Corte observa al respecto que cuando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél*. Por con-

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Caso *Ivcher Bronstein*, n° 74.

46. CSJ/SP Sentencia de fecha 19-10-1988, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Caso *Inversiones El Ingenio C.A. contra el artículo 10 de la Ordenanza que regula las áreas sujetas a estudios especiales del Distrito Sucre del Estado Miranda*.

siguiente, no fue adecuada la privación del uso y goce de los derechos del señor Ivcher sobre sus acciones en la Compañía, y este Tribunal la considera arbitraria, en virtud de que no se ajusta a lo establecido en el artículo 21 de la Convención.

131. Como consecuencia de lo expresado, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein⁴⁷.

En virtud de lo cual, la limitación al uso del derecho de propiedad de extranjeros sobre bienes inmuebles ubicados en las zonas de seguridad declaradas de instalaciones militares o industrias básicas establecida por el artículo 12 del Reglamento Parcial No. 2 de la LOSD, en los casos en que el Ministerio de la Defensa los autorice para adquirir estos bienes u otros derechos reales sobre ellos, consistente en *condicionar dicha autorización militar al uso declarado* y la amenaza o facultad militar de la *revocatoria de la autorización misma en cualquier momento* (si se comprobase un cambio en el mismo sin una autorización previa), *viola la garantía de la reserva legal* consagrada en los artículos 25 y 115 de la Constitución.

El artículo 25 de la Constitución establece:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores. (Resaltados añadidos).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 constitucional, los actos estatales comentados son nulos por inconstitucionales, por resultar violatorios del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 115 del Texto Fundamental.

IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD

La Constitución consagra el derecho a la igualdad en los siguientes términos (artículo 21):

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán distinciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias. (Resaltados añadidos).

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sent. *cit.*, Caso *Ivcher Bronstein*.

La Convención Americana reconoce el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen *derecho sin discriminación a igual protección de la ley*. A este respecto, *la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* (Resaltados añadidos).

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1), establecen la obligación del Estado a *respetar y garantizar, a todos los individuos* que se encuentren bajo su territorio y sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en tales instrumentos internacionales, sin discriminación alguna⁴⁸.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos de la ONU, la no discriminación es un principio básico y general relativo a todos los derechos humanos⁴⁹. Se trata en consecuencia de un principio que subyace a ellos e informa el goce y ejercicio de los derechos humanos⁵⁰.

Tomando como referencia otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 1) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 1.1), el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que por ella debe entenderse⁵¹:

...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (Resaltados añadidos).

El goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades puede admitir bajo circunstancias autorizadas por los propios instrumentos internacionales algunas diferencias de trato que no resultan discriminatorias. Así por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23), establecen que el ejercicio de los derechos políticos puede estar condicionado por diferencias en cuanto a la edad o la ciudadanía. De hecho, los

48. V., *Anuario 2002: Red de Información Jurídica*, Comisión Andina de Juristas/Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, versión digital en sitio www.cajpe.org.pe.

49. Observación General n° 18, *No discriminación*, 37° período de sesiones, 1989, párr. 1. en "Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de los tratados". HRI/GEN/1, del 4 de setiembre de 1992. p. 28.

50. MEDINA, Cecilia, "El derecho internacional de los derechos humanos" en AA.VV, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge, editores, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 1996, p. 30.

51. Observación General n° 18. *ob. cit.*, párr. 7

derechos políticos conforme a la Convención Americana están referidos a *todos los ciudadanos*, mientras que los demás derechos humanos se reconocen respecto a *toda persona*. En ese mismo sentido, la Constitución de Venezuela establece que los derechos políticos son privativos de los venezolanos, salvo las propias excepciones establecidas en ella (art. 40).

Por ello, si bien toda discriminación supone un trato desigual irrazonable o indebido, solo bajo circunstancias expresamente determinadas y justificadas un trato diferenciado puede no resultar discriminatorio.

En este orden de ideas, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que una diferenciación de trato basada en criterios razonables y objetivos no constituye discriminación⁵². Similar criterio ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵³, para la cual no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, pues no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana, siempre y cuando:

- A) los objetivos de la norma y la medida que establece el tratamiento diferenciado sean lícitos;
- B) la distinción se base en desigualdades reales y objetivas entre las personas; y,
- C) se observe el principio de proporcionalidad (entre medios empleados y finalidad perseguida).

Así, para establecer cuándo se está frente a una medida que implica una discriminación y cuándo frente a una medida que solamente establece una diferenciación, se debe evaluar su razonabilidad, lo cual implica examinar:

- A) si el trato que se cuestiona genera o no consecuencias diferentes entre dos o más personas;
- B) si existe una razón importante por la cual es necesario mantener y respetar la igualdad entre los desigualmente tratados.
- C) si los motivos que se alegan para justificar la desigualdad son razonables.

En el caso que nos ocupa, las restricciones al derecho de propiedad de los extranjeros en las zonas de seguridad, en los términos contenidos en los actos estatales: la LOSD, en el RP2 y en los Decretos Ejecutivos antes descritos, implican un trato diferente para una categoría de personas naturales y jurídicas: extranjeros, que no se aplica a las venezolanas bajo las mismas circunstancias. Por lo cual, resulta evidente el trato diferente a los extranjeros frente a los nacionales bajo las mismas condiciones: inmuebles ubicados en zonas de seguridad. En segundo lugar, la razón por la cual es necesario mantener y respetar la igualdad de trato entre venezolanos y extranjeros se fundamenta en el ejercicio del derecho de propiedad por parte de sus titulares, sometidos a las limitaciones, restricciones y contribuciones en virtud del interés general. En tercer lugar, los motivos de *seguridad* que alega el legislador para justificar la desigualdad son razonables como quedó expuesto *supra*, ya que para preservar la seguridad de las instalaciones militares y las industrias básicas no es indispensable excluir y extinguir las propiedades de los extranjeros en dichas zonas de seguridad, ya que existen otras regulaciones alternativas posibles sin crear este trato abiertamente desproporcionado. Por lo cual, esta distinción

52. Observación General n° 18. *ob. cit.*, párr. 13.

53. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19-1-1984*, párr. 56 y 57.

en razón del origen nacional hecha por el legislador (art. 16, LOSD), y reglamentada por el Ejecutivo Nacional (RP2), y aplicada mediante los decretos de zonas de seguridad y las resoluciones ministeriales descritas e identificadas en el Capítulo I *supra*, resulta inconstitucional por discriminatoria.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley es un derecho autónomo, a través del cual *se prohíbe que la discriminación se produzca en cualquier esfera sujeta a la normativa y a la protección de las autoridades públicas*⁵⁴. A fin de garantizarlo, *los Estados tienen la obligación de no incorporar preceptos discriminatorios en las leyes que emitan, la cual no sólo se aplica para el caso de normas que desarrollen aspectos vinculados con los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que se aplica respecto a todo ámbito sobre el cual el Estado ejerce su función normativa*⁵⁵.

La discriminación por razón de origen se presenta de dos maneras: a) a través de la discriminación en base a la nacionalidad y b) mediante la discriminación en base al origen nacional⁵⁶. *La primera se produce respecto a los extranjeros, quienes en algunas oportunidades tienen dificultad para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los nacionales del país en que se encuentran*. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que *cuando un extranjero se encuentra en el territorio de un Estado, es titular de todos los derechos humanos por lo que,*

No debe haber discriminación alguna entre ciudadanos y extranjeros en el goce de estos derechos. Dichos derechos del extranjero sólo pueden ser sujetos a las limitaciones permitidas por el Pacto⁵⁷.

En el presente caso, los extranjeros tienen precisamente una dificultad que en algunos casos puede llegar incluso a la imposibilidad para ejercer su derecho de propiedad y otros derechos, sobre los inmuebles ubicados en las zonas de seguridad de las instalaciones militares y las industrias básicas, en igualdad de condiciones que los nacionales del país en que se encuentran (venezolanos), ya que la misma está sometida en virtud de la normativa descrita en el Capítulo I del presente trabajo, a un régimen de autorización militar para su adquisición, la cual incluye su condicionamiento a determinados usos.

Por ello, en definitiva, toda diferencia entre el extranjero y el nacional en el goce de un derecho civil debe ser examinado según el criterio de *razonabilidad* que se aplica en general para distinguir entre discriminación y diferencias de trato justificadas⁵⁸. *En el presente caso, como ha quedado demostrado, la distinción en el trato a que son sometidas las personas extranjeras frente a las nacionales para ejercer su derecho de propiedad y otros derechos, sobre los inmuebles ubicados en las zonas de seguridad de las instalaciones militares y las industrias básicas, en igualdad de condiciones, no es razonable, ya que los requerimientos de seguridad pueden ser logrados perfectamente de manera alternativa por otras vías sin necesidad de establecerse esta restricción que resulta por tanto discriminatoria.*

54. Observación General n° 18. *ob. cit.*, párr. 12.

55. V., *Anuario 2002: Red de Información Jurídica, ob. cit.*

56. O'DONNELL, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989, pp. 385 y 388.

57. Observación General n° 15, 27° Período de Sesiones, 1986, párr. 7, en *Recopilación de las observaciones generales, ob. cit.* pp. 21-22.

58. O'DONNELL, D., *Protección Internacional...*, *op. cit.*, p. 387.

En el caso bajo análisis, la propia Constitución descarta expresamente que el criterio de nacionalidad de la inversión y, en concreto, la condición de extranjero pueda ser utilizado como criterio aceptado para establecer cualquier trato desigual. En este sentido, el artículo 301 constitucional es tajante al establece en su parte final:

La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional.

Pero no sólo, en el caso concreto, se produce violación directa de la Constitución, sino que también, se producen vulneración de normas contenidas en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de fecha 3 de octubre de 1999 que, en sus artículos 6 y 7 establece el trato igualitario, justo y equitativo a los inversionistas extranjeros, en los siguientes términos:

Las inversiones extranjeras tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación.

Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán 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 el presente Decreto-Ley.

Es evidente, que al establecer los Decretos y Resoluciones aquí comentados, un especial régimen de limitaciones a la tenencia de inmuebles por parte de inversionistas extranjeros, se les está otorgando un trato injusto y no equitativo, además, estos actos constituyen medidas irracionales, desproporcionadas, arbitrarias y discriminatorias que afectan directamente la inversión extranjera realizada y su derecho de propiedad constitucionalmente consagrado. La limitaciones y régimen especial que se imponen a los inmuebles de extranjeros, dificulta las transacciones inmobiliarias de manera exagerada y desproporcionada, obstaculiza la gestión de la industria y los servicios que presta, así como el pleno disfrute de sus bienes y la posibilidad de ampliación o venta de la inversión extranjera, lo cual además de resultar inconstitucional, es contrario a la ley. En el presente caso, esta normativa, de rango sub legal y dictada en contravención con normas de rango superior, otorga un tratamiento jurídico distinto a sujetos en idéntica situación, al colocar a la inversión extranjera en una situación de minusvalía evidente, lo que esta prohibido expresamente por la Constitución.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *la discriminación supone el trato desigual a personas bajo una situación igual:*

...la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales⁵⁹.

En el presente caso, la normativa analizada sobre las zonas de seguridad, trata de forma desigual a dos categorías iguales de personas en razón de la nacionalidad: se le imponen limitaciones a los extranjeros titulares del derecho de propiedad u otros derechos, sobre los inmuebles ubicados en dichas zonas de seguridad.

Por ello, se produce una violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, al estar en presencia de una *situación en la cual se otorga un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación*, como es el caso de autos.

59. Sentencia n° 244 de fecha 20-02-2001.

En este sentido se ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Electoral, al afirmar,

Respecto a la denunciada amenaza de violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación (artículo 21 de la Constitución), observa esta Sala que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, incluyendo este órgano judicial, para que se produzca una lesión a dichos derechos constitucionales se requiere que las situaciones jurídicas subjetivas a comparar se encuentren en las mismas condiciones fácticas, a los fines de que deban ser objeto de idéntica regulación jurídica. En otros términos, para que se produzca una violación, o amenaza de violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, es necesario que se esté en presencia de una situación en la cual se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación⁶⁰.

De allí que la consecuencia generada en el menoscabo del ejercicio de un derecho en condiciones de igualdad, genera una discriminación contraria a la Constitución, como es el caso de autos aquí analizado. Este ha sido el criterio expresado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la igualdad de todas las personas ante la Ley, por lo cual a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1961, que aludía expresamente a la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social, en este nuevo texto constitucional se logra extender el concepto de discriminación a todas aquellas situaciones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Es así como esta norma constitucional ha venido a consagrar los principios que la jurisprudencia ha ido delineando, pues ésta ha sido conteste en señalar que la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria, resultando así necesario que la parte afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual⁶¹.

Por todo ello, sometido a examen de constitucionalidad el criterio de diferenciación extranjero escogido por el legislador (art. 16, LOSD) para someter a la autorización del Ministerio de la Defensa para adquirir, poseer o detentar la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la zona de seguridad de instalaciones militares o industrias básicas, no resulta aceptable ya que *no existe una justificación razonable* para establecer tal tratamiento diferenciado frente a los nacionales. En este sentido, la relación entre la finalidad de la norma (la seguridad y defensa nacional) y el medio escogido (restringir la apropiabilidad, la titularidad y el uso de la propiedad de extranjeros), resulta desproporcionado y por tanto irrazonable. En efecto, el juicio de *proporcionalidad* entre el fin buscado por la norma y los *medios* escogidos para ello debe tener en cuenta no solo la *necesidad* y la *adecuación* de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros *medios alternativos, que siendo menos gravosos podrían lograr igual cometido*⁶².

En este caso, como ha sido suficientemente demostrado *supra*, la finalidad de asegurar la seguridad y defensa de dichas instalaciones puede ser lograda por medios alternativos diferenciados y menos restrictivos, sin que ello resulte en una discriminación abierta entre venezolanos y extranjeros que carece de justificación. Motivo por el cual, *la diferenciación entre venezolanos y extranjeros para someter a éstos últimos a las*

60. Sentencia n° 004 de fecha 25-01-2001.

61. Sentencia n° 01459, de fecha 12-07-2001.

62. Corte Constitucional de Colombia, sentencia n° T-422 de 19-6-92.

restricciones establecidas en el artículo 16 de la LOSD y el resto del ordenamiento jurídico, resulta discriminatorio y por tanto violatorio de los artículos 21 y 301 de la Constitución y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 25 de la Constitución establece:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores. (Resaltados añadidos).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 constitucional, los actos estatales comentados son nulos por inconstitucionales, por resultar violatorios del derecho a la igualdad consagrado en los artículos 21 y 301 del Texto Fundamental.

V. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL ELECTO

De conformidad con el régimen municipal establecido en la Constitución, la autonomía de los municipios comprende la elección de sus autoridades y la gestión de las materias de su competencia. En este sentido, el artículo 168 constitucional dispone lo siguiente:

Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley. *La autonomía municipal comprende:*

1. *La elección de sus autoridades.*
2. *La gestión de las materias de su competencia.*
3. *La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.*

Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley.

Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y con la ley. (Resaltados añadidos).

Con relación a la elección de sus autoridades, la Constitución establece que el gobierno y la Administración del municipio corresponden a los Alcaldes o Alcaldesas electas popularmente (art. 174); y la función legislativa le corresponde a los Concejos Municipales también electos popularmente (art. 174).

Con relación a la gestión de las materias de su competencia, la Constitución establece que éstas son las propias de la vida local, las cuales comprenden la ordenación territorial y urbanística; la prevención y protección, vigilancia y control de los bienes; y los servicios de policía municipal (art. 178). Es evidente que la gestión de estas materias de la competencia municipal debe ser ejercida por las autoridades municipales electas (Alcaldes(a) y Concejale(a)s).

No obstante ello, los ocho decretos que crean las zonas de seguridad y las ocho resoluciones ministeriales aquí estudiadas y arriba identificadas, contienen regulaciones que violan la autonomía municipal consagrada en la Constitución. En efecto, estos ocho decretos ejecutivos, de naturaleza y rango reglamentario, tienen por objeto establecer la extensión y límites de las zonas de seguridad que circundan las instalaciones militares

en ellos descritas. Sin embargo, además de ello, estos decretos establecen que *el Ministerio de la Defensa queda encargado de la administración, supervisión, control y vigilancia de las Zonas de Seguridad que se crean*, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos (art. 2). El *Ministerio de la Defensa deberá elaborar el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso* de cada zona de seguridad, en los cuales se establecerán los *lineamientos, directrices y políticas para su administración*, así como la orientación para *la asignación de usos y actividades permitidas* (art. 6).

En primer lugar, la *militarización* de las zonas de seguridad resulta no sólo contraria a la Constitución y a la propia LOSD. En efecto, nada en la Constitución autoriza a la militarización total o parcial del país, particularmente en época de paz. Por ello, disponer -como lo hacen los decretos en sus artículos 2º- que el Ministerio de la Defensa queda encargado de la administración, supervisión, control y vigilancia de las Zonas de Seguridad que se crean, es subvertir el orden de gobierno y administración democrática del Estado venezolano, particularmente en sus cláusulas relativas a la forma de Estado Democrático y Social de Derecho (art. 2), el ejercicio democrático de la voluntad popular (art. 3), y la forma de Estado federal descentralizado (art. 4).

Pero además, la *militarización* de las zonas de seguridad viola la autonomía municipal en cuanto a la libre gestión de las materias de su competencia por sus autoridades electas, ya que la elaboración por el Ministerio de la Defensa del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de cada zona de seguridad, en los cuales se establecerán los lineamientos, directrices y políticas para su administración, así como la orientación para la asignación de usos y actividades permitidas (art. 6), va en contra de la competencia constitucional de los municipios propia de la vida local como es la ordenación territorial y urbanística (art. 178). En efecto, en una zona urbana la planificación territorial relativa a los usos y actividades permitidas es eminentemente de naturaleza municipal, por lo cual su nacionalización y particularmente su militarización resulta contraria a la autonomía municipal en la materia garantizada por la propia Constitución (arts. 174 y 178).

Pero además de ello, las *Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa* de fecha 19 de septiembre de 2002, en supuesta ejecución de los mencionados Decretos, disponen regulaciones con sendas comunicaciones al Ministro del Interior y Justicia y al Alcalde respectivo. En este sentido, la segunda disposición del Ministro de la Defensa en estos decretos -sin base constitucional, legal o reglamentaria alguna- resuelve oficiar al Alcalde del municipio respectivo y al Alcalde Metropolitano de Caracas, participándoles que en ocasión al decreto que crea la zona de seguridad en su jurisdicción, *se deben abstener de aprobar la realización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares dentro del perímetro demarcado como Zona de Seguridad a menos que exista, una expresa autorización de este Despacho para ejecutarla* (resuelto segundo).

Como se denunció arriba, la *militarización* de las zonas de seguridad viola la autonomía municipal en cuanto a la libre gestión de las materias de su competencia por sus autoridades electas, ya que la disposición a los Alcaldes de abstenerse de aprobar la realización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares dentro del perímetro demarcado como Zona de Seguridad a menos que exista, una expresa autorización de este Despacho para ejecutarla, va en contra de la competencia constitucional de los municipios propia de la vida local como es la prevención y protección, vigilancia y control de los bienes, y los servicios de policía municipal (art. 178). En efecto, la autorización de cualquier evento de concentración de público, marchas o similares particularmente en una ciudad es una competencia eminentemente de naturaleza

municipal, por lo cual su nacionalización y, particularmente, su militarización resulta contraria a la autonomía municipal garantizada por la propia Constitución (arts. 174 y 178). Con ello se vulnera además el goce y ejercicio de otros derechos constitucionales, como son: el derecho a manifestar (art. 68); el derecho de reunión (art. 53); el derecho al libre tránsito (art. 50); y el derecho a la libertad de expresión (art. 57).

VI. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN

Las regulaciones contenidas en los decretos ejecutivos que crean las zonas de seguridad y las resoluciones ministeriales correspondientes (identificadas en el capítulo I *supra*), parten de una concepción errada de la seguridad de la Nación en la LOSD que desarrolla el RP2. En efecto, la seguridad de la Nación en un Estado Democrático se fundamenta en los valores y fines de éste. En este sentido, la propia Constitución establece que los fines esenciales del Estado vinculados con la dignidad de la persona, el ejercicio de la democracia, la paz y los derechos humanos (art. 3):

El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

En un sentido concatenado, el ordenamiento jurídico y la actuación del Estado venezolano deben estar orientados por principios como la vida, la libertad, la democracia, la igualdad y en general la preeminencia de los derechos humanos (art. 2):

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

De allí que las normas relativas a los principios de la seguridad de la Nación, establezcan entre los principios de ésta a la paz, la democracia, la igualdad y la afirmación de los derechos humanos (art. 326):

La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil, para dar cumplimiento a los *principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos*, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar. (Resaltado añadido).

Como si fuera poco, la propia Constitución en desarrollo de los principios de seguridad de la Nación, únicamente estableció la zona de seguridad *de fronteras*, la cual en atención a esos principios podrá estar sujeta a regímenes especiales, pero sólo referidos en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial (art. 327):

La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una *franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial*. (Resaltado añadido).

En consecuencia, un régimen de la seguridad de la Nación no puede establecerse sino sobre la base de los principios y valores propios de una sociedad democrática, como los contenidos en las citadas normas de la Constitución: dignidad de la persona, el ejercicio de la democracia, la paz, los derechos humanos, la vida, la libertad, la democracia y la igualdad. Y en particular, el establecimiento de zonas de seguridad, cuando resulten procedentes, deberá llevarse a cabo conforme a los propios principios expresamente consagrados en la Constitución para este tipo de figuras, como son: regímenes especiales, pero sólo referidos en lo económico y social, poblamiento y utilización regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

En definitiva, un régimen de la seguridad de la Nación expresado en zonas de seguridad debe contener regulaciones en orden a garantizar y proteger la vida de las personas y los demás derechos que les son inherentes y esenciales. En el presente caso, como ha quedado demostrado, las medidas restrictivas adoptadas, no tienden a garantizar la vida ni los demás derechos de las personas, sino un concepto teórico de *seguridad y defensa* de instalaciones, que resulta absurdo, infundado, irrazonable y desproporcionado y por lo tanto inconstitucional. Por lo cual, el régimen de las zonas de seguridad está viciado de inconstitucionalidad, como quedó argumentado *supra*, ya que el mismo resulta contrario a la propiedad como un derecho humano consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la igualdad como derecho fundamental consagrado en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y al ejercicio democrático del gobierno y la autonomía municipal en los términos regulados en la propia Constitución.

VII. LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DECLARAR EL ESTADO DE EMERGENCIA

El efecto útil logrado mediante el régimen de las zonas de seguridad constituidos por el artículo 16 de la LOSD, el RP2, los decretos ejecutivos que crean las ocho zonas y las correspondientes resoluciones ministeriales⁶³, es la imposición de una *restricción excepcional* de los derechos fundamentales de propiedad, igualdad así como una *excepcionalidad* al régimen constitucional de la autonomía y gobierno democrático municipal contrario a los principios de la seguridad de la Nación.

Este régimen excepcional -independientemente de su procedencia o no incluso bajo circunstancias excepcionales- se adoptó sin seguir para ello los requisitos establecidos en la Constitución para decretar los estados de excepción y, especialmente, para restringir las garantías constitucionales (arts. 337 a 339).

Como ha sido demostrado en el presente capítulo, las restricciones excepcionales establecidas a garantías consagradas en la Constitución (ej. propiedad e igualdad) *no han cumplido con los requisitos factuales de procedencia ni los mismos han sido verificados, como son el caso de las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos* (art. 337).

63. Todos descritos e identificados en el Capítulo I.

En segundo lugar, tampoco se ha cumplido con el requisito de la *temporalidad* exigido por la Constitución (art. 337) para poder restringir de manera excepcional las garantías constitucionales del derecho de propiedad y a la igualdad. Sobre este importante requisito de la temporalidad, la jurisprudencia constitucional comparada ha establecido que durante los estados de excepción el legislador extraordinario está facultado para imponer restricciones atendiendo a razones de seguridad nacional que hagan aconsejable adoptar tales medidas, en orden a garantizar y proteger la vida de las personas y los demás derechos que les son inherentes y esenciales. Pero en estos casos, dichas restricciones deberán tener un *carácter transitorio y temporal, de manera que no se afecte el contenido fundamental de los derechos, y que por ende se asegure la proporcionalidad entre las medidas que se adopten y la gravedad de los hechos*:

Durante los estados de excepción el *legislador extraordinario* está facultado para imponer las limitaciones descritas atendiendo a *razones de seguridad nacional, convivencia ciudadana o estabilidad institucional que hagan aconsejable adoptar tales medidas, en orden a garantizar y proteger la vida de las personas y los demás derechos que les son inherentes y esenciales*. Es del caso precisar *que dichas restricciones deberán tener, además, un carácter transitorio y temporal, de manera que no se afecte el contenido fundamental de los derechos, y que por ende se asegure la proporcionalidad entre las medidas que se adopten y la gravedad de los hechos*⁶⁴. (Resultados añadidos).

En el presente caso, como ha quedado demostrado de las denuncias de inconstitucionalidad desarrolladas en este capítulo, las regulaciones contenidas en los actos estatales comentados⁶⁵, *contienen restricciones a los derechos y garantías constitucionales de la propiedad y a la igualdad, que afectan su contenido esencial y por ende no aseguran la proporcionalidad ni la razonabilidad entre los medios empleados y el supuesto fin de seguridad y defensa nacional*.

Por ello el efecto práctico logrado por las regulaciones impugnadas y su aplicación mediante los decretos que crean las ocho zonas de seguridad y las respectivas resoluciones ministeriales es el de establecer restricciones al libre ejercicio de los derechos fundamentales particularmente de extranjeros en las zonas de seguridad, que no son necesarias para lograr el fin de seguridad nacional, ya que el mismo puede lograrse mediante regulaciones alternativas, y además por que las restricciones impuestas no son proporcionales al supuesto fin perseguido.

Otro efecto práctico logrado con estas regulaciones es el de *evadir los controles constitucionales necesarios para la imposición de restricciones a las garantías constitucionales*, como son (art. 339):

- A. su presentación a la Asamblea Nacional (o a la Comisión delegada) para su consideración y aprobación;
- B. su presentación al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad; y
- C. la información al Secretario General de la ONU y al Secretario General de la OEA.

La evasión de estos controles establecidos por la Constitución y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vicia de inconstitucionalidad a los actos estatales comentados en este estudio, particularmente los ocho decretos que crearon las zonas de seguridad y las correspon-

64. Corte Constitucional de Colombia, sentencia de fecha 5-7-96, n° C-295/96.

65. Descritos supra en el capítulo I

dientes resoluciones ministeriales por desviación de poder, al pretender evadir los controles constitucionales para la adopción de decretos de estados de excepción que restrinjan las garantías constitucionales.

Esta situación generó, en consecuencia, la imposición de medidas excepcionales de restricción de garantías constitucionales, sin cumplir para ello los requisitos y procedimientos establecidos para su validez y vigencia. Esto es precisamente lo que ha denominado el Relator Especial de Naciones Unidas para los estados de excepción y el Comité de Derechos Humanos, los *regímenes de excepción de facto*⁶⁶. Se trata de situaciones en las cuales los Estados adoptan restricciones excepcionales a los derechos humanos, sin llevar a cabo la proclamación previa del estado de excepción y, particularmente, incumpliendo el requisito de publicidad en los términos establecidos en el Pacto Internacional. Tanto el Comité del Pacto de la Naciones Unidas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han negado a los Estados “la posibilidad de invocar el derecho de suspensión que la normativa internacional les reconoce, si la declaración del estado de sitio no ha sido debidamente notificada”, llegando incluso a establecer *la responsabilidad* del Estado infractor de estas normas y a reclamar “el levantamiento de las mismas y el resarcimiento de las víctimas”⁶⁷.

Por los motivos aquí expuestos, resulta evidente que las regulaciones objeto de este estudio y su aplicación mediante los decretos que crean las ocho zonas de seguridad y las respectivas resoluciones ministeriales, es el de establecer restricciones al libre ejercicio de los derechos fundamentales en las zonas de seguridad, que no son necesarias para lograr el fin de seguridad nacional, ya que el mismo puede lograrse mediante regulaciones alternativas y, además, por que las restricciones impuestas no son proporcionales al supuesto fin perseguido, por lo que configuran restricciones a los derechos y garantías constitucionales de la propiedad y a la igualdad, que afectan su contenido esencial y, por ende, no aseguran la proporcionalidad ni la razonabilidad entre los medios empleados y el supuesto fin de seguridad y defensa nacional. *Estas regulaciones fueron impuestas en desviación de poder para evadir la normativa constitucional para declarar los estados de excepción y las restricciones temporales a dichas garantía, violándose con ello los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución.*

VIII. LA GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL

Tal como lo señalamos anteriormente, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación establece que

Los *reglamentos* especiales de las zonas de seguridad, *determinarán* el procedimiento para su declaratoria, *el régimen sobre personas, bienes y actividades en las mismas, así como las sanciones a que hubiere lugar*, todo de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y el ordenamiento legal vigente. (Resaltados añadidos).

La norma contenida en el artículo en cuestión es inconstitucional en virtud de que viola flagrantemente la garantía de reserva legal, establecida en nuestra Constitución, al permitir que, mediante un acto de rango sub-legal como es un reglamento, se establezca

66. V., el Informe del Relator y las decisiones del Comité en la publicación de DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, UNAM, México 1999.

67. DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos...*, op. cit., p. 59-60.

el régimen aplicable a las actividades que los particulares ejerzan en las zonas de seguridad, así como los bienes ubicados en ellas, personas y demás derechos que se quieran ejercer, así como las sanciones. Ello evidentemente que atenta contra la garantía de la reserva legal establecida en nuestra Constitución en materia de restricciones y límites a los derechos y en la imposición de sanciones.

En efecto, la reserva legal es una garantía nuclear en el sistema constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución, tal y como resulta de toda la regulación contenida en sus artículos 19 al 129. Ello implica que sólo mediante ley se pueden limitar o restringirse los derechos garantizados en la Constitución.

Así, las limitaciones que el constituyente autorizó en materia del *régimen de las personas* como es el caso del ejercicio de los derechos al libre tránsito de las personas (art.50), derecho de asociación (art. 52), y el derecho de reunión (art. 53); del *régimen de los bienes* como es el caso del derecho de propiedad (art. 115); del *régimen de las actividades*, como es el caso del ejercicio del derecho a la libertad económica (art.112); y el *régimen de las sanciones* (art. 49, num.7), *únicamente pueden ser llevadas a cabo por el Estado mediante leyes sancionadas por el Poder Legislativo Nacional (Asamblea Nacional). Asimismo, y en particular en lo referente a las zonas de seguridad fronteriza, se vulnera lo establecido en el artículo 327 de la Constitución, en el cual se especifica que su régimen, poblamiento y utilización serán regulados por la ley.*

En tal sentido, el texto constitucional, reserva dichas regulaciones a la ley nacional, es decir, las emanadas de la Asamblea Nacional, teniendo ésta expresamente entre sus atribuciones, de conformidad con el artículo 187 de la Constitución, ordinal primero, “legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional”. Por su parte el artículo 156 constitucional enumera entre las competencias del Poder Público Nacional “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales”.

Es por ello que, las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales sólo pueden ser establecidas mediante *ley formal*, es decir, el acto normativo emanado de la Asamblea Nacional, previo cumplimiento del respectivo procedimiento que establezca la Constitución.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002, señaló:

La garantía de la reserva legal consiste en el establecimiento, a nivel constitucional, de determinadas materias que, por causa de su importancia jurídica y política, sólo pueden ser reguladas mediante ley formal, lo cual excluye la posibilidad de que sean limitadas mediante cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango jerárquico, aunque ello, como es lógico, no impide su desarrollo y regulación, dentro de los límites y remisiones de la ley, por esos otros instrumentos⁶⁸.

Por lo que, siendo la garantía constitucional de la reserva legal de la esencia del régimen constitucional del Estado de Derecho, los actos normativos y de efectos generales emanados por cualquier otro Poder Público diferente al Poder Legislativo, no puede invadir materias que se refieran al régimen de restricción o limitación a los derechos y garantías constitucionales, ni al establecimiento de sanciones.

68. SC/TSJ. *Caja de Ahorro del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez (CADOCIUNESR) contra la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez*, Exp. n° 02-2084, fecha 20-11-02.

Es el caso que, hasta la promulgación de esta nueva ley orgánica, la regulación de las zonas de seguridad la hacía la LOSD (artículo 16) restringiendo -inconstitucionalmente, por su contenido, como se argumentó- la adquisición de bienes por parte de extranjeros, edificación de obras, actividades económicas, etc. Con la entrada en vigencia de esta nueva LOSN, conforme a su artículo 52, las limitaciones y restricciones a las personas, a los bienes, a las actividades y las sanciones podrán ser fijadas y reguladas de manera unilateral por el Ejecutivo Nacional mediante su potestad reglamentaria.

Como bien es conocido, la facultad reglamentaria de la Administración Pública permite regular determinadas materias cuyas limitaciones hayan sido preestablecidas por el legislador, ello es, mediante leyes. En este sentido, la Constitución puede determinar e incluso invitar o limitar las áreas en las cuales el legislador puede establecer regulaciones que limiten el ejercicio de los derechos. Y es sólo una vez que el legislador haya desarrollado esa regulación, que el Ejecutivo puede reglamentar esa limitación legislativa, pero sin alterar su espíritu, propósito y razón (art.236 numeral 10).

Sin embargo, el legislador no está autorizado constitucionalmente para optar por *deslegalizar* una materia de la reserva legal, renunciando a su *deber constitucional* de ejercer la potestad de regulación legislativa, y en su lugar, pretender delegar de manera abierta y sin límite en el Ejecutivo, la facultad de desarrollo normativo de rango legal.

La *deslegalización* ha sido entendida por la doctrina más autorizada, como “la operación que efectúa una ley que, sin entrar en la regulación material del tema, hasta entonces regulado por la ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración”. Sin embargo, este mismo autor señala que “una ley de deslegalización opera como *contrarius actus* de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples reglamentos”⁶⁹.

En relación al tema de la deslegalización, la Sala Constitucional, ha señalado que tales Reglamentos no existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que por lo tanto, tal proceso atenta contra el principio de jerarquía de las leyes. En efecto, esta misma Sala dispuso:

Así, los reglamentos *delegados* -figura normativa no prevista en el ordenamiento jurídico venezolano, que implica una ruptura al principio de la jerarquía de las normas- son el producto de un proceso denominado en el derecho comparado como *deslegalización* (...) De manera que, las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos *delegados*, son calificadas como normas en blanco, toda vez que en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y sólo establecen remisiones vagas, al no tener conocimiento sus destinatarios de los hechos que se pretenden sancionar, y en otros, sólo establecen las sanciones y los delitos, pero la incursión en éstos dependerá de que se configure el supuesto previsto no en la disposición legal, sino en el instrumento reglamentario⁷⁰.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, ha señalado que “...la potestad reglamentaria no se despliega invocando o sustituyendo la disciplina legislativa, *sin que le sea tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un*

69. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1997.

70. SC/TSJ, Caso *COPEI vs. la Ley sobre Régimen Cambiario*, Magistrado Ponente: CABRERA, Jesús Eduardo, Exp: 00-1457.

desapoderamiento del parlamento en favor de la potestad reglamentaria, que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva⁷¹.

En el caso concreto observamos que el artículo 52 de la LOSN, al disponer que se fije por vía reglamentaria, no sólo la delimitación espacial de las zonas de seguridad, sino el tipo de actividades que allí pueden ejercerse, la afectación de bienes, actividades económicas, el ejercicio de otros derechos como los de manifestaciones públicas, reuniones, etc., así como las sanciones a que hubiere lugar, le está otorgando o endosando abiertamente al Ejecutivo Nacional la facultad constitucional para determinar los tipos de infracción y las sanciones aplicables. Esta delegación legislativa del legislador al poder ejecutivo no sólo implica una renuncia inconstitucional irresponsable a la facultad de legislar, sino además permite a la propia Administración Pública crear las sanciones y aplicarlas ella misma, violando con ello además la garantía de la separación de los poderes (art.136, Constitución).

Por otra parte, la garantía a la reserva legal, como límite para regular los derechos y garantías constitucionales también se encuentra establecida en los diferentes tratados sobre derechos humanos, los cuales a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de nuestra Constitución tienen rango constitucional, son aplicables de inmediato y prevalecen sobre el orden interno cuando contengan un tratamiento más favorable a su ejercicio.

En este sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos⁷² dispone que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos fundamentales sólo pueden ser aplicadas conforme a las *leyes*:

Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que la expresión *leyes* se refiere precisamente a los actos normativos adoptados por el Poder Legislativo democrático,

(...) la expresión *leyes*, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de *ley formal*, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

Es de hacer notar que esta formalidad tiene su sentido en la necesidad evidente de evitar restricciones a derechos fundamentales bajo el criterio de un sólo legislador que a su sola voluntad pueda decidir el contenido esencial de derechos fundamentales. Precisamente para evitar ello, la Convención Interamericana, que tiene preeminencia sobre el orden interno y es de rango constitucional, requiere que se siga el proceso normal de formación de las leyes y en consecuencia las discusiones y debates abiertos y democráticos con participación de las minorías, que sirvan de balance natural para evitar arbitrariedades que afecten derechos fundamentales.

Así podemos concluir que conforme a nuestra Constitución, las limitaciones y restricciones a los derechos constitucionales, así como las sanciones sólo podrían ser efectuadas por el Estado mediante leyes.

71. GUI MORI, Tomás, *Jurisprudencia constitucional 1981-1991 -Estudios y reseña completa de las sentencias del TC-*, Editorial Civitas S.A., Madrid 1992, p. 413.

72. *G.O.* n° 31256 de 14 de junio de 1977.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución, todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos consagrados en ella, es nulo.

En consecuencia, resulta evidente que conforme a los argumentos de derecho constitucional y derecho internacional anteriormente expuestos, podemos concluir que el artículo 52 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación viola la garantía de la reserva legal en materia de limitaciones a los derechos fundamentales y de creación de sanciones, lo cual acarrea su nulidad.

IX. CONCLUSIÓN

El régimen jurídico relativo a las zonas de seguridad en Venezuela en general y el que fue decretado en ocho zonas de seguridad en la zona metropolitana de Caracas en el año 2002 contiene una serie de vicios de inconstitucionalidad -además de los vicios de ilegalidad-. Los vicios que afectan dichos actos de nulidad por inconstitucionalidad, conforme ha quedado expuesto en el presente estudio, son los siguientes: violación del contenido esencial del derecho de propiedad; violación del derecho a la igualdad; violación de la autonomía municipal y el principio del gobierno civil electo; violación del concepto constitucional de seguridad de la Nación; violación de los requisitos constitucionales para declarar un estado de emergencia; y violación a la garantía a la reserva legal.

Dichos vicios afectan de inconstitucionalidad estos actos estatales. La impugnación conjunta de estos actos de efectos generales es de carácter popular, y la misma es de la competencia en la actualidad, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya que los mismos se incluyen normas de rango legal. Así, al tratarse de un recurso contra actos de efectos generales, no se requiere una legitimación activa específica, pues de conformidad con el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se trata de una *actio popularis*, es decir, que basta para ello el simple interés en la legalidad y la lesión a los derechos e intereses del recurrente. En este sentido, de conformidad con lo establecido en el ordinal 1 del artículo 336 de la Constitución y el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer de este tipo de recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad. La reiterada jurisprudencia de esa Sala ha señalado su competencia para el conocimiento de esas acciones, en los siguientes términos

Observa esta Sala, que durante la vigencia de la Constitución de 1961, correspondía a la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo establecido en los artículos 215, ordinal 3º y 216 eiusdem, en concordancia con lo previsto en los artículos 42, ordinal 1º y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para declarar la nulidad total o parcial de las leyes y demás actos generales de los cuerpos legislativos nacionales que colidieran con la Constitución. *Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, tal competencia atribuida anteriormente a la Corte en Pleno, se encuentra actualmente asignada a esta*

*Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 336 de la Carta Magna, (..) (Destacado y subrayado nuestro)*⁷³.

Finalmente, un tema que escapa a la jurisdicción constitucional y que queda pendiente para el poder constituyente en un futuro cercano, es la revisión de los conceptos sobre la seguridad de la Nación que fueron incorporados en la Constitución de 1999, algunos de los cuales resultan contrarios a los valores superiores de una sociedad democrática y un Estado Constitucional de Derecho.

73. TSJ/SC, sentencia de fecha 7 de octubre de 1988, Expediente n° 00-1443, *Jesús R. Quintero, vs. las normas previstas en los literales d, e, f y o del artículo 15 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura*, publicada en la G.O. n° 34.068.

QUINTA PARTE
DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

§ 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO

Juan Domingo Alfonzo Paradisi
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Tributario como facultad para la creación o el establecimiento de tributos, está consagrado en la Constitución de 1999, como poder originario, al Poder Nacional¹, Estados y Municipios. En efecto, el Poder Tributario del Estado, así como el de los Estados² y Municipios³, encuentra sus limitaciones en las normas de rango constitucional que establecen la competencia de los distintos poderes, así como, en los derechos fundamentales de los Ciudadanos. Ciertamente, el ejercicio abusivo del Poder Tributario, ya sea, por el Poder Nacional o por los Estados y Municipios ha constituido un tema de particular relevancia y sensibilidad, en las últimas dos (2) décadas, en el derecho público venezolano y concretamente en el ámbito del derecho tributario- con ocasión del ejercicio del Poder Tributario por parte de los referidos poderes.

Ante el ejercicio abusivo por parte de los Estados o Municipios del Poder Tributario, se ponen de manifiesto los principios constitucionales de la tributación y mas aun los derechos constitucionales como lo constituyen, fundamentalmente, el derecho de propiedad y el derecho al libre ejercicio a la libertad económica de los Ciudadanos, así como también, el principio de no confiscatoriedad de los tributos, en virtud de la novedosa previsión explícita del artículo 317 de la Constitución de 1999. Por otra parte, tal situación de ejercicio abusivo del Poder Tributario dio fundamento al artículo 156 numeral 13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴, según el cual, luego de diversos debates con relación a las normas previstas en la Constitución de 1961 en cuanto a la posibilidad de limitar el Poder Tributario de los Estados y

1. V., artículo 156 numeral 12 y 14 de la Constitución de 1999.

2. V., artículo 164 numeral 4 y 167 de la Constitución de 1999.

3. V., artículo 168 numeral 3 y 179 de la Constitución de 1999 consúltese así mismo en cuanto al Poder Tributario de los Municipios, ARAUJO MEDINA, Federico y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo en *Análisis Constitucional del Poder Tributario en Materia de Hidrocarburos*, Ediciones Torres Plaz & Araujos, Caracas 1995.

4. Como antecedente al artículo 156 numeral 13 y a los fines de garantizar la racionalidad del Sistema Tributario cabe destacar, el documento de la Sociedad Venezolana de Derecho Tributario, aprobado en la Asamblea Extraordinaria celebrada por dicha Asociación entre los días 7 y 21 de julio de 1999 y presentado a la Asamblea Nacional Constituyente dentro del proceso de un Proyecto de Constitución (Exposición de Motivos y articulado del Anteproyecto de Título Constitucional del Sistema Tributario), en el que se fundamentó la necesidad de la creación de una norma como la mencionada, invocando que "La preeminencia del nivel central o nacional justifica que se atribuya al legislador nacional la competencia de complementar las normas de la Constitución reguladoras de las relaciones entre las potestades tributarias de las entidades político territoriales, bien sea a través de leyes orgánicas o de leyes ordinarias, las cuales serían desarrolladas dentro de esos límites por normas subnacionales, es decir, por las leyes estatales, y las ordenanzas municipales". V., dicho documento en *V Jornadas de Derecho Tributario. Aspectos Tributarios en la Constitución de 1999*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Livrosca, C.A., 2000, p. 471.

Municipios, se consagró como competencia del Poder Nacional la facultad de legislar para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, así como, el establecimiento de parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alcúotas de los tributos estatales o municipales. Por consiguiente, de conformidad con la Constitución de 1999 el Poder Nacional, mediante ley, es competente para armonizar y coordinar los diversos Poderes Tributarios, establecer parámetros o limitaciones en cuanto a los tipos impositivos o alcúotas de los tributos estatales y municipales.

Sin embargo, dicha ley no ha sido sancionada en definitiva por la Asamblea Nacional y en todo caso, queda por dilucidar, y constituye el propósito del presente trabajo, ¿Cuándo, conforme al ordenamiento jurídico venezolano un tributo tiene carácter confiscatorio?; ¿qué limitaciones y protecciones existen frente al ejercicio abusivo del Poder Tributario? y por último, ¿cómo se hacen efectivas tales protecciones?

II. BREVE REFERENCIA DE LA DOCTRINA EXTRANJERA EN CUANTO A LA DEFINICIÓN DE TRIBUTOS CONFISCATORIOS⁵

El profesor argentino Héctor Villegas⁶ citando a la Corte Suprema Argentina destaca que dicho alto tribunal ha sostenido “*Que los tributos son confiscatorios cuando absorben una parte sustancial de la propiedad o de la renta*”. Así mismo, señala que “la confiscatoriedad se configura cuando se pruebe la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado...la Corte Suprema de la Nación ha dicho que es confiscatorio lo que excede del límite que razonablemente puede admitirse como posible de un Régimen democrático de gobierno, que ha organizado la propiedad con límites infranqueables que excluyen la confiscación de la fortuna privada, ni por vía directa, ni valiéndose de los impuestos”⁷. La confiscatoriedad existe, enseña Villegas⁸, porque “el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al

5. En cuanto a la doctrina venezolana es escasa en cuanto a la definición de los tributos confiscatorios. No obstante, puede consultarse en general en cuanto a la definición, ACEDO PAYAREZ, Germán, *Límites Cuantitativos de la Imposición en Venezuela (Expresa referencia a los impuestos que lesionan derechos y garantías constitucionales)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993; RUAN SANTOS, Gabriel, “Las Garantías Tributarias de Fondos o Principio Substantivos de la Tributación en la Constitución de 1999” en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Graficas Tao, Caracas 2000, pp. 79 y ss.; RAMÍREZ, Alejandro, BAUTE, Pedro, PLANCHART, Antonio, *Análisis del Régimen Tributario en la Nueva Constitución*, Edición Torres Plaz & Araujo Caracas 2000; BREWER-CARÍAS, Allan R., “Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tribuciones Confiscatorias” en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, enero-junio 1994, pp. 5 y ss. En términos generales y no en referencia específicamente a los Tributos, se señala que dentro de las medidas restrictivas de la propiedad por razones de orden público, y que implican su transferencia forzosa al Estado sin indemnización, está la figura de la Confiscación. Que se trata de una medida coactiva que afecta el patrimonio de una persona. V., BREWER-CARÍAS, Allan R., “Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de derecho Administrativo”, tomo VI, *Propiedad y Expropiación*, Editorial Arte, 1979, p.30.

6. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributarios*, 5ta. Edición ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 207.

7. V., VILLEGAS Héctor en “La no confiscatoriedad de los tributos” en *Principios Constitucionales Tributarios*, compilación del Profesor GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, Universidad de Salamanca y Universidad Autónoma de Sinaloa, México 1993, pp. 233 y ss.

8. VILLEGAS, Héctor, *Relatoría general de las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de septiembre de 1989, cuyo tema fue “Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Recae sobre el Sujeto Contribuyente”, p. 27.

aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insoportables, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por la vía indirecta la propiedad privada e impidiéndole ejercer su actividad”.

Por otra parte Alberdi señala: “...un impuesto abusivo era el que llevaba la contribución más allá de los límites de la renta...el gravamen... debe salir de donde salen los demás gastos privados, vale decir de la renta o de la utilidad de sus bienes. Es preciso vivir de las ganancias y para tener ganancias, se hacer menester trabajar los fondos que las producen. El estado debe subsistir de la renta colectiva de sus ciudadanos y no de sus capitales, exigir capitales es entrar en una crisis de destrucción”⁹.

Así mismo, se ha señalado que se está en presencia de un tributo confiscatorio cuando estamos en presencia de un gravamen excesivo, ahora bien, se ha señalado como tal “aquel que exija la liquidación total o parcial del patrimonio como consecuencia de la configuración técnica del tributo a la hora de su aplicación con carácter general. El impuesto sería confiscatorio al imposibilitar, en este caso, el mantenimiento en el mismo nivel de la capacidad productiva del sujeto pasivo”¹⁰.

Según J. Darby¹¹ confiscar es hacer pasar un elemento del patrimonio privado al patrimonio del Estado.

La jurisprudencia extranjera, como por ejemplo la Argentina, ha señalado que estamos en presencia de un tributo de carácter confiscatorio¹² cuando es desproporcionado o como lo señala la jurisprudencia de dicho país el tributo, quiebra el principio de la razonabilidad. Así se ha tratado de establecer un determinado límite cuantitativo para precisar cuando se está en presencia de un impuesto confiscatorio, por consiguiente, al ser superado el límite establecido por la jurisprudencia ya sea por un tributo individualmente considerado o por un conjunto de tributos estaremos en presencia de una tributación que supera el límite de la razonabilidad y por tanto en presencia de un tributo con carácter confiscatorio. Sobre la determinación de dicho límite cuantitativo remitimos al capítulo IV, del presente trabajo.

De allí, como una primera aproximación, puede sostenerse que un tributo es confiscatorio cuando absorbe parte sustancial de la renta del contribuyente o cuando absorbe el capital del contribuyente, al no ser posible satisfacerlo con la renta obtenida de ese capital.

9. ALBERDI, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1953*, pp. 282-283.

10. Consúltase “Vigencia y Operatividad del principio de la No Confiscatoriedad de los Tributos en el ordenamiento Jurídico Español” en *Principios Constitucionales Tributarios*, compilación del profesor GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio.

11. V., DARBY J.J., ponencia nacional Norteamericana, recogida por la ponencia General titulada “Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tribuciones Confiscatorias”, realizada por BREWER-CARÍAS y publicada en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, pp. 5 y ss.

12. En el caso del Perú, la Sala de Derecho Constitucional y Social de dicho Estado, (Expediente n° 1023-94) declaró fundada una Acción de Amparo contra la aplicación del impuesto mínimo a la Renta por varias empresas con pérdidas. En el Dictamen del Fiscal que dio sustento al fallo se expresó: que el impuesto mínimo atenta contra el principio de No Confiscatoriedad, ya que “el impuesto no puede representar para el contribuyente un egreso de monto tal que en los hechos implique desplazar hacia el Estado una parte tan significativa que le haga imposible restituir su patrimonio al nivel que tenía antes de pagar el tributo”.

III. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA PATRIA EN CUANTO A TRIBUTOS CONFISCATORIOS, EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La evolución de la jurisprudencia venezolana en cuanto a los tributos confiscatorios se puede sistematizar o escindir en tres tipos o criterios sostenidos por las sentencias¹³. Un *primer criterio*, constituido por una negativa a la admisión de tributos confiscatorios y la negativa de establecer limitaciones al Poder Tributario, un *segundo criterio* constituido, por aquellas sentencias que señalan que los tributos no pueden ser arbitrarios o desproporcionados, mas sin embargo, no admiten la confiscatoriedad del tributo o no declaran con lugar los recursos de anulación o las acciones de amparo constitucional, ya sea por razones de tipo procesal o por incompetencia del tribunal ante el cual se ejerció la acción de amparo o de inconstitucionalidad. Un *tercer criterio*, aun no completamente culminado, donde han sido declaradas con lugar- por la presunción de buen derecho o de violación o amenaza de violación de derechos constitucionales- medidas cautelares innominadas o acciones constitucionales de amparo cautelar. Sostenemos que está por dilucidarse el punto de la presión sobre el contribuyente de un conjunto de tributos y no solamente de uno individualmente considerado, así como las decisiones de fondo en cuanto a los recursos por razones de inconstitucionalidad interpuestos. Aquí deberá desarrollarse toda una jurisprudencia con fundamento en el principio de no confiscatoriedad (Art. 317 de la Constitución vigente) y la capacidad económica de los contribuyentes (principio de capacidad contributiva), aunado a la razonabilidad de las leyes (nacionales-estadales o municipales(ordenanzas) y los derechos constitucionales. En esta fase, deberá dilucidarse: ¿cuándo estamos en presencia de un tributo confiscatorio?, los elementos que exija el juez constitucional y si la confiscatoriedad se verifica con un tributo individual irrazonable o puede también materializarse por la conjunción de diferentes tributos, que individualmente considerados puedan no ser desproporcionados, pero en su conjunto sean irrazonables o excesivos.

Primer criterio: Negativa a admitir tributos confiscatorios:

i) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Magistrado ponente Dr. René De Sola, de fecha 20 de octubre de 1983, caso Manuel Cardozo, demanda de nulidad de la Ley de Impuesto Sobre la Renta por colidir abiertamente con los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución de 1961¹⁴. En dicho caso se alegó que:

En razón del fenómeno de la inflación que afecta a Venezuela, su moneda, el bolívar, ha perdido un ochenta por ciento (80%) de su valor o lo que es lo mismo que su valor ha quedado reducido a 0,20 céntimos, o sea que vale hoy por hoy cinco (5) veces menos en 1968, según datos estadísticos publicados en el Banco Central de Venezuela; que ignorando esta realidad el artículo 33 de la Ley de Impuestos Sobre la Renta, dispone que “la renta bruta proveniente de la venta de bienes... se determinará restando de los ingresos brutos... los costos de los productos enajenados...” y el artículo 35 establece: “En los casos de venta de inmuebles se tomará como costo la suma del importe del bien a incorporarse al patrimonio del contribuyente, el monto de las mejoras efectuadas y los derechos de registro” ...” Expresa igualmente el recurrente que el precio de venta de un inmueble, la mayoría de la veces no representa ganancia para el enajenante, sino

13. En cuanto a los criterios de sistematización, seguimos aquí lo expresado por RAMÍREZ, Alejandro; BAUTE, Pedro; PLANCHART, Antonio, *Análisis del régimen tributario en la nueva constitución*, Ediciones Torres Plaz y Araujo, Caracas 2000, p. 42.

14. *G.F.* tercera etapa volumen 122, pp. 7 y ss.

compensación por la depreciación monetaria acaecida, y al gravarse como renta neta la diferencia resultante del precio de venta y el costo de adquisición, se incurre en confiscación de la propiedad de los contribuyentes, con abierta violación de los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución Nacional"... *Por último, concluye el recurrente: "El impuesto sobre valorización de inmuebles, mal llamado impuesto sobre la renta, contemplado en las disposiciones mencionadas, al gravar como materia imponible una renta ficticia, o sea que no existe, sustrae del contribuyente, a título de impuesto una cantidad que no es otra cosa sino parte de su patrimonio. Al hacerlo así lesiona el derecho de propiedad que garantiza la constitución, y tal excepción constituye violación del artículo 101 de la carta fundamental de la República, porque no es otra cosa sino una expropiación llevada a cabo sin que medie sentencia firme y pago de justa indemnización. De otra parte, el impuesto a que me vengo refiriendo es, a la vez, una injusta y arbitraria exacción que implica confiscación de patrimonio al contribuyente con lo cual las norma legales impugnadas violan, también abiertamente, el artículo 102 de la constitución nacional, como formalmente lo denuncio.* (Cursiva nuestra)

En cuanto a estos agudos alegatos del recurrente la Corte observó:

a) toda ley que crea un impuesto exige del ciudadano la entrega, sin contraprestación directa, de una parte de su patrimonio particular. Esa contribución- que es un deber impuesto del artículo 56 de la propia constitución-no constituye violación alguna de lo dispuesto en el artículo 99 ejusdem, ya que éste, al garantizar la propiedad, expresamente señala que la misma queda sometida a las contribuciones que establezca la ley.

b) Por las mismas razones expuestas, no puede considerarse una expropiación susceptible de expropiación, la porción de su patrimonio que se sustrae al ciudadano en forma de impuestos, aunque en determinadas ocasiones éste pueda ser objetado por inequitativo, exagerado, inoportuno o inconveniente.

c) no existe tampoco colisión con el artículo 102 de la constitución, porque un impuesto nunca puede confundirse con la figura de la confiscación, mediante la cual se incautan bienes de un ciudadano en circunstancias y por motivos muy diferentes de lo que determina la exacción tributaria.

Estima la Corte, consecuentemente, que no existe la colisión denunciada de los párrafos segundo y tercero del artículo 35 de la Ley de Impuestos sobre la Renta con los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución, y así se declara.

Esta sentencia pilar en esta primera fase adoptó una posición fiscalista, según la cual el Poder Tributario no tiene limitación pudiendo ser excesivo y desproporcionado, sin que implique la violación de derechos o garantías constitucionales. Cabe así mismo destacar que esta primera fase, teniendo como fundamento la Constitución de 1961, la jurisprudencia sobre tributaciones confiscatoria es muy escasa y la sentencia líder es la anteriormente citada.

ii) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno con ponencia del Magistrado Dr. Alirio Abreu Burelli de fecha 29 de abril de 1997, caso *Sociedad Mercantil DOSA. S.A. vs Municipio Sucre del Estado Mérida* (consultada en original)¹⁵. Se impugna mediante el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad la norma contenida en el artículo 2 de la Ordenanza de Reforma Parcial de la Ordenanza de Patente sobre Industria y Comercio de fecha 27 de agosto de 1991 del Municipio Sucre del Estado Mérida y contra el acto administrativo de efectos particulares

15. Consúltese sobre el análisis de este caso y sus alegatos PLAZ ABREU, Rodolfo, "Cómo Matar la Gallina de los Huevos de Oro" en *Temas Fundamentales de Análisis Económicos del Derecho*, actas del tercer Congreso de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de análisis económico del Derecho, Asociación Venezolana del Derecho y Economía (VELEA), julio 1998, pp. 483 y ss.

contenido en la Resolución N° 334, emitida por el Alcalde del Municipio Sucre del Estado Mérida en fecha 11 de octubre de 1993. En cuanto al alegato de los recurrentes en relación a la denuncia de violación del principio constitucional de no confiscación la mayoría sentenciadora señaló:

Que el Concejo Municipal al modificar la alícuota a pagar por el ejercicio de la actividad comercial, no ha confiscado bienes propiedad de la empresa accionante en nulidad, sino que, en ejercicio de la potestad tributaria que le asiste, determinó la cuantía de la contribución que debe pagar la accionante.

La precedente consideración conduce, sin más, a la improcedencia de la denuncia de violación del principio constitucional de confiscación; sin embargo, es de añadir que del propio alegato se desprende, que, tal como se decidió *supra*, el impuesto grava en forma racional la actividad de la empresa, y de modo alguno es exagerado, injusto o irrazonable.

De tal manera, que según el criterio de la mayoría sentenciadora el aumento de los rubros en términos porcentuales, comprobado mediante experticia contable, de 900% y en otro de 1.566,67% no implica que se trate de un tributo desproporcionado o confiscatorio, sino que se deriva simplemente del ejercicio de su Poder Tributario y que constituye un tributo racional.

La sentencia en comentario consta de un importante voto salvado de la magistrada Hildegard Rondón de Sansó, que podemos subsumir en el tercer criterio señalado *ut supra*, en el cual se destaca que los tributos cuando violan derechos constitucionales tienen carácter confiscatorio. En efecto, el mencionado voto salvado se señaló lo siguiente:

Otro elemento de importancia hecho valer por los recurrentes es el *carácter confiscatorio del gravamen*, lo cual plantea la moderna tesis del control del impuesto confiscatorio, considerándose como tal aquel que lesiona los principios establecidos en los artículos 99, 101 y 102 de la Constitución. En efecto, de los artículos constitucionales enunciados pueden extraerse la conclusión de que a través de los mismos pueden controlarse la potestad tributaria que al rebasar los límites del sometimiento de la propiedad a las contribuciones que respecto a ella la Constitución establece se traduce en una confiscación o traslación coactiva de los bienes sin que medie su pago o indemnización.

A juicio de la disidente los vicios denunciados respecto al acto general impugnado al ser demostrados, debían afectar consiguientemente al acto individual objeto también de impugnación¹⁶.

16. En ese sentido PLAZ ABREU, Rodolfo, *op. cit.*, p. 487, en un trabajo en relación a la presión irracional de la que fuera objeto una empresa de distribución de productos masivos ubicada en el Municipio Lagunilla del Estado Mérida, destaca los hechos alegados en el recurso que interpusiéramos como apoderados de la mencionada compañía, así como señala los hechos comprobados por la experticia contable promovida y evacuada en el referido juicio: "Es el caso, que la referida entidad local al modificar la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio vigente para el año 1988, modificó el clasificador de actividades económicas, mediante el cual se establece el tipo o alícuota impositiva con múltiples tipos diferenciales y procedió a variar de manera irracional, los tipos aplicables a los productos objeto de la actividad económica habitual de la referida empresa.

La mencionada sociedad mercantil distribuía dos (2) productos, los cuales, en la Ordenanza primigenia (1988) estaban gravados con las alícuotas del uno por ciento (1%) y del cero coma tres por ciento (0,3%), respectivamente. Tales alícuotas o tipos impositivos, con la reforma experimentada en la ordenanza posterior pasaron del uno por ciento (1%) al diez por ciento (10%) y del cero coma tres por ciento (0,3%) al cinco por ciento (5%). Se pudo demostrar mediante experticia contable, que la variación de la alícuota o tipo anterior del uno por ciento (1%), que fue llevada al diez por ciento (10%), tuvo un incremento en términos porcentuales, del novecientos por ciento (900%); mientras que la alícuota o tipo impositivo anterior del cero coma tres por ciento (0,3%) y modificado al cinco por ciento (5%), experimentó un incremento, en términos porcentuales, del mil quinientos sesenta y seis coma sesenta y siete por ciento (1.566,67%).

Segundo criterio: Integrado, por aquellas sentencias que señalan que los tributos no pueden ser arbitrarios o desproporcionados, mas sin embargo, no admiten la confiscatoriedad del tributo o no declaran con lugar los recursos de anulación o las acciones de amparo constitucional:

i) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 16 de Julio de 1996, caso *Cámara de Comercio del Estado Táchira*, bajo la ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, mediante la cual se decidió un amparo intentado por dicha entidad conjuntamente con una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio y Servicios de índole similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira¹⁷.

Es criterio de esta Corte que los Municipios cuentan con la potestad de imponer o establecer impuestos por concepto de la actividad industrial y comercial que se realice en su jurisdicción (...) Ese Poder Tributario, *sin embargo, de forma alguna puede ser ejercido con total discrecionalidad, ya que el actuar del Municipio y en especial la fijación de los impuestos debe siempre guardar adecuación con los fines a ser alcanzados* (...).

En el caso de autos, como se ha visto, los actores alegan que el impuesto fijado en la Ordenanza impugnada es exagerado y que ha incrementado hasta en un 11.000%, en algunos supuestos, los montos a ser pagados; mientras que la representante del Municipio sostiene que la fijación de la forma de cálculo del impuesto es consona con la Constitución y las leyes y que si se ha producido un incremento en el pago de los impuestos municipales es porque simplemente antes se pechaba dependiendo del capital social del contribuyente (...).

Al respecto, no puede esta Corte en esta etapa procesal que únicamente permite un somero análisis preliminar del asunto obtener un criterio comparativo definitivo de las bases impositivas establecidas en diferentes Ordenanzas municipales, ni emitir pronunciamiento valorativo sobre la racionalidad o de los incrementos contemplados en la impugnada, para concluir si tales incrementos son el resultado de una arbitraria y extralimitada normativa o, por el contrario constituyen corrección y actualización de impuestos determinados en ejercicios anteriores, pues a una u otra conclusión sólo podrá arribarse en la fase final de la acción de nulidad ejercida en autos (cursiva nuestra).

Esta sentencia, si bien no acogió con fundamento en la Constitución de 1961, el principio de no confiscatoriedad y no se pronunció, en dicha etapa procesal, en cuanto a lo desproporcionado o no del impuesto, sin embargo, si deja sentado que el Poder Tributario en forma alguna pueda ser ejercido con total discrecionalidad, ya que el actuar del Municipio siempre debe guardar adecuación con los fines a ser alcanzados. Por tanto, la sentencia asoma, sin pronunciarse sobre lo arbitrario o extralimitado de la normativa de naturaleza fiscal, que la misma no puede ser arbitraria ni desproporcionada y que tiene como toda actuación discrecional que adecuarse a los fines previstos en la norma. No obstante, el fallo en comentario cuenta con dos (2) votos disidentes de los

En términos monetarios, para demostrar y evidenciar el carácter irracional de la modificación en la alícuotas impositivas y, en consecuencia, de un tributo mayor que conculca la rentabilidad razonable de una empresa de este tipo, podemos señalar lo siguiente:

La empresa, por el total de las ventas del producto sometido a la alícuota del uno por ciento (1%) venía pagando la cantidad de Bs. 638.245,24; al experimentarse el aumento de la alícuota al diez por ciento (10%), el monto del impuesto que tuvo que cancelar por concepto de las ventas del mismo producto fue de Bs. 6.382.452,40.

Por el producto sometido a la alícuota impositiva del cero coma tres por ciento (0,3%), la empresa venía pagando la cantidad de Bs. 54.606,44 y con la variación porcentual experimentada (del 5%), tuvo que cancelar la cantidad de Bs. 910.107,38.

La diferencia resultante entre ambas cifras o montos de impuestos fue de Bs. 6.599.708,10”.

17. *Idem*, pp. 43 y ss.

magistrados Héctor Grisanti Luciani e Hildegard Rondón de Sansó,- que pudiesen subsumirse en el tercer criterio que aquí se sistematiza-. En estos votos salvados se sentó lo que se expresa de seguida:

Al respecto, observo que, como se ha expuesto en otros fallos, los Municipios tienen derecho a gravar a los particulares y a imponerles los impuestos que la Constitución haya establecido como competencia de esos entes regionales. *Sin embargo, ese derecho municipal de fijar los porcentajes de los impuestos y tasas, no es ilimitado y mucho menos podrán ser desproporcionados en relación con la realidad económica de la localidad, ya que si estos se permitiera, se corre el riesgo de que dichos porcentajes no se adecue a la actividad lucrativa de los contribuyentes, lo que no permitiría el libre y normal desenvolvimiento comercial e industrial, pudiendo causar el cierre o la eventual confiscación tributaria de sus respectivos patrimonios.*

(omissis)

(...) al ser tan elevados los porcentajes de los impuestos y tasas, podría limitarse el libre ejercicio del comercio y causarse el cierre de las empresas contribuyentes, al no poder soportar un aumento tan abrupto y acrecentado, constituyéndose esto en una presunción de violación de los derechos constitucionales, contenidos en los artículos 95, 96, 98 y 99 de la Carta Magna; y, en consecuencia, debería suspenderse su aplicación a los recurrentes, de la Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicio e índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, emanada del Concejo Municipal del Estado Táchira, mientras dure el juicio de nulidad, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹⁸.

Este voto salvado señala el criterio disidente, según el cual, el Poder Municipal de fijar los porcentajes de los impuestos, base imponible y las alícuotas no es ilimitado y menos aún puede ser desproporcionado tomándose en cuenta la realidad económica de la localidad o el municipio de que se trate. Si esto no se respeta de acuerdo al voto salvado, puede implicar el riesgo de que no se adecuen a la actividad lucrativa de los contribuyentes, impidiéndose así el libre ejercicio de la actividad lucrativa de sus preferencia (ya sea comercial o industrial) pudiendo conllevar el cierre del establecimiento incluso una confiscación de naturaleza tributaria de los patrimonios de los contribuyentes. En consecuencia, este voto salvado deja sumamente claro que los porcentajes de los impuestos y tasa no pueden ser aumentados de manera desproporcionada y abrupta ya que pueden impedir el libre ejercicio de la actividad lucrativa y el cierre de empresas, al no poder soportar el contribuyente dichos aumentos inusitados y desproporcionados.

De igual manera, la magistrado Hildegard Rondón de Sansó salvó su voto arguyendo lo siguiente:

Es indudable que los Municipios tienen una tendencia voraz en materia impositiva, que sólo a través del control jurisdiccional puede moderarse. De allí que, en casos como el presente, en el cual era evidente el aumento desmesurado del gravamen muy por encima de la inflación, que la Corte ha debido calificar la naturaleza confiscatoria o no del tributo, para establecer un paradigma que sirviese de guía a la potestad impositiva de los entes municipales¹⁹.

Con estos votos salvados se destaca la importante labor en un Estado de Derecho y en un Estado Federal que debe realizar el Poder Judicial como controlador de los actos de contenido tributario ante el ejercicio abusivo del Poder Tributario. En efecto, estos votos salvados comienzan a señalar una tendencia minoritaria, al principio, que

18. Voto salvado del magistrado GRISANTI LUCIANI, Héctor, Caracas 8 de agosto de 1996.

19. Voto salvado de la magistrada RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, Caracas 25 de septiembre de 1996.

destacaba la importancia y la necesidad del control jurisdiccional para moderar y controlar el ejercicio del Poder Tributario.

ii) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Político Administrativo de fecha 26/06/97, caso *Distribuidora Polar del Sur, C.A. (DIPOSURCA) vs Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui*, Magistrado ponente Humberto La Roche (Consultada en original). En el presente caso Distribuidora Polar del Sur intentó Acción de Amparo conjuntamente con Recurso Contencioso Tributario contra acto administrativo contenido en la planilla N° 369469 emanada del Municipio Simón Rodríguez Estado Anzoátegui.

En fecha 31 de octubre de 1994, fue publicada en la Gaceta Municipal la nueva ordenanza sobre Patente Industria y Comercio, en la cual se modificaron las alícuotas aplicables a los efectos de la determinación del tributo. La empresa accionante señala al respecto, que mientras con anterioridad a dicha ordenanza se calculaba el impuesto, conforme al tipo impositivo de 1,50% del total de ingreso de la producción de bebidas alcohólicas, la nueva ordenanza fija la alícuota de 4,90% del total de ingresos bruto por tal concepto lo cual implicaría un excesivo aumento.

La acción de amparo se fundamentó, en la presunta violación de los derechos constitucionales de libertad económica y de propiedad en virtud de que la carga tributaria establecida por la nueva ordenanza resultaría excesiva e implicaría una tributación confiscatoria. Dicha acción de amparo fue declarada con lugar por el Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario ya que el pago establecido en la determinación de la obligación tributaria fue tan elevado y desproporcionado que impedía el ejercicio de la actividad lucrativa de la empresa en el referido Municipio. Por tanto, el tribunal *a quo*, señaló que la cuestionada ordenanza de Patente Industria y Comercio era contraria a los derechos constitucionales invocados ordenando su inaplicación. Dicho expediente subió en consulta y la Corte señaló:

El problema planteado en este caso, del cual depende en definitiva el determinar si existe o no violación de los derechos constitucionales a la propiedad y a la libertad económica de la empresa accionante, estriba en dilucidar si la aplicación de la alícuota establecida en la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio, resulta, por excesiva, que implique una violación de los mismos. *En otras palabras, si la aplicación de tal alícuota genera por sí sola que la empresa DIPOSURCA, viniere a ser poco rentable. En este caso, resultaría procedente el amparo cautelar solicitado por la accionante.*

Así mismo la Corte destacó:

Que el hecho de que se haya planteado en el Concejo Municipal del Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui la reforma de dicha ordenanza, por considerar que el impuesto por ella establecido es demasiado oneroso, no puede constituir por sí solo elemento suficiente como para que pueda presumirse gravemente la violación constitucional... No considera, pues este alto tribunal que se derive de la aplicación de la ya tanta veces mencionada ordenanza ninguna presunción grave de violación del derecho al libre comercio o la propiedad de la accionante. Así se declara.

Así la mayoría sentenciadora, consideró que el aumento de la alícuota, por sí solo, no constituye elemento suficiente para que pudiese presumirse la violación constitucional. Sin embargo, esta sentencia tiene un relevante voto salvado de la magistrado Hildegard Rondón de Sansó, quien disintió de sus colegas respecto al rechazo manifestado en el fallo en cuanto a la naturaleza confiscatoria del impuesto, que no podía omitirse el examen de este elemento que es de importancia en el control jurisdiccional de las ordenanzas que establecen tasaciones consideradas como confiscatorias, así como de los actos administrativos que las hacen efectivas.

Estima la disidente que se ha despertado una afección fiscalista en los organismos descentralizados territorialmente, que los lleva a establecer alícuotas de un monto tal que lleva a disturbar la actividad económica objeto de la tasación, alcanzado incluso el carácter de “Impuesto confiscatorio”. La disidente estima que “el control del carácter confiscatorio del impuesto puede fundarse en lo dispuesto en el artículo 102 de la Constitución recordando al efecto que la materia ha sido objeto de recientes estudios por parte de los tributaristas”... y de análisis de Congresos Internacionales de Derecho Comparado, en los cuales el elemento fundamental ha sido la verificación en cada tipo de impuesto, de si es posible o no que el mismo se pueda calificar de confiscatorio.

Así mismo, destaca la disidente que:

Es indudable y sobre todo en los impuestos sucesorales, porque en general gravan los actos de transmisión a título gratuito, así como la llamada contribución de mejora es donde la potestad del Fisco se ha hecho más exigente y cercana a la figura que se expone. En los impuestos indirectos, en los cuales es el consumidor el que en definitiva paga el tributo, no fácil es aislarla ; pero en los impuestos directos opera con frecuencia, lo cual ha llevado a la jurisprudencia en algunos países a fijar el porcentaje de la renta que puede ser afectado, sin que pueda hablarse de confiscatoriedad; pero es indudable que el establecimiento cuántico, en forma rígida no constituye un valor de aplicación automática aun cuando pueda ser indicativo del exceso en el Fisco pudiese haber incurrido.

Es indudable que los Municipios tienen una tendencia voraz en materia impositiva que sólo a través del control jurisdiccional puede moderarse. De allí que, en casos como el presente, en el cual era evidente el aumento desmesurado del gravamen muy por encima de la inflación que la Sala ha debido calificar la naturaleza confiscatoria o no del tributo, para establecer un paradigma que sirviese de guía a la potestad impositiva de los entes municipales.

Así de acuerdo al voto salvado, se destaca la importancia del control jurisdiccional para moderar la tendencia voraz impositiva de los entes municipales así como para controlar por ende el Poder Tributario municipal, y se señala que ante el aumento desmesurado de algunos tributos la Sala podía calificar o no su naturaleza confiscatoria, estableciendo así una señal que sirviese de guía al Poder Tributario de los Municipios.

iii) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa, caso *Elías Izaguirre contra Municipio Girardot del Estado Aragua*, de fecha 10 de febrero de 1998, Magistrado ponente Hildegard Rondón De Sanso (consultada en original). En el presente caso se ejerció una acción de amparo constitucional de forma conjunta con un recurso de nulidad por el ciudadano Elías Izaguirre, Presidente de la Distribuidora Regional de Loterías S.A. contra el artículo 7 literal b) de la ordenanza del referido Municipio. En dicho amparo se alegó que el impuesto atentaba contra el principio de proporcionalidad del tributo así como, en contra del derecho de propiedad y la posibilidad de convertirse en un impuesto confiscatorio, ya que se establece un impuesto del 15% sobre la totalidad de los ingresos. Sin embargo, la Sala se declaró incompetente para conocer el Recurso de Anulación ejercido conjuntamente con acción de amparo constitucional declinando su competencia en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de que al tener el amparo naturaleza cautelar y accesorio son las normas referente al recurso de anulación (el principal) las que deben aplicarse a los fines de determinación de la competencia. “Así al impugnarse una Ordenanza Municipal concretamente la Ordenanza de apuestas lícitas del señalado Municipio, si bien alegando razones de ilegalidad, *es cierto que lo que está en juego es la determinación de la falta de moderación y la proporcionalidad de la alícuota fijada para el impuesto municipal y la violación de los derechos constitucionales a la propiedad y no confiscación*. Por tanto, es forzoso para la Sala declararse incompetente y ordenar remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, conforme a los

artículos 42 ordinal 4 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de los Artículos 215 ordinal 4 y 216 de la Constitución de 1961". (Cursiva nuestra). A pesar de que la Sala Político Administrativa se declaró incompetente si señala, a los efectos de la determinación de la competencia que lo clave es la determinación de la falta de moderación y proporcionalidad de la alícuota fijada para el impuesto municipal e igualmente la violación de los derechos constitucionales a la propiedad y a la no confiscación.

iv) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Constitucional, de fecha 27 de julio del 2000, caso Cámara de Industriales del Estado Miranda contra los Códigos del Clasificador de Actividades Comercio-Industriales o Similares de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Sucre del Estado Miranda, Magistrado Ponente Héctor Peña Torrelles (Consultada en Original). En el presente caso, se impugnó mediante recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con medida cautelar, el Código clasificador de actividades y comercio industriales o similares de la Ordenanza sobre patente de industria y comercio del Municipio Sucre del Estado Miranda de fecha 27 de julio de 1996 identificados con los números 31401 (Fabricación de cigarrillos) 41011 (Producción transmisión y Distribución de Energía Eléctrica por empresas privadas), 6100708 (mayor de bebidas alcohólicas) y 6100709 (mayor de bebidas no alcohólicas). El fundamento de esta acción, entre otros, lo constituye la violación al principio de la no confiscatoriedad, en virtud, del aumento desmesurado de las alícuotas tributarias referentes a las actividades que desempeñan los accionantes. Para el caso de la electricidad el aumento de la alícuota con relación a la anterior ordenanza alcanza hasta un 135% para distribución de bebidas alcohólicas alcanza hasta un 135%; para la distribución de bebidas no alcohólicas se aumentó en 135.5% y para la industria del tabaco en un 135.2%. Lo cual resulta evidentemente desproporcionado, exagerado, desmesurado y totalmente ajeno a la capacidad contributiva de las accionantes. Así mismo, las accionantes alegaron que tal aumento está por encima de la capacidad contributiva y de cualquier otro factor económico tal como la inflación, alegando una falta de proporcionalidad entre el aumento del costo de la vida y el aumento del aforo impositivo representando un enriquecimiento indebido para el Municipio. Asimismo, se alegó la superposición de impuestos Municipales con Impuestos nacionales como acontece con los cigarrillos y las bebidas alcohólicas alegando, por tanto, el carácter confiscatorio del impuesto. La Corte admitió la acción de nulidad interpuesta por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad ordenó las notificaciones de ley, e igualmente ordenó al juzgado de sustanciación la apertura de un cuaderno separado para una vez cumplidas las notificaciones conste en el expediente el emplazamiento de los interesados se provea sobre la medida. Así, este constituye otro caso, no resuelto en cuanto al fondo ni en cuanto a su medida cautelar, hasta donde conocemos, pero en el cual se pone de manifiesto por los recurrentes, lo exagerado del aumento de la alícuota y se ordena abrir cuaderno separado para la decisión sobre la mediada solicitada.

Tercer Criterio: Declaratoria con lugar de medidas cautelares o acciones de amparo constitucional por la presunción de buen derecho o de violación o amenaza de violación de derechos constitucionales.

i) Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Superior Primero de la Región Capital, de fecha 24 de enero 1990, Caso *Inversiones Confinanzas, C.A., vs Concejo Municipal del Distrito Guaicaipuro del Estado Miranda*. Magistrado ponente Noelia González Ordóñez (consultada en original). En el presente

caso se interpuso recurso contencioso administrativo de anulación conjuntamente con acción de amparo constitucional, en virtud, del silencio administrativo en relación con el recurso jerárquico interpuesto contra el acto que declaró sin lugar el recurso de reconsideración y que calculó la tasa para la expedición de la licencia de industria y comercio en un millón ochocientos cincuenta mil bolívares (Bs. 1.850.000). La accionante planteó la violación de diversos derechos constitucionales, entre ellos, el de propiedad y libertad económica, alegando igualmente, que la *tasa* constituiría una *confiscación impositiva*, que no permitiría a la recurrente la obtención de utilidad alguna. De igual manera, alegó la recurrente que la *tasa* constituye una clara amenaza al derecho de propiedad puesto que, de ser ejecutada, la recurrente debería responder con sus activos ya que, no dispone de capital suficiente para hacer frente a tal obligación. Por último, que además de ser discriminatoria impide el libre ejercicio de su actividad económica. En este sentido el tribunal, con respecto a la violación del artículo 96 de la Constitución de 1961 (derecho de libertad económica) destacó:

En relación con la denuncia de violación del derecho consagrado en el artículo 96 de la Constitución Nacional, es conveniente observar que sin duda el poder municipal tiene Derecho a percibir las contribuciones a las cuales, por concepto de impuesto y tasas municipales, estén sometidos los particulares; *pero dichas contribuciones no pueden ser de tal proporción que no se permita el normal desenvolvimiento de las otras actividades lucrativas de los contribuyentes. En el presente caso, el Tribunal considera que efectivamente, el pago de la suma que ha liquidado la municipalidad a la recurrente es de tal magnitud que impediría a ésta el ejercicio de su actividad en dicha jurisdicción, ya que la misma no sólo perdería toda rentabilidad sino que constituiría una carga para la empresa.* (Cursiva nuestra)

En efecto, desde ya comienza a perfilarse una jurisprudencia-adelantada en su tiempo- que señala, que si bien puede ser ejercido el Poder Tributario y concretamente el Poder Tributario Municipal, tal Poder encuentra sus limitaciones en los derechos constitucionales; y de otra parte, que si bien los derechos tienen también limitaciones, las mismas no pueden ser de tal magnitud o proporción que dejen vacío de contenido o hagan nugatorio el ejercicio de los mismos. Así mismo, señaló dicha sentencia:

En ese sentido, el artículo 96 de la Constitución Nacional, al consagrar como regla la libertad de industria y comercio, dispone la posibilidad de establecer límites a dicha libertad únicamente por razones de seguridad, sanidad u otras de interés general.

Por otra parte, el establecimiento de las referidas limitaciones es de estricta reserva legal, con la salvedad que, en función de la actual restricción de dicha garantía, el Ejecutivo Nacional puede, por vía de decreto, establecer tales limitaciones, pero siempre dentro del supuesto de la norma constitucional citada.

En el caso en estudio, la pretensión de cobro de la Administración Municipal constituyen una limitación a la libertad de industria y comercio sin fundamento en los supuestos de la norma constitucional a que se ha hecho referencia, *la cual de ejecutarse, impediría el ejercicio por parte de la recurrente de la actividad lucrativa que le es propia pues provocaría en su patrimonio un desequilibrio tal que le impediría la producción de renta alguna a partir de su actividad.* En ese sentido, el acto que fija el monto de la tasa impuesta a la recurrente por concepto de licencia para iniciar operaciones, al constituir una limitación a los derechos de la recurrente no autorizada por la constitución, es violatoria de la libertad de industria y comercio de la recurrente consagrada en el artículo 96 de la Carta Fundamental. Así se declara. (Cursiva nuestra)

Así la referida sentencia también avanza en el tema del límite de los impuestos y su carácter confiscatorio, en el sentido que los impuestos no pueden ser desproporcionados o excesivos y mas aún, en que los impuestos no pueden ser tan desproporcionados que causen desequilibrios y que afecten el patrimonio o capital de las empresas necesario para la continuación de su actividad. Por último, la sentencia asoma la importancia de

los derechos constitucionales frente al ejercicio abusivo del Poder Tributario y en este caso del municipal y la aplicación de la garantía jurisdiccional a través del amparo, como garantía de las garantías.

Destacamos que esta sentencia se adelanta en la evolución jurisprudencial venezolana y constituye, a pesar de ser una sentencia de primera instancia, un fallo de avanzada, no solo en cuanto al derecho de amparo, sino en cuanto al alcance de las limitaciones de los derechos constitucionales y los límites del Poder Tributario (Municipal) en este caso.

ii) Sentencia dictada en fecha 11 de octubre de 1995 por Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Lux de Venezuela, C.A.* bajo la ponencia del magistrado Humberto J. La Roche²⁰.

Así, establecido lo anterior, resulta necesario examinar si verdaderamente la cuestionada Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira resulta contraria a los derechos constitucionales invocados para ordenar entonces su inaplicación en la esfera del solicitante, siendo evidente -tal como lo declaró el Juzgado Superior Segundo en el fallo consultado- que, en efecto *la formula escogida para calcular el impuesto municipal indicado constituye una violación del derecho a la libertad económica, por cuanto representa una carga tributaria desproporcionada en relación con la labor que desempeña la accionante en la jurisdicción del indicado Municipio (...)* (Cursiva nuestras).

Así comienza la mayoría de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia a pronunciarse a favor de la violación de los derechos constitucionales cuando estamos en presencia de un tributo desproporcionado o excesivo. En el caso en comentario, la Sala Político Administrativa inaplicó la Ordenanza de patente de industria y comercio respectiva, al establecer un impuesto que representaba una carga tributaria desproporcionada en relación con la labor o actividad que desempeñaba la accionante en la jurisdicción del municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

iii) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional, de fecha 06 de diciembre de 2000, caso *Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) y Telecomunicaciones Movilnet contra el Anexo "A" denominado Clasificador de Actividades Económicas, Comerciales, Industriales o Similares contenido en el Código 7200 y sus códigos integrantes 720001, 720003, 720003 y 720004 de la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio*, Magistrado ponente Héctor Peña Torrelles (consultada en original). El presente caso consistió en recurso de nulidad interpuesto por razones de inconstitucionalidad conjuntamente con acción de amparo constitucional y subsidiariamente medida cautelar innominada. La Corte se declaró competente y admitió la acción de nulidad ejercida. En cuanto a la solicitud de amparo, la Corte luego de analizar diversas normas de rango constitucional y legal que atribuyen competencias al Poder Público Nacional en materia de telecomunicaciones (156 numerales 12, 28, 32 y 33; 187 de la Constitución del 1999, 187 y 169 de la Constitución de 1999), evidencia que:

Los Municipios gozan de una potestad tributaria constitucional que se debe ejercer dentro del ámbito propio de las constitución y las leyes. Por ello, *la creación y aplicación y el impuesto establecido mediante la Ordenanza Municipal de Industria y Comercio, citada por el Municipio Valencia del Estado Carabobo, específicamente el contenido del anexo "A" del clasificador de*

20. Consúltese a RAMÍREZ, Alejandro, y otros en *Análisis del Régimen Tributario en la nueva Constitución*, Edición Torres Plaz & Araujo, 2000, p. 46.

actividades económicas, en su código 7200 y sus códigos integrantes 720001, 720003, 720003 y 720004, referente a la “Actividad de las Empresas de Telecomunicaciones Teléfonos y Telefonía” a las cuales les corresponde una alícuota impositiva del 30% anual y un mínimo tributable de Un Millón de Bolívares (Bs. 1.000.000,00), no se encuentra dentro de las potestades asignadas a los entes Municipales ni en la Constitución de 1961, ni tampoco en el texto fundamental vigente; motivo por el cual, la creación, determinación y posterior exigencia en el referido tributo, podría constituir una infracción al principio de la reserva legal previsto actualmente en el artículo 156, numerales 12, 28, 32 y 33, de la vigente carta fundamental en materia de gravamen sobre la actividad de telecomunicaciones.

En virtud de las consideraciones constitucionales, legales y jurisprudenciales antes expuestas, estima pertinente esta Sala señalar -sin que ello implique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado- que al establecer la Ordenanza sobre Patente de Industria y comercio del Municipio Valencia del Estado Carabobo en su artículo 1º que “1 la presente ordenanza regula y establece el procedimiento y los requisitos que deben cumplir personas naturales o jurídicas para ejercer en forma habitual y/o eventual, en jurisdicción del Municipio Valencia, actividades comerciales, industriales o de índole similar”, *tal exigencia, eventualmente podría constituir a juicio de esta Sala, una presunción de violación del derecho que tienen tanto la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, como la empresa Telecomunicaciones Movilnet, C.A., de dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, contenido en el artículo 112 de la Constitución vigente, en virtud de que el régimen legal relativo a la materia de las telecomunicaciones, corresponde establecerlo al Poder Nacional, tal y como se desprende del principio de la reserva legal establecido en el artículo 156 numerales 12, 28, 32 y 33 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

Por todo lo antes expuesto, esta Sala estima que del examen del principio constitucional denunciado como infringido, surge una presunción de buen derecho a favor de la parte actora. Así se declara.

Estima además esta Sala, que si concluida la sustanciación de la presente acción de nulidad ejercida por razones de inconstitucionalidad, se verifica que la norma impugnada contenida en la citada Ordenanza ha podido infringir las disposiciones invocadas por las empresas accionantes, *el Municipio Valencia del Estado Carabobo habría obtenido de las accionantes, un pago ilegítimo y ello configuraría una violación a los derechos denunciados, ya que podría mermar de manera significativa el patrimonio de las accionantes, afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa, con lo cual podrían acarrearles daños irreparables por la sentencia definitiva, y ello podría ocasionar la imposibilidad de prestar un servicio de calidad a la comunidad, por lo cual, siendo que el mencionado servicio telefónico es esencial para la población, se podría causar eventualmente un daño irreparable tanto a las compañías accionantes, como a los usuarios de tal servicio, si las mencionadas empresas, paralizan sus actividades en la jurisdicción del Municipio Valencia del Estado Carabobo. Así se declara.*

Asimismo, esta Sala considera que, la dificultad de obtener el reintegro de cantidades pagadas posiblemente de manera indebida, representa un perjuicio que difícilmente podrá ser reparado por la sentencia que decida la acción principal. *Además, el pago de un tributo que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un pago que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que pueda significar un desequilibrio patrimonial que justifica en este estado de la causa la inaplicación de la normativa impugnada.*

Consecuencia de lo anterior, esta Sala debe acordar medida cautelar de amparo a favor de las accionantes, ordenado respecto a ellas la inaplicación del dispositivo contenido en el Anexo “A” denominado “Clasificador de Actividades Económicas. (Cursiva nuestra)

Esta sentencia de la Sala Constitucional, una de las fundamentales, en cuanto a este tercer criterio, sostiene, en primer término, que el Poder Tributario Municipal no es ilimitado, sino que debe ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales (siguiendo quizás implícitamente la máxima de la sentencia Caso: *Heberto Contreras Cuenca*, Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha. 13 de noviembre de 1989 con

ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas). En segundo término, en el presente caso, las actividades que se pretenden pechar con el impuesto de patente de industria y comercio están reservadas al Poder Nacional y carece el municipio de Poder Tributario sobre las actividades de Telecomunicaciones, incurriéndose así en una violación al principio de la reserva legal previsto en el artículo 156 numerales 12, 28, 32 y 33 de la Constitución de 1999. En tercer término, existe una presunción de violación al derecho de Cantv y Molvinet de dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, establecido en el artículo 112 de la Constitución vigente, ya que, corresponde al Poder Nacional establecer el régimen correspondiente a la actividad de Telecomunicaciones. Por tanto, al pretender el municipio Valencia, mediante el impuesto de patente de industria y comercio, gravar dicha actividad, existe una presunción de violación del mencionado derecho constitucional. En cuarto término, señala la Sala Constitucional, que si concluida la sustanciación se verifica, que la norma impugnada en la citada ordenanza, ha podido infringir las disposiciones invocadas por las empresas accionantes, el Municipio Valencia del Estado Carabobo habría obtenido un pago ilegítimo y ello configuraría una violación de los derechos denunciados, ya que podría mermar de manera significativa el patrimonio de las accionantes, afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa, con lo cual podrían acarrearles daños irreparables por la sentencia definitiva. En quinto término, destacó la sentencia bajo análisis, que el pago de un tributo, que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un pago que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que pueda significar un desequilibrio patrimonial que justificó en ese estado de la causa la inaplicación de la normativa municipal.

iv) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional de fecha 6 de marzo de 2001, caso *Cervecería Polar del Centro, C.A., Alimentos Linz C.A., Canteras Cura, C.A.*, Magistrado Ponente Antonio García García, (consultada en original). En este caso se interpuso una acción de nulidad parcial por razones de inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de amparo constitucional y de forma subsidiaria de medida cautelar innominada contra la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo. Sobre el carácter confiscatorio de la multa establecida en el párrafo único del artículo 53 de la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio del Estado Carabobo, que establece una multa que oscila entre el 50 % y el 100% del monto causado por concepto de Patente de Industria y Comercio en el periodo fiscal, para aquellos contribuyentes que no presentaren las declaraciones referidas a su movimiento económico o que lo hicieren con datos falsos u omisiones, la Corte luego de analizar el derecho de propiedad y el principio de no confiscación artículo 115 y 116 respectivamente de la Constitución del 1999 así como el artículo 317, sobre la cual ningún tributo tendrá efectos confiscatorios establece que:

tal desiderátum se hace extensivo a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal, de lo contrario se perdería la armonía con el resto de la normativa constitucional.

En efecto, con base en los artículos , 115, 116 y 317 de la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo observa:

Que si bien la propiedad tiene un derecho sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acorde con determinados afines (función social, utilidad pública), tales limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal, siempre y cuando las referidas restricciones no constituyan un menoscabo absoluto o irracional del aludido derecho de

propiedad. Esto es, que imposibilite de tal forma la capacidad patrimonial de los particulares que terminen extinguiéndola.

En el ámbito tributario, la vulneración de derecho de propiedad se pone de manifiesto cuando tal, como asienta el tratadista Héctor Villegas, el estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insoportables, desbordando así la capacidad contributiva de la persona vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada e impidiéndole ejercer su actividad

La sentencia en comentario constituye una de las sentencias líderes, en lo que hemos denominado este tercer criterio, ya que aplica el artículo 317 de la Constitución de 1999 que prohíbe los tributos confiscatorios; extendiendo dicho principio a las sanciones de *carácter tributario*, es decir aquellas relacionadas con las obligaciones de naturaleza tributaria. Deja conciencia, así mismo, esta sentencia de la presión fiscal que ejercen sobre el contribuyente el conjunto de tributos y que la capacidad contributiva del ciudadano es una sola, la cual puede verse afectada ya sea por un tributo o por un conjunto de tributos emanados del Poder Nacional o de los distintos Poderes Tributarios dentro del Estado Federal (Estados y Municipios). Concluye la Sala Constitucional inaplicando la referida norma de la ordenanza municipal hasta que sea decidido el fondo del asunto en virtud de la amenaza cierta de su aplicación y la consecuente violación al derecho de propiedad así como la afectación del derecho a la libertad económica. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo destaca que la vulneración de derecho de propiedad como resultado del pago de un tributo confiscatorio, ha sido prohibido por el constituyente de 1999 en el artículo 317 y tiene su fundamento directo, en el artículo 316 de la Constitución del República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual el sistema tributario debe procurar la justa distribución de las cargas públicas conforme a la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población. En consecuencia, luce evidente para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo la conclusión que a los Poderes Públicos les está vedado el establecimiento de tributos o sanciones tributarias que puedan amenazar una parte sustancial del derecho de propiedad del contribuyente, con la negativa consecuencia que tal situación conlleva, al extinguir la fuente generadora del tributo y el daño que tal situación ejerce en la ya mermada economía del país. Así, la Sala Constitucional extiende el principio de no confiscatoriedad, consagrado en materia tributaria por vez primera en la Constitución de 1999, a las sanciones.

No olvida, por otra parte, la Sala Constitucional la presión fiscal ejercida por el conjunto de tributos que recaen sobre el contribuyente. Esto es la capacidad del contribuyente es una sola y ésta puede verse afectada ya sea por un tributo o por un conjunto de tributos emanados del Poder Nacional o de los distintos Poderes o niveles de Gobierno dentro del Estado Federal Venezolano. Destaca la Sala Constitucional que en el caso analizado se encuentra frente a una infracción tributaria que deviene de la omisión de un deber formal, a la cual se le establece una sanción que conforme a la discrecionalidad de la administración tributaria puede variar entre el 50% y el 100% del monto total causado por concepto del Impuesto Patente de Industria y Comercio, siendo que la aplicación máxima de la referida sanción pudiera dar lugar a la duplicación del monto con el cual deben cumplir los particulares a las cargas públicas del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo. Por consiguiente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo consideró que al ser la ordenanza de patente de industria y comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo un acto normativo que la administración

local debe ejecutar, existe una amenaza cierta de que se dicte multas contra los accionantes en virtud del parágrafo único del artículo 53 de la Ordenanza impugnada, lo cual resultaría conculcatorio del derecho de la propiedad de las empresas accionantes. Por otra parte, consideró la Sala que la aplicación efectiva a la normativa impugnada podría causar daños de difícil reparación y podría mermar de manera significativa el patrimonio de las accionantes afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa. Además, señaló la Sala Constitucional que el pago de una sanción tributaria que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un desembolso que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que podría significar un desequilibrio patrimonial que justifica la inaplicación de la normativa impugnada. En consecuencia, se suspendieron los efectos del referido parágrafo único del artículo 53 de la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo hasta tanto se decidiese el fondo del asunto sometido a la jurisdicción de la Sala Constitucional.

IV. LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS

La Constitución de 1999 establece, diversas normas para evitar o prohibir las tribuciones confiscatorias e igualmente establece derechos constitucionales que fungan como límites a los impuestos, tasas o contribuciones que tengan tal naturaleza. En este sentido nuestra carta fundamental establece:

Artículo 316. El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos.

Por tanto, uno de los artículos fundamentales del sistema tributario constitucional venezolano²¹, que consagra a su vez una serie de principios capitales en cuanto a la tributación²², prevé la justa distribución de las cargas públicas de acuerdo al principio de capacidad económica o contributiva del contribuyente. Este importante principio de la capacidad contributiva se encuentra complementado por el principio de progresividad también de rango o naturaleza constitucional.

Por otra parte, el artículo 116 de la Constitución de 1999 establece la prohibición de confiscación de bienes, en efecto el mencionado artículo prevé:

21. V., en este particular CASADO HIDALGO, Luis R., *Temas de Hacienda Pública*, Ediciones de la Contraloría, Caracas 1978, pp. 395 y ss. El mencionado autor señaló que el artículo 223 de la Constitución de 1961 (el cual fue sustituido por el 316 de la Constitución de 1999) “fija lo que podríamos llamar la dogmática inexcusable de nuestro sistema tributario, y es a la par que una formulación de política tributaria cuyos destinatarios son las tres ramas del poder público: República, estados y municipalidades, también una disposición mandatoria, más que programática que regula todo el sistema...”.

22. Esta norma establece un conjunto de principios: Principio de la Capacidad económica del contribuyente o principio de capacidad contributiva, así como de objetivos: protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población sustentados todos ellos en un sistema eficiente para la recaudación de tributos. Sobre los Principios Constitucionales de la Tributación consúltese ALFONZO PARADISI, Juan Domingo y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo en “El Tributo Municipal en los espacios no urbanos” en *Revista de Derecho Urbanístico* n° 5, pp. 41 y ss.

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.

De igual manera, pero con mayor especificidad concerniente al ámbito tributario, el artículo 317 además de establecer el relevante principio de la legalidad tributaria prevé que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio (*principio de no confiscatoriedad* en materia tributaria). De allí pues, que el legislador tiene que tener en cuenta la capacidad contributiva del contribuyente al momento de establecer el respectivo tributo y de igual manera dicha prohibición constituye una garantía jurisdiccional al momento de operar la respectiva exacción sobre el patrimonio del ciudadano o de la empresa. En este sentido el referido artículo establece:

Artículo 317: No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

Esta norma de rango constitucional, introduce así en el sistema constitucional tributario venezolano una limitación explícita al Poder Tributario, al prohibir los tributos confiscatorios. Por tanto, el legislador tiene una norma de naturaleza constitucional que prohíbe la confiscatoriedad de la tributación. En todo caso, como ya lo hemos señalado de violarse tal disposición de raigambre constitucional además de la verificación de violación de otros derechos constitucionales, se manifiesta ésta de forma inmediata como garantía de los ciudadanos, esto es *la no confiscatoriedad de los tributos*²³.

Por otra parte, la Constitución de 1999 establece en sus artículos 112 y 115 el derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad:

Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

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 interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

El artículo 25 de la Constitución de 1999 establece que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la Ley es nulo. De allí, pues al estar en presencia de un tributo confiscatorio como acto administrativo de efectos particulares que incide en los derechos del

23. Sobre esta norma se ha señalado que la inclusión de la figura de la *no confiscatoriedad*, como el aspecto más resaltante y novedoso del artículo 317, V., en este sentido RAMÍREZ Alejandro, BAUTE, Pedro y PLANCHART, Antonio, *Análisis del Régimen Tributario en la nueva Constitución*, Edición Torres, Plaz y Araujo, Caracas 2000, p. 40.

contribuyente dicho acto es nulo de nulidad absoluta de conformidad con el referido artículo 25, al violar entre otros la garantía a la libertad económica o la garantía de propiedad de los ciudadanos.

Por último, el artículo 156 numeral 13 de la Constitución de 1999 prevé que es competencia del Poder Público Nacional, la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial. Por tanto, el Poder Nacional a través de la Asamblea Nacional y con ocasión de su competencia para la coordinación y armonización de los diversos Poderes Tributarios (República, Estados y Municipios), pudiese establecer parámetros y limitaciones en cuanto a las alícuotas y tipos impositivos de los Estados y Municipios, limitando así la voracidad fiscal de los entes políticos territoriales menores y constituyendo, sin duda, una herramienta para la armonización de los tributos en el Sistema Tributario Nacional, además, de un buen instrumento con el objeto de disminuir la presión fiscal sobre los contribuyentes y evitar la imposición de tributos confiscatorios.

Así mismo, se establece en el ordenamiento jurídico venezolano concretamente en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en materia Contribuciones por Mejoras un límite al legislador en cuanto al monto total de la contribución de mejoras no podrá exceder del señalado en la Ley Nacional y su defecto del sesenta por ciento (60%) del costo de las obras o de la instalación del servicio, según presupuesto aprobado y verificado por la Contraloría General de la República pero más importante aún, es la previsión, salvo disposición en contrario de la Ley Nacional respectiva, que el monto de la contribución de mejoras se debe calcular en relación del valor real de las propiedades afectadas, pero no podrá ser, para cada propiedad, mayor del cinco por ciento (5%) del valor de dicha propiedad, por cada obra, conjunto de obras, o instalación de servicios que se efectuó en una misma oportunidad. Por consiguiente, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se prevé un límite al legislador para que al momento de establecer el tributo, teniendo en cuenta el derecho de propiedad y la garantía de la no confiscatoriedad, no pueda excederse del mencionado límite del cinco por ciento (5%). Así, el legislador preserva el derecho de propiedad contra tributos o contribuciones por mejoras excesivos y establece un límite al legislador local al momento de establecer mediante ordenanza las contribuciones por mejoras. En este sentido, el Dr. José Andrés Octavio, señala que esta disposición legislativa pudiese constituir un importante precedente, para la posibilidad de llevar al Código Orgánico Tributario, disposiciones generales que desarrollen dicho principio y que podía referirse no sólo un tributo individual, sino al conjuntos de tributos, incluyendo a los establecidos por diversos niveles de Gobierno.²⁴

Artículo 113. “El Municipio, además de los ingresos que señala el artículo 31 de la Constitución de la República, tendrá los siguientes:

(omissis)

3° La contribución de mejoras sobre los inmuebles urbanos que directa o indirectamente se benefician con la construcción de obras o el establecimiento de servicios por el Municipio y que sean de evidente interés para la comunidad, de acuerdo a lo que determine la ley nacional de la

24. OCTAVIO, José Andrés, *Informe Nacional de Venezuela en las XIV Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributarios* celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de septiembre de 1989 titulado “Las Garantías Constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente” p. 10.

materia y las Ordenanzas respectivas. El monto total de la contribución de mejoras no podrá exceder del señalado en la ley nacional y en su defecto, del sesenta por ciento (60%) del costo de las obras o de la instalación del servicio, según presupuesto aprobado y verificado por la Contraloría General de la República.

Salvo disposición en contrario de la ley nacional respectiva, el monto de la contribución de mejoras se calculará en relación al valor real de las propiedades afectadas, pero no podrá ser, para cada propiedad, mayor del cinco por ciento (5%) del valor de dicha propiedad, por cada obra, conjunto de obras o instalación de servicios que se efectúe en una misma oportunidad.

Igual porcentaje corresponderá al Municipio por mayores valores que adquieran las propiedades en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se verán favorecidas por planes de ordenación urbanística, observándose, al respecto lo establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

Así pues, además de las normas constitucionales que establecen la garantía del derecho de la propiedad privada y al ejercicio de la actividad económica, así como el principio de no confiscatoriedad establecido en el artículo 317 de la Constitución de 1999, se prevé, en la legislación venezolana concretamente en la Ley Orgánica de Régimen Municipal una disposición que limita el monto de la contribución de mejoras calculado en base del valor real de las propiedades afectadas no pudiendo ser mayor del cinco por ciento (5%) del valor de dicha propiedad de cada obra, conjunto de obra o instalación de servicio que se efectúen.

V. LA DETERMINACIÓN O BÚSQUEDA DE LÍMITES CUANTITATIVOS FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS

Está claro que lo que se prohíbe es el impuesto confiscatorio, es decir aquel impuesto excesivo, que produzca efectos indeseables, que exceda el límite de lo razonable o aquellos que absorban o sustraigan una parte sustancial de la propiedad o la renta. Por consiguiente, la dificultad²⁵ radica en determinar ¿cuál es el límite de lo razonable? o ¿cuándo el impuesto deja de ser elevado para convertirse en confiscatorio? o ¿cuándo efectivamente se absorbe una parte sustancial de la renta o de la propiedad?. En este sentido se ha señalado²⁶ que “En todo sistema constitucional donde se encuentren establecidos principios rectores del ejercicio del Poder Tributario del Estado, y se garanticen los Derechos fundamentales de los Ciudadanos, las tributaciones confiscatorias pueden ser consideradas inconstitucionales, siendo el problema esencial, determinar, desde el punto de vista jurídico cuando un impuesto puede considerarse confiscatorio. Por lo tanto, la dificultad no está tanto en determinar si la tributación

25. En este sentido RUAN SANTOS, Gabriel, cita una sentencia del Tribunal Constitucional Español la cual destaca que la confiscación “no supone la privación imperativa sino la exigencia lógica de no agotar la riqueza imponible-sustrato, base o exigencia de toda imposición-sopretexto del deber de contribuir”. Así mismo, según la señalada sentencia del tribunal español, la prohibición de no confiscatoriedad debe ser entendida: “como un límite-indeterminado y de difícil determinación” de la progresividad del sistema tributario en “Las Garantías Tributarias de fondos o principio substantivo de la tributación en la Constitución de 1999” en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Gráficas Tao, Caracas 2000, p. 93.

26. V., en este sentido el texto de la ponencia general realizada en el *XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Montreal en 1990* por BREWER-CARIAS, Allan R., “Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tributaciones Confiscatorias” publicado en la *Revista Derecho Público* n° 57-58, enero-junio 1994, p. 7.

confiscatoria debe considerarse o no inconstitucional -que lo es- sino que, como lo señala R. Mussgnug con referencia a Alemania Federal, lo verdaderamente difícil “Está exclusivamente en definir lo que es un impuesto confiscatorio y como se lo puede distinguir de un impuesto elevado pero constitucionalmente objetable”. Este límite o frontera no es ni absoluto ni objetivo, y su determinación depende de varios elementos que están vinculados a la tradición política y a la realidad económica y social de un país en un momento dado”. En efecto, en las XIV Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario, celebrada en Buenos Aires, en 1989²⁷, Que los límites de la carga fiscal admisible, según los criterios jurisprudenciales y doctrinales expuestos durante las Jornadas, se exhiben como marcadamente variables de país en país...”

Por tanto, se ha buscado por un sector de la doctrina del derecho tributario la definición con precisión de un límite cuantitativo que distinga cuando estamos en presencia de un impuesto confiscatorio frente a un impuesto elevado. Se ha señalado en este sentido en Derecho Comparado que en esta materia no hay reglas absolutas²⁸, siendo ejemplos contrastantes Suecia y Argentina, sin embargo según el autor francés P.M. Gaudemet podría afirmarse que “Una tributación puede calificarse de confiscatoria cuando lo elevado de su tasa obliga al contribuyente, en virtud de que sus ingresos disponibles no le alcanzan, a reducir su patrimonio para cancelarla”²⁹.

Según el autor argentino Héctor Villegas “La dificultad surge para determinar concretamente que debe entenderse por *parte sustancial*, y cabe decir que no existe respuesta a ello en términos absolutos. La razonabilidad de la imposición se debe establecer en cada caso concreto, según exigencias de tiempo y lugar y según los fines económico-sociales de cada impuesto”³⁰.

En este sentido un sector de la Doctrina Argentina³¹ ha señalado que no es aconsejable que el texto constitucional establezca un límite fijo, siendo preferible que el análisis se realice caso por caso, conforme a las situaciones concretas que se presenten. El concepto de razonabilidad ha sido fundamental en el sistema de control judicial de las leyes en Argentina, dicho concepto exige que los órganos del Estado, en todas sus actividades, respeten un cierto límite, más allá del cual se produce la alteración del derecho y la pérdida de su esencia Constitucional. Así el problema de la jurisprudencia Argentina ha sido el de determinar cuando el monto del impuesto resulta razonable y confiscatorio y ha fijado como tope para la validez constitucional de ciertos tributos el 33%³². En este sentido, en diversos países se ha tratado de determinar por tipo de tributo, ya sea individualmente considerado o por la acumulación de tributos, el límite

27. V., VILLEGAS, Héctor, *Relatoria de las XIV Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario*, celebradas en Buenos Aires en 1989 cuyo tema fue “las Garantías Constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente”.

28. BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, p. 7.

29. Ponencia Nacional Francesa referida por BREWER-CARÍAS en ponencia general *citada ut supra*.

30. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributario*, 5ta. edición ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 207.

31. *Idem*.

32. En efecto, en la jurisprudencia Argentina de la Corte Suprema el eje alrededor del cual gira todo el sistema es la regla que considera que un impuesto es confiscatorio cuando el monto de su tasa es irrazonable. V., en este sentido LINARES QUINTANA en *Tratado de la Ciencia Derecho Constitucional*, 2da. edición, Buenos Aires, p. 313. Así mismo, ANDREOZZI, Manuel citado por VILLEGAS sostiene: “Para que un tributo sea constitucional y funcione como manifestación de soberanía, debe reunir distintos requisitos, entre los que se ubica preponderantemente la razonabilidad, lo cual quiere decir que el tributo no debe constituir un despojo, para lo cual debe respetar el derecho de propiedad”.

cuantitativo o *la cifra cabalística* para escindir cuando estamos en presencia de un impuesto confiscatorio a un impuesto constitucional elevado. A lo cual haremos referencia de seguida:

1. *En el impuesto inmobiliario.* En Argentina, la Corte Suprema Nacional de ese país ha declarado inconstitucional³³ “el impuesto inmobiliario que insume más del 33% de la renta calculada según el rendimiento normal medio de una correcta y adecuada explotación (Fallos, 196-122). Así, en lo que concierne al impuesto inmobiliario y su límite cuantitativo la jurisprudencia Argentina ha considerado como confiscatorio el impuesto que supere la tercera parte del ingreso probable del inmueble³⁴. En Suiza³⁵, se “consideró constitucional, por el Tribunal Federal un impuesto sobre bienes raíces que gravaba con una tasa del 53 % el monto del impuesto sobre venta de bienes inmuebles. No obstante, en decisiones más recientes luego de 1979, se ha insistido en la aplicación de la garantía de la propiedad” y se obliga así al legislador a conservar la sustancia del patrimonio existente y a mantener la posibilidad de constituir un nuevo capital. En Alemania, “se consideran inconstitucionales si obligan a la personas a entregar en breve tiempo su propiedad y se consideran confiscatorios si la tasa impositiva tiene, respecto al ingreso, una incidencia tal que se vuelve insuficiente para pagar el impuesto”³⁶.

2. *En el impuesto sucesorio.* También ha declarado inconstitucional, la Corte Suprema Argentina, el impuesto sucesorio que excede del 33% del valor de bienes recibidos por el beneficiario (Fallos, 190-159; 234-129 entre otros)³⁷. Ciertamente la jurisprudencia Argentina ha oscilado entre varios porcentajes para luego tomar como confiscatorio aquél que excede el 33%. En Francia, la tasa del impuesto sobre sucesiones puede alcanzar un 60% sin ser considerada confiscatoria³⁸. En Alemania, se considera como el límite sobre el cual se está en presencia de un impuesto confiscatorio el 50%³⁹.

33. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 5ta edición ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 207.

34. Con respecto al impuesto inmobiliario y su confiscatoriedad en Argentina se ha considerado como tal aquél que absorbe una proporción superior al 33% de la renta o del capital. Al inicio se señala que dicho tope fue oscilante, luego en numerosos precedentes se estableció el tope del 33% de las utilidades, más allá del cual, en circunstancias ordinarias, el tributo implica un desapoderamiento inconciliable con el derecho de Propiedad. Posteriormente, este tope fue mantenido por la Corte Suprema Argentina, que sólo se apartó de él en el supuesto de propietarios radicados en el extranjero, en que admitió que el impuesto, incluido el recargo de ausentismo, podía absorber hasta el 50% del rendimiento de un inmueble. Se ha destacado así mismo, que la renta que se debe considerar como base para medir la confiscatoriedad del impuesto, cuando absorbe más del 33% es la renta probable a obtener de un inmueble, mediante una explotación eficiente y razonable hecha por el común de las gentes. Consúltese CASÁS, José Osvaldo, *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, pp. 77 y ss. y VILLEGAS, Héctor, “El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria”, en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1994, pp. 245 y ss.

35. V., ponencia nacional Suiza en BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

36. V., ponencia nacional Alemana en BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

37. Se discute en la doctrina Argentina, si el impuesto a la herencia se considera que grava el capital, o constituye un impuesto a la renta acumulada por el causante o si es un tributo a la renta accidental del heredero. VILLEGAS cita a FONROUGE y señala que éste último acoge que se trata de un impuesto que grava una renta accidental del heredero, asumiendo dicho autor también esta tesis. Por tanto, señala VILLEGAS que “al tratarse de un impuesto que grava una renta accidental del heredero, y no un capital, concluye que esta jurisprudencia que declara confiscatorio el impuesto que excede el 33% del haber transmitido, no implica reconocer la confiscatoriedad del capital en el límite del 33%”.

38. V., ponencia nacional Francesa, realizada por GAUDEMET, citada en ponencia general de BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

39. V., ponencia nacional Alemana realizada por MUSSGUG, en ponencia general realizada por BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

3. *En el impuesto sobre la renta.* Ninguna jurisprudencia Argentina ha declarado la inconstitucionalidad del impuesto sobre la Renta. Esto acontece porque en principio el impuesto sobre la renta deja a salvo o intacto el capital que lo produce. Pero tal aseveración deja de ser cierta cuando el impuesto a la renta es desproporcionado o excesivo. En efecto, si las alícuotas del impuesto son muy elevadas o excesivas no sólo se pagará dicho impuesto con las utilidades sino que podrá incidir sobre el capital. En este caso, conforme con Villegas: “el impuesto habrá incidido sobre el patrimonio y se dará el caso de confiscatoriedad”⁴⁰. En Alemania, el impuesto sobre la renta puede llegar hasta el 53% y los impuestos sobre los intereses pueden llegar hasta el mismo porcentaje con tal que no graven el ahorro (capital) en sí mismo⁴¹. En Suiza, la Constitución Federal fija las tasas máximas del impuesto federal sobre la renta de las personas físicas en un 11,5%⁴².

4. *En la contribución de mejoras.* En Argentina, se ha declarado no válida la contribución de mejoras que no guarda prudente relación con la valoración del inmueble (Fallos, 130-161; 179-188). Así mismo, la Corte Suprema de ese país ha sentado que la contribución no debe exceder el beneficio especial que recibe la propiedad afectada, que es lo único que puede cobrarse al dueño sin violar la Constitución nacional (Fallos 187-234)⁴³. Por tanto, en relación a las contribuciones por mejoras no se mantiene el límite rígido del 33%⁴⁴. En Suiza, en contraste no se ha considerado confiscatorio un impuesto sobre plusvalía que supere el 60%.

40. Según el tratadista Argentino GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *Temas de Derecho Tributario*, Buenos Aires 1982, p. 115, es válido invocar la confiscatoriedad del impuesto sobre la renta cuando “sus altas tasas afectan el derecho de propiedad, porque éste no solamente está representado por el capital, sino también por la renta que es producto de aquél, y principalmente cuando es producto del esfuerzo personal del contribuyente”. Y agrega este autor “Más aún consideramos que un impuesto a la Renta de altas tasas afecta la formación del capital en cuanto detrae al contribuyente parte sustancial de su ingreso, impidiéndole con ello el ahorro del ingreso no consumido y su inversión en vista a lograr su propia capitalización”. Así mismo, ver del mismo autor, “Algo más sobre la Confiscatoriedad en la Tributación”, en *Revista jurídica Argentina La Ley*, p. 664, donde se pregunta el citado autor ¿por qué si es confiscatorio absorber más del 33% de la renta de un inmueble a título de impuesto inmobiliario, o el mismo porcentaje de la renta accidental del heredero en el impuesto sucesorio ¿por qué no ha de serlo al absorber la misma cantidad de renta o aun más por conducto de un impuesto, también directo, como lo es el impuesto de réditos o a las ganancias?.

41. Ponencia nacional alemana, realizada por MUSSGUG citada por BREWER-CARÍAS, *op.cit.*, pp. 5 y ss.

42. Ponencia nacional Suiza, realizada por YERSIN, citada por BREWER-CARÍAS, *op.cit.*, pp. 5 y ss.

43. V., VILLEGAS, Héctor, “El Principio Constitucional de lo confiscatoriedad” en *Materia Tributaria, op.cit.*, p. 254.

44. En cuanto al límite cuantitativo de este impuesto, el autor argentino CASÁS, José Osvaldo en su libro *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Editorial Depalma 1992, p. 91 cita una interesante jurisprudencia caso: *Martín Pereyra Iraola contra provincia de Buenos Aires*. señalando “Ponderó el Tribunal, sobre la base de la prueba producida, que la valorización de los inmuebles a resultas de la realización del camino representaban tan sólo 12% del valor normal de la tierra, mientras que la contribución fijada equivalía a dos tercios de la cotización del inmueble, y “que si la contribución fuere satisfecha en cuotas escalonadas en treinta y seis años como lo autoriza la ley provincial, representaría un gravamen anual...absorbiendo casi íntegramente la renta libre que podría producir la propiedad del autor” por lo que finalmente se pronunció declarando inconstitucional la contribución”. Así mismo, en cuanto a la no precisión del límite fijo en este impuesto el mencionado autor cita una sentencia de la Corte Suprema Argentina que señaló lo siguiente:

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir en la causa *Pedro Rouspil v. Provincia de Buenos Aires*, sentencia del 15 de julio de 1940, dejó sentado en el considerando 5 su pronunciamiento: “Que dependiendo la confiscatoriedad del impuesto de una cuestión de hecho, no puede fijarse un por ciento fijo sobre el valor de la finca -el 30%, como lo sostiene el señor procurador general, arriba del cual el cobro sería confiscatorio- desde que en algunos casos, ese por ciento podría exceder el mayor valor o beneficio causado a la finca frontera y, por lo tanto, sería inconstitucional; y, en otros, la construcción de la obra pública o pavimento podría ocasionar un

5. *Acumulación de diversos tributos*, la Corte Suprema Argentina ha establecido que el tope puede ser mayor al del 33% (Fallos, 170-114)⁴⁵.

En este sentido el catedrático argentino Casás sostiene que la acumulación de tributos vulnera el derecho de propiedad al igual que por la vía de un tributo, excesivo o desproporcionado y en ese caso se estará igualmente ante un tributo de carácter confiscatorio. En efecto, explica que “por razones de elemental congruencia debe coincidir en que la violación, quebrantamiento o supresión del derecho de propiedad, igual alcanza, ya sea por el camino de la aplicación de un solo tributo exorbitante, ya por la vía de acumular en el contribuyente la obligación de afrontar un sin número de tributos, quizá individualmente moderado, pero que en su conjunto acarrearán del mismo modo el despojo sustancial del beneficio, afectando incluso, en algún caso, el propio capital que lo produce”⁴⁶. Así mismo Villegas, destaca “Si se admite la posibilidad de que un tributo puede ser confiscatorio, no se puede negar la posibilidad de que esa misma confiscatoriedad se dé ante tributos concurrentes. Si bien es cierto que la capacidad contributiva se exterioriza de muy distintas formas y ello da lugar a los múltiples tributos, esto significa que se trate de capacidades contributivas plurales. Siempre es una sola y, en definitiva, todos los tributos que recaen sobre el mismo contribuyente inciden sobre un único patrimonio afectado. Si esa concurrencia va más allá de los límites tolerables aniquila el derecho de propiedad, ya fuere en su sustancia, al disminuir este patrimonio, o en sus atributos, al impedirle generar frutos”⁴⁷. En la doctrina venezolana se pronuncia Palacios, sosteniendo que “las modernas tendencias del derecho tributario no sólo se refieren a la confiscatoriedad de una especie tributaria en particular sino que extienden la prohibición a todo el conjunto de exacciones existentes, es decir la denominada tributación excesiva o presión fiscal desmedida de sistema tributario (...). En el campo de la tributación municipal se puede llegar a límites de confiscatoriedad y de irracionalidad no sólo por la vía del establecimiento de alícuotas o tipos impositivos desproporcionados, sino por la manipulación abierta o soterrada, de las magnitudes económicas que sirven de base de cálculo de los distintos tributos; al aumentar o incluir conceptos ajenos a la materia rentística municipal y el desconocimiento de los límites impuestos por la territorialidad, pretendiendo por vía de sutilezas o subterfugios magnificar los alcances jurisprudenciales del hecho imponible”⁴⁸.

Por consiguiente, cuando la acumulación de tributos excede del límite de carga tributaria admisible, se sostiene que dichos tributos son confiscatorios. La problemática que surge, además de determinar el límite cuantitativo, radica en precisar ¿cuál es el tributo inconstitucional, ¿esto es cuál de los tributos resulta confiscatorio, el último o el primero establecido en la ley, el último cobrado o el primero vencido o el más

beneficio superior a dicho porcentaje, lo que pondría de manifiesto su constitucionalidad. Es, pues, la autoridad administrativa la que debe examinar cuidadosamente, en cada caso, el porcentaje del costo de la obra pública que pueden soportar las fincas fronterizas, en atención al beneficio especial que reciben, que es lo único que puede cobrarse a sus propietarios; puesto que en lo que exceda, su costo, debe soportarlo la comunidad, que también es beneficiada. Solo así armonizan, en justa medida, los derechos del propietario con la facultad impositiva y se respetan las garantías de la “inviolabilidad de la propiedad” y de la “igualdad ante el impuesto” establecidas en los arts. 17 y 16, tantas veces interpretados por esta Corte, que ha sentado, desde antiguo, su doctrina constitucional”.

45. VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas... op. cit.* p. 207.

46. CASÁS, José Osvaldo, *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1992, p. 181.

47. VILLEGAS, Héctor, el “Principio Constitucional de no confiscatoriedad en materia Tributarias” en *Estudio de Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 259.

48. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, “Marco jurídico de la tributación en Venezuela” en *Tributación Municipal en Venezuela I, Aspectos jurídicos y administrativos*, P.H. Editorial, Caracas 1996, p. 27.

gravoso?⁴⁹ En este caso la doctrina Argentina propone tres (3) alternativas: i) declarar inconstitucional el último de los tributos sancionado; ii) dar preferencia en materia de impuestos indirectos a la nación, y en el caso de impuestos directos a las Provincias y iii) descontar determinado porcentaje de todos los tributos involucrados en el litigio, de manera que el conjunto de ellos no incida más allá del límite máximo del treinta y tres por ciento (33%) sobre la riqueza gravada. Se plantea así mismo, por la doctrina Argentina, que ante el concurso confiscatorio de tributos, éstos deberán ser reducidos proporcionalmente por el Tribunal hasta llegar a la suma que se fije como la máxima admisible para no ser considerado ese conjunto de tributos como violatorio del derecho de propiedad del contribuyente⁵⁰.

No obstante, el límite cuantitativo del treinta y tres por ciento (33%) señalado por la jurisprudencia Argentina, no ha sido precisado su origen, así como tampoco su racionalidad, lo cual ha sido criticado por el tratadista Argentino García Belsunce⁵¹, señalando que el carácter confiscatorio de un impuesto inmobiliario debe más bien desprenderse de un conjunto de circunstancias de hecho (ubicación de la propiedad, valor comercial, rendimiento real, etc.) que lo vuelven o no razonable sin que ello surja de la *cifra cabalística* del 33%. De igual manera, Dino Jarach, critica la cifra del 33 % en cuanto a los impuestos sucesorios alegando que “la Corte estableció el 33% como pudo decir otra cifra”⁵²: Así mismo, Giualiani Fonrouge, señala: “¿Cuál es el criterio exacto para establecer la parte sustancial de la propiedad o de la renta? ¿ Por qué el 33% y no el 30 o el 35 o el 40? Es cuestión de apreciación personal;” ...”nos parece fuera de razonable duda la inconveniencia de establecer un tope invariable, como límite de validez constitucional del impuesto, resultando preferible dejarlo librado al prudente arbitrio legislativo (y al judicial en su defecto) la apreciación de las circunstancias de tiempo y espacio que determinan la elección de la cifra adecuada”⁵³. No obstante Villegas, se ha pronunciado partidario del mantenimiento del 33%, en lo que se refiere al impuesto inmobiliario, y “lo estima válido y coherente siempre que sea aplicado con respecto al rendimiento normal promedio de la tierra, y que en manera alguna afecte al capital obligando a pagar el importe con parte de él, lo cual acarrea su destrucción”⁵⁴.

Sin duda, este esfuerzo por encontrar una cifra o un límite cuantitativo exacto, para estar en presencia de una tributación confiscatoria es complejo. A ello hay que agregar que en un Estado Federal, donde se reconoce Poder Tributario a los Estados y Municipios el tema se agudiza, ya que no sólo puede ser confiscatorio un tributo aisladamente considerado, que pudiese no serlo, sino que también puede ser confiscatorio el conjunto de tributos que recaen o inciden sobre la capacidad contributiva del ciudadano. En este sentido en las XIV Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario, celebradas en Buenos Aires, en 1989, sobre el tema “las garantías constitucionales ante

49. JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, edición nueva actualizada, Editorial Linceo Profesional Cima, Buenos Aires 1969.

50. SPISSE, Rodolfo R., *Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1991, p. 275.

51. GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “Algo más sobre la confiscatoriedad en la tributación” en *Revista La Ley*, t. 1990-E, sección Doctrina, p. 661.

52. JARACH Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, 2da. Edición Linceo Profesional Cima, Buenos Aires 1969, p. 143.

53. GIULIANI FONROUGE, Carlos, “Limitación cuantitativa del impuesto” en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 82, pp. 239 y ss.

54. VILLEGAS, Héctor, “El Principio de no confiscatoriedad en materia tributaria” en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1994, p. 247.

la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente”. Se recomendó lo siguiente: “...que tal situación de agobio fiscal suele verse acentuada en los Estados políticamente descentralizados, en los cuales los distintos ámbitos normativos tienen reconocidos poderes fiscales amplios, que suelen ejercerse descoordinadamente”.

Por otra parte, se ha señalado con base en estudios de Derecho Comparado⁵⁵ que en cuanto a los límites cuantitativos de los tributos no hay reglas absolutas, pero sin duda como lo ha señalado la jurisprudencia, el establecimiento cuántico, en forma precisa o rígida no constituye un valor de aplicación automática, aun cuando, obviamente puede constituir un elemento indicativo del exceso en que el fisco puede haber incurrido⁵⁶. Así luce aconsejable no establecer un límite cuantitativo al menos en la Constitución y como bien lo señala Giuliani Fonrouge⁵⁷ dejarlo encabeza del Poder Legislativo o en su defecto del Poder Judicial que determine caso por caso y de acuerdo a las circunstancias, cuando estamos en presencia de un impuesto confiscatorio y para ello surge como una herramienta útil el límite de los derechos constitucionales frente al Poder Tributario.

Ante la dificultad de alcanzar esta *cifra cabalística* o este *porcentaje límite mágico*, que en diversas ocasiones no responde a un criterio racional, se presenta la tesis de que se está en presencia de un impuesto confiscatorio cuando se viole o menoscabe los derechos o las garantías constitucionales. A esto le dedicaremos el capítulo siguiente.

VI. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES FRENTE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER TRIBUTARIO

Ante el dilema de encontrar un límite cuantitativo preciso como constitutivo de una tributación confiscatoria, se presenta la moderna tesis de que será un impuesto confiscatorio, aquel que viole o menoscabe las garantías o derechos constitucionales. En efecto, en aquellos Estados cuyas constituciones sean escritas y establezcan una serie de derechos o garantías constitucionales -entre las cuales cobran preeminencia el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica- se consideran tributaciones confiscatorias aquellas que menoscaben los derechos o garantías constitucionales⁵⁸. Por tanto, los derechos y las garantías constitucionales constituyen *verdaderas protecciones o escudos* frente al ejercicio excesivo del Poder Tributario. Así, de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución, puede derivarse la conclusión de que con fundamento en los mismos, puede protegerse a los ciudadanos del Poder Tributario, cuando se realice un ejercicio abusivo, irracional o desproporcionado del

55. BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

56. V., Voto salvado de la Magistrado RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de fecha 26-06-97, Caso *Distribuidora Polar del Sur, C.A. (DIPOSURCA)*

57. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

58. Consúltese BREWER-CARÍAS, Allan R., “Las Protecciones Constitucionales ilegales contra las tributaciones confiscatorias” trabajo que consiste en la ponencia general en el *XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado por la Academia Internacional de Derecho Comparado*, realizado en Montreal en 1990, pp. 5 y ss., trabajo el cual aquí seguimos y véase así mismo Voto Salvado de la Magistrado RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en pleno de fecha 29 de abril de 1997, Caso *D.O.S.A., S.A. (DOSA) vs Municipio Sucre del Estado Mérida* (Consultada en original).

mismo, vaciando o limitando el contenido de los derechos previstos en la Constitución y constituyendo una confiscación de los bienes no autorizada por la carta fundamental⁵⁹.

Mas aún, de conformidad con la nueva Constitución venezolana de 1999, al establecerse dentro de las disposiciones concernientes al sistema tributario, la previsión de que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio (art. 317), no cabe duda que las disposiciones constitucionales, los principios, los derechos y las garantías constituyen un límite al Poder Tributario, ya emane éste del Poder Nacional, de los Estados o de los Municipios. En este sentido, la Constitución de 1999 establece expresamente que ningún tributo puede tener efecto confiscatorio, de tal manera que la prohibición de confiscación de bienes prevista en el artículo 102 de la Constitución de 1961, tiene previsión expresa en las normas constitucionales que regulan el Sistema Tributario Venezolano⁶⁰, esto es que se establece el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria.

Aunado a lo anterior, es de capital importancia frente al ejercicio de Poder Tributario el principio de la capacidad contributiva y el de la razonabilidad. En efecto, el principio característico del impuesto, enseña Jarach⁶¹, al extremo que constituye su causa jurídica, es la capacidad contributiva, que además es la base fundamental, de donde parten las garantías materiales, que según Villegas⁶², la Constitución Argentina otorga a los habitantes, tales como, la generalidad, igualdad, proporcionalidad, y no confiscatoriedad. En efecto, el tributo al ser desproporcionado o ser excesivo está violando el principio de la capacidad contributiva y por tanto, vulnera el artículo 317 de la Constitución que establece que ningún tributo pueda ser confiscatorio, así como el artículo 316 conforme el cual el sistema tributario debe procurar *la justa* distribución de las cargas públicas según la capacidad del contribuyente⁶³.

59. En la ponencia general realizada por el Profesor BREWER-CARÍAS, Allan R., se relaciona la ponencia nacional Sueca, conforme a la cual “un impuesto considerado inconstitucional por cualquier motivo, es por naturaleza confiscatorio puesto que toma ilegalmente los dineros del contribuyente”.

60. V., en este sentido la Constitución Española de 1978, la cual establece en su Artículo 31.1 que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un *Sistema Tributario Justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*” e igualmente la Constitución de Guatemala de 1985 que establece en su Artículo 243 que “*están prohibidos los impuestos confiscatorios y la doble o múltiple tributación interna*”. Así mismo, la Constitución de la República de Honduras de 1982 establece en su artículo 109 “*Los impuestos no serán confiscatorios*”.

61. JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, edición nueva actualizada, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires 1969, p. 132.

62. VILLEGAS, Héctor, *Cursos de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 5ta. edición ampliada y actualizada, Depalma, Buenos Aires 1992, p. 199.

63. En las *XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* celebradas en Buenos Aires en 1989, se recomendó “declarar la inconstitucionalidad de las cargas fiscales que, individualmente o en su conjunto, resulten excesivas por contravenir los principio y garantías superiores en cada país contengan las respectivas constituciones o leyes de rango superior al de la ley ordinaria”. Así mismo se recomendó en dichas jornadas “establecer criterios precisos sobre la carga fiscal máxima admisible, aunque ello dependa de las características políticas, económicas y sociales de cada país”. En este sentido siguiendo las recomendaciones de las referidas jornadas destaca RUAN SANTOS, que la Asociación Venezolana de Derecho Tributario propuso a al Asamblea Nacional Constituyente la inclusión de una norma destinada a indicar los factores de la carga fiscal cuyo texto era el siguiente: Artículo 3. “La carga fiscal que deberán soportar los contribuyentes por causa del pago de los tributos atenderá al disfrute general de servicios públicos, a la preservación de la fuente de riqueza, así como también a la multiplicidad de tributos y al carácter global del sistema tributario, con el objeto de no exceder la capacidad contributiva”. V., en este sentido *V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Aspectos Tributarios en la Constitución de 1999, Exposición de Motivos y Articulados del Anteproyecto del Título Constitucional del Sistema Tributario* propuesto por la AVDT a la Asamblea Nacional, Editorial Livrosca 2000, pp. 467 y ss. y RUAN SANTOS, Gabriel en “Las Garantías

En este sentido, el tema de la confiscatoriedad de los tributos está vinculado al respeto por parte del Legislador Nacional, Estatal o Municipal de los derechos y las garantías constitucionales previstas en nuestra Carta Fundamental y cuya violación constituye el origen de la irrazonabilidad de los tributos y consecuentemente de su confiscatoriedad. Por consiguiente, de menoscabarse las diversas garantías que establece nuestra Constitución estaremos en presencia de un tributo confiscatorio. Así, frente al Poder Tributario se establecen las siguientes garantías constitucionales:

1.- Garantía de la Legalidad del Impuesto:

Se exige que los impuestos solo pueden crearse mediante ley, por lo órganos legislativos de representación popular. En este sentido, la Constitución de 1999 establece que no podrá crearse ningún impuesto, tasa ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley. Y la propia Constitución de 1999 define la ley como aquél acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (artículo 202). De allí pues, la garantía de la legalidad del impuesto constituye un límite a la tributación confiscatoria ya que, el impuesto debe ser establecido por una norma creada por un órgano con representación popular. Esta limitación es aplicable tanto a las leyes creadas por la Asamblea Nacional como a las Leyes Estadales creadas por los Consejos Legislativos, como a las ordenanzas creadas por los Concejos Municipales (Leyes locales). Por consiguiente, cualquier tributo creado por un órgano distinto a los que tienen la representación popular, es confiscatorio⁶⁴, salvo el caso en materia tributaria, muy discutido por cierto, de una habilitación al Poder Ejecutivo, mediante una ley habilitante.

2.- Garantía de la Propiedad Privada:

Los tributos no pueden implicar la destrucción de la propiedad. En tal caso estamos en presencia de tributaciones de naturaleza confiscatoria e inconstitucional. En efecto, la Constitución de 1999 establece en el artículo 317 que "... Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio". Así, en la Constitución de Venezuela al igual que en las constituciones de España y Guatemala se prevé expresamente la prohibición de las tributaciones confiscatorias. Pero así mismo, la Constitución de 1999 en el artículo 115, establece la garantía del derecho de propiedad. Por consiguiente, 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. De allí que "las expropiaciones disfrazadas" o "las expropiaciones encubiertas" que se

Tributarias de fondos o principio substantivo de la tributación en la Constitución de 1999" en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Gráficas Tao, Caracas 2000, p. 94.

64. V., en este sentido BREWER-CARIAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 5 y ss. en cuya ponencia general destaca los límites constitucionales que tiene el Legislador como el único que tiene la potestad para crear impuestos. Allí se señala, que si una Ley impositiva viola la garantía Constitucional de la retroactividad de la leyes tal impuesto es confiscatorio. Cabe resaltar la discusión que se plantea sobre sí además del principio de la irretroactividad de las leyes, ¿el Legislador tiene otro límite?, más aún cuando los órganos parlamentarios gozan de la representación popular y son electos democráticamente por el pueblo, por tanto, en principio, los impuestos, incluso los mas exorbitantes, son constitucionalmente legítimos. (V., sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en fecha 20 de Octubre de 1983, Caso *Manuel Cardozo*, que pareciera seguir esta línea). No obstante, conforme al Art. 13 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano resulta que los tributos no pueden crearse por cualquier concepto y en todo caso, su necesidad se admite para cubrir gastos de interés general. Así, cualquier tributo que vulnere los objetivos previstos en las normas constitucionales es confiscatorio, como por ejemplo que tuviera como finalidad la destrucción de la economía privada. Otro caso expuesto, es cuando el impuesto tuviera objetivos extrafiscales y tengan como fin la socialización de la propiedad, en cuyo caso, los impuestos pueden tener carácter expropiatorio cuando van más allá del objetivo de recaudación fiscal de ingreso y destruyen el derecho de propiedad. Otra situación planteada, es la de "los impuestos intervencionistas", que en principio no son confiscatorios salvo que destruyan la propiedad o impidan el ejercicio de la libertad económica. Por último, en la referida ponencia general haciendo referencia al derecho comparado, se plantea como límite al Poder Tributario, que "los impuestos deben ser uniformes". En este caso se cita el ejemplo de Estados Unidos de Norteamérica, como típico Estado Federal, aceptándose la aplicación de excepciones tributarias a algunos Estados como Alaska.

pretenden llevar cabo mediante técnicas impositivas, son inconstitucionales ya que les falta el elemento compensatorio requerido para cualquier expropiación⁶⁵.

Así, la garantía de la propiedad privada presupone la inconstitucionalidad de los impuestos confiscatorios⁶⁶, y se está en presencia de un impuesto de tal naturaleza cuando éste grava o absorbe una parte sustancial de la renta o del capital. En efecto, el tributo puede pechar los ingresos pero no el capital. Esto en el derecho Francés antiguo se expresaba con el dicho “derechos sobre los frutos son impuestos, derechos sobre los fondos son pillaje”⁶⁷. Por tanto, si el impuesto tiene una incidencia sobre el capital, o absorbe parte del mismo en un período determinado, éste sería confiscatorio, pues y por tanto, inconstitucional pues socializaría la economía⁶⁸. Como se ha destacado en el capítulo anterior, al cual remitimos, en derecho comparado y en cuanto a los diversos impuestos se ha tratado de precisar o determinar por la jurisprudencia “porcentajes mágicos o cifras cabalísticas” en cada uno de ellos, para precisar cuando se está en presencia de un tributo confiscatorio. En lo que se refiere a los impuestos inmobiliarios la protección de la propiedad privada obliga así, al legislador a conservar la sustancia del patrimonio existente y a mantener la posibilidad de constituir un nuevo capital. En materia de impuesto sobre la renta, independientemente de los límites cuantitativos que ha ofrecido el derecho comparado, se señala como límite general aquél que deriva de las demás garantías constitucionales, en el sentido de que el impuesto sobre la renta “no puede ser llevado por el legislador a niveles que priven al contribuyente de los medios necesarios para vivir y comerciar libremente”⁶⁹.

3.- La Garantía de la Igualdad:

Como otro límite al ejercicio del Poder Tributario se encuentra la garantía de la igualdad, en virtud de la cual, el sistema tributario debe responder al principio de generalidad y justicia fiscal. La Constitución de 1999, establece en su artículo 316 que “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad...” En consecuencia, cualquier tributación desigual o discriminatoria es confiscatoria porque destruye la propiedad y desconocería el principio de igualdad ante las cargas públicas.⁷⁰ La igualdad en materia impositiva exige la aplicación de un criterio de justicia

65. V., ponencia nacional de Francia realizada por GAUDEMET, P.M., y la ponencia nacional de Alemania presentada por MUSSGUG, R., recogidas por la ponencia General citada *ut supra* del profesor BREWER-CARÍAS.

66. V., CONTRERAS QUINTERO, Florencio, *Disquisiciones Tributarias*, Talleres gráficos Universitarios, Universidad de Los Andes, Mérida 1969, p. 25 quien sostiene “Toda la tributación incide, en último término, en la propiedad, aun en aquellos tributos que aparentemente no pudieran tener ninguna relación con la propiedad; pero, si nos detenemos a examinarlos uno a uno, podemos llegar a esa conclusión”.

67. V., ponencia nacional francesa citada por BREWER-CARÍAS en su ponencia general.

68. GARCÍA BELSUNCE, ponencia nacional Argentina citada por BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 5 y ss.

69. V., ponencia nacional Alemana recogida por BREWER-CARÍAS, Allan R., *idem*.

70. V., en este sentido sentencia DOSA del 29 de abril de 1997, en la cual alegaron los recurrente que el aumento de la alícuota impositiva en el clasificador anexo a la ordenanza del Municipio Sucre del Estado Mérida no cumplía con el elemento de generalidad y abstracción que debe caracterizar a la norma tributaria para dar cumplimiento al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. En efecto en dicho caso el único sujeto afectado fue la compañía DOSA, y que tal hecho debió ser del conocimiento al momento de la discusión sobre la reforma de la mencionada ordenanza de Patente Industria y Comercio con lo cual los recurrentes solicitaron la nulidad de acuerdo a una interpretación concatenada de los artículos 56, 223 y 224 de la Constitución de 1991. En relación al principio de igualdad ante las cargas públicas la Corte observó que dicho principio no excluye la posibilidad de se establezcan diferentes tasas impositivas, destinadas a gravar actividades económicas de índoles diversas, siempre que estas diferencias no violen los límites de la racionalidad. Así mismo, la Corte señaló que el principio de generalidad del tributo no implica uniformidad o igualdad de cargas, pues otras consideraciones tales como el tipo de actividad gravada o la capacidad económica del contribuyente, pesarán el establecimiento de la alícuota del tributo. Por otra parte, la Corte sentó en cuanto “al hecho alegado, de ser la accionante el único contribuyente en determinada categoría, no desvirtúa la generalidad de la norma impositiva, pues recaerá el impuesto sobre cualquier establecimiento que en el futuro ejerza la misma actividad en el Municipio, y las actividades de índoles diferentes también están gravadas de acuerdo a la ordenanza”. Sin embargo, dicha sentencia

que debe satisfacerse mediante tratamiento desigual de persona que se encuentren en una situación desigual. Por tanto, la tributación para adaptarse al principio de justicia e igualdad debe tener en cuenta de manera especial la capacidad contributiva de cada contribuyente. La capacidad contributiva constituye un principio de rango constitucional⁷¹ establecido de manera explícita en la Constitución vigente de 1999, en el artículo 316 (anteriormente artículo 223 de la Constitución de 1961), y que constituye, como hemos dicho siguiendo a Villegas, la base fundamental de donde parten otras garantías materiales (generalidad, igualdad, proporcionalidad y no confiscatoriedad). El principio de capacidad contributiva, además de constituir su causa jurídica y la característica fundamental de los impuestos, se trata de una apreciación y valoración de carácter político que busca en el campo fenomenológico de la vida económica la selección de sus manifestaciones representativas⁷². En otros países como en Alemania, el principio de la capacidad contributiva ha sido establecido por el Tribunal Constitucional Federal, en el sentido de que los ciudadanos deben ser sometidos a impuestos “sólo proporcionalmente a sus medios” o, en otras palabras conforme a su capacidad financiera por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha

como hemos señalado en el presente trabajo tuvo un voto salvado de la magistrado RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, en el cual se señaló que la “única contribuyente inscrita bajo los códigos del clasificador modificado es la recurrente. La prueba de que la modificación fue destinada a la firma impugnante aparece en el acta de la inspección judicial practicada por el Juez del Distrito Sucre de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida de fecha 19 de Enero de 1994. Esta prueba pone en evidencia que para el momento de la discusión y sanción de la norma impugnada, la única empresa que se encontraba en el supuesto establecido en la norma que fuera modificada era *DOSA, S.A. (DOSA)*. Ahora bien, la circunstancia comentada y objeto de impugnación debía ser detenidamente analizada por la Corte, *por cuanto casos como el presente que pueden considerarse como de “laboratorio”, en la materia del control de la constitucionalidad de las normas tributarias*, exigen una respuesta que sirva de guía a los organismos municipales y a los propios contribuyentes en el sentido de si es valedero legislar para aumentar las cargas de un contribuyentes específico, o si esta conducta resulta contraria al principio de generalidad impositiva”.

71. V., igualmente la Constitución Española de 1978 artículo 31.1 en la cual se establece de forma explícita el principio de capacidad contributiva.

72. JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Liceo Profesional Cima, citado por CASÁS, José Osvaldo, *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1992, p. 107. Consúltese, la doctrina venezolana, concretamente RUAN SANTOS, Gabriel en “Las Garantías Tributarias de fondos o principio substantivos de la tributación en la Constitución de 1999” en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Graficas Tao, Caracas 2000, pp. 79 y ss, quién señala: “En tiempos recientes, la jurisprudencia tributaria venezolana ha tenido la ocasión de resaltar y enfatizar la necesidad de acatamiento del principio constitucional de la capacidad económica del contribuyente, llegando hasta la anulación o desaplicación de normas legales cuyo dispositivo ha sido considerado contrario a dicho principio constitucional, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución en la solución de conflictos surgidos entre el Fisco y los contribuyentes, con ocasión de la aplicación de las leyes tributarias”. Así mismo destaca el mencionado autor, en cuanto al principio de capacidad contributiva, los avances de la jurisprudencia de los tribunales contencioso tributarios y de la Corte Suprema de Justicia llegando, hasta la anulación o desaplicación de normas de rango legal las cuales han sido consideradas contrarias al principio de raigambre constitucional. En este particular RUAN señala: “Se debe destacar la conocida sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, emitida con fecha 07 de diciembre de 1999, mediante la cual se declaró la nulidad del Parágrafo Único del artículo 59 del Código Orgánico Tributario, que preveía el pago de intereses compensatorios y actualización monetaria en caso de ajustes provenientes de reparos, por ser esa norma violatoria del principio de la capacidad contributiva consagrado en el artículo 223 de la Constitución de 1961.

Igualmente, cabe destacar las decisiones judiciales dictadas por el Juzgado Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario, en fechas 18 de noviembre de 1999 y 11 de agosto de 2000, a través de las cuales se desaplicaron las normas del Parágrafo Sexto de los artículos 27 y 28 de las Leyes de Impuesto Sobre la Renta de 1991 y 1994, respectivamente, por haber considerado el Tribunal que esas normas atentaban contra el principio de capacidad económica del contribuyente establecido en los artículos 223 de la Constitución de 1999, respectivamente. Expresaron esas decisiones que la aplicación de las normas citadas de la Ley de Impuesto sobre la Renta, al condicionar la deducibilidad del gasto al hecho de que se haya practicado la retención de impuesto sobre la renta al beneficiario, incrementa los montos de impuestos a pagar sin que ello tenga como causa un incremento del enriquecimiento neto obtenido por los contribuyentes, que es el parámetro de medición de su capacidad contributiva respecto al impuesto sobre la renta ya que pretende esa norma solo garantizar al Fisco Nacional la obtención oportuna de anticipos de impuestos derivados de retenciones en la fuente efectuadas sobre pagos a terceros”.

estimado que la Constitución prohíbe “los impuestos asfixiantes confiscatorios” “que imponen una carga excesiva a los contribuyentes y afectan esencialmente su situación financiera”⁷³. En este sentido, en Venezuela se ha sostenido⁷⁴ que la capacidad económica es la causa y el límite para contribuir y que no se puede exigir algún tributo a quién carezca de riqueza o de medios para producirla requiriéndose del ciudadano una base mínima para que se le pueda exigir la contribución con los gastos públicos.

De igual manera, el concepto de capacidad contributiva ha sido acompañado en otros países, por ejemplo Alemania y Suiza, de otros criterios complementarios, para distinguir entre impuestos elevados pero no confiscatorios de los impuestos confiscatorios. En efecto, Mussgnug, señala que los impuestos deben dejar en manos del contribuyente suficientes medios de subsistencia. Además, se señala que el principio de la capacidad contributiva requiere que a toda persona se le debe dejar un ingreso suficiente para asumir el nivel de vida apropiado a su ocupación y a sus ingresos, lo cual se garantiza mediante el principio de progresividad. Por consiguiente, aunado al principio de capacidad contributiva se suma el principio de progresividad de los impuestos, conforme al cual, los mismos irán aumentando de manera progresiva a los ingresos del contribuyente y por ello se exonera de determinados impuestos a las personas que ganan menos para que tengan lo necesario para vivir⁷⁵. Así pues, se sostiene que el carácter confiscatorio de un impuesto no está determinado por su elevada tarifa sino por los efectos confiscatorios que puede tener sobre los individuos que deben pagarlo.

Por otra, parte con respecto a la aplicación de los principios de justicia fiscal, la posibilidad de proceder a una confiscación impositiva por ser injusta, puede resultar de la acumulación de varios impuestos de manera tal que perjudiquen la capacidad económica del contribuyente. Esta superposición de tributos tiene especial relevancia en los estados complejos o federales donde coexisten diversos Poderes Tributarios incidiendo sobre la capacidad contributiva del contribuyente. Así, “la carga fiscal puede llegar a ser confiscatoria cuando varios impuestos, que aisladamente no tienen efectos confiscatorio, debido a su acumulación, ejercen ese efecto en el contribuyente”⁷⁶. En cuanto a la doble o múltiple tributación, la Constitución de Guatemala en su artículo 243, como se señaló anteriormente, prohíbe la doble o múltiple tributación interna. Sin embargo, este sistema acogido por la Constitución de Guatemala es excepcional, lo normal es que los diversos países procuren protecciones legales. Así por ejemplo, en la Constitución vigente de Venezuela de 1999, se establece una disposición novedosa con el propósito de coordinar y armonizar el sistema tributario (artículo 156 numeral 13 conforme al cual el Poder Nacional mediante ley puede establecer topes o límites a los tipos impositivos y alícuotas de los Estados o

73. V., ponencia nacional de Alemania citada por BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

74. RUAN SANTOS, Gabriel en “Las Garantías Tributarias de fondos o principio sustantivo de la tributación en la Constitución de 1999” en la *Tributación en la Constitución de 1999*, Impresión Gráficas Tao, Caracas 2000, pp. 79 y ss. En cuanto al principio de capacidad contributiva el mencionado autor señala “La capacidad económica debe ser captada por el legislador atendiendo a signos normales indicativos de esa capacidad, pero en todo caso el hecho imponible, al momento de ser gravado, debe revelar una capacidad económica real y no ficticia, porque el gravamen de un hecho económico vacío de riqueza actual o potencial, aunque en condiciones normales debería evidenciar dicha riqueza, rompería con la indispensable relación entre el deber de contribuir y la capacidad económica.

Si hay que admitir que las leyes tributarias incluyen frecuentemente ficciones y presunciones acerca de elementos de la obligación tributaria, con el objeto de facilitar la función de recaudación y hacer más eficiente la actividad de las administraciones tributarias, la utilización de esos instrumentos legítimos no podría llegar al extremo de provocar el gravamen de riquezas o capacidades productivas inexistentes, porque en esa hipótesis inadmisibles se violaría el principio de la capacidad económica, que presupone la verificación de hechos y bases imponibles reales, subsumibles en los supuestos normativos que tipifican los tributos.

75. En este sentido la ponencia Alemana presentada por MUSSGUG, destaca que se agrega además, el principio de la tributación equitativa, según el cual, el principio de la capacidad contributiva debe tomar en cuenta las demás cargas que debe asumir o soportar el contribuyente, como por ejemplo: las cargas alimentarias y familiares.

76. V., ponencia nacional francesa realizada por GAUDEMET, citada por BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

los Municipios)⁷⁷. Por consiguiente, la legislación nacional puede establecer parámetros y limitaciones en relación a los tributos realizados por los Estados o los Municipios coordinando así los distintos poderes tributarios. Por tanto, en un Estado Federal en el cual opera una distribución vertical del Poder Público, donde coexisten diversos Poderes Tributarios que inciden a veces de manera conjunta sobre la capacidad contributiva del ciudadano, el tributo se convierte en confiscatorio cuando afecta dicha capacidad económica y es injusto⁷⁸.

4.- La garantía de la libertad económica.

Como otro límite al ejercicio del Poder Tributario se establece en la Constitución la garantía de la libertad económica. El Poder Tributario no puede ser tan desproporcionado e irracional que limite o impida el ejercicio del derecho a la libertad económica de la preferencia de los ciudadanos ya sea ésta una actividad industrial o comercial, de lo contrario estaremos en presencia de un tributo con carácter confiscatorio. En este sentido, es claro el artículo 316 de la Constitución vigente de 1999, que establece que el sistema tributario procurará la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de la población. Por tanto, no pueden los tributos ser tan excesivos que amenacen o destruyan la economía del país. Así las cosas, los tributos no pueden obstaculizar o impedir el comercio en el territorio nacional, ni establecer barreras que limiten la libre circulación de bienes y servicios en el territorio (o mercado) nacional. En consecuencia, los Estados y Municipios no pueden crear tributaciones que impidan la libre circulación de bienes y servicios en el territorio nacional. Esta prohibición está contenida en el artículo 183 de la Constitución de 1999 (anteriormente consagrada en el artículo 18 de la Constitución de 1961), en el sentido de que el territorio nacional, como ocurre en los Estados Federales, debe operar como una unidad aduanera sin que los Poderes Tributarios de los Municipios o de los Estados creen barreras, a dicho territorio, aduanas ni impuestos de importación o exportación o de tránsito sobre los bienes nacionales o extranjero⁷⁹.

77. Consúltese en este sentido, el documento de la Sociedad Venezolana de Derecho Tributario, aprobado en la Asamblea Extraordinaria celebrada por dicha Asociación entre los días 7 y 21 de julio de 1999 y presentado a la Asamblea Nacional Constituyente dentro del proceso de un Proyecto de Constitución (Exposición de Motivos y articulado del Anteproyecto de Título Constitucional del Sistema Tributario).

78. En Argentina como hemos señalado en este trabajo el límite para la confiscatoriedad de un tributo tanto individual como para la acumulación de dos (2) o más impuestos respecto a un mismo hecho imponible, es por lo general del 33%. Ahora bien, como tal porcentaje es producto de la creación jurisprudencial, la cuestión “está en determinar cual de los dos impuestos debe ser declarado inconstitucional, más aún cuando en Argentina no existe la regla de preeminencia de los impuestos nacionales sobre los provinciales y viceversa. En este sentido ante la falta de solución general se ha propuesto el limitar cada uno de impuestos participantes hasta el límite fijado por la jurisprudencia que le da carácter de confiscatorio a cada impuesto”. (consúltese ponencia nacional de Argentina realizada por GARCÍA BELSUNCE en la ponencia general efectuada por BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss. Así mismo, V. SPISSO, Rodolfo, *Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, 1991, p. 276

79. V., dictamen de ANDUEZA ACUÑA, José G., “Limitaciones a la potestad tributaria de los Estados y los Municipios” en *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, tomo V, PRG, 1984 p. 132. V., así mismo, en este sentido, sentencia citada por CASADO HIDALGO, Luis R., en *Temas de Hacienda Pública*, Ediciones de la Contraloría General de La República, p. 427 en la cual la antigua Corte Suprema de Justicia señaló: “en fallo de 1-6-67, dice la Sala: ... para los autores de la Carta Fundamental, la prosperidad del comercio y las industrias, el aumento de la producción y el desarrollo integral de la economía del país, dependen básicamente de que toda la superficie a que se extiende la soberanía nacional, forme un solo y vasto mercado, al cual tengan acceso, sin trabas surgidas de barreras arancelarias internas, al igual que los artículos importados, los que se producen en cualesquiera de las regiones que forman el mapa geográfico de la Nación. El constituyente considera que la libertad del comercio tiene como obligado y lógico complemento la libre circulación de los bienes en todo el territorio nacional, y si los Estados y Municipalidades en ejercicio de la autonomía que le es reconocida, pudieran gravar a su antojo la entrada o salida de los bienes que se producen dentro o fuera de sus límites, desconociendo esa realidad, se afectaría la integridad orgánica de la República, que es una e indivisible como entidad política y unidad económica en cuanto a los fines y propósitos señalados como metas esenciales en el preámbulo de la Constitución.

Por ello puede decirse que se violan los principios esenciales del ordenamiento jurídico sobre el que descansa la organización política, económica y social de la Nación, antes que una determinada norma constitucional, cuando

Por otra parte, el ejercicio del Poder Tributario no puede impedir, el ejercicio de la actividad industrial o comercial de preferencia de los ciudadanos. Cabe aquí destacar la sentencia de Inversiones Confinanzas⁸⁰, donde se señala que si bien es cierto que el derecho a la libertad económica tiene limitaciones, tales limitaciones no pueden dejar vacío de contenido el derecho a la libertad económica del contribuyente o hacer nugatorio el mismo. En este sentido, en derecho comparado (Alemania), se han considerado como confiscatorios aquellos impuestos que impidan la actividad económica, en virtud de que establezcan una carga insoportable, aun cuando no impida dicha actividad de manera expresa o abierta⁸¹.

Así pues, estaremos en presencia de un impuesto confiscatorio cuando éste sea de tal proporción que impida o limite el ejercicio del derecho a la libertad económica. Sin embargo, se cuestiona que la garantía de la libertad económica llegue a impedir ciertos tipos de impuestos que además de objetivos fiscales, tenga como propósito realizar políticas públicas o instrumentarlas, tal es el caso de los “impuestos disuasivos” con respecto a ciertas actividades económicas⁸².

5.-Garantía sobre otras Libertades Individuales:

El ejercicio del Poder Tributario no sólo no puede destruir la garantía de la propiedad, ni impedir el ejercicio de la actividad económica, sino que tampoco puede limitar o restringir, el resto de las garantías ya sean éstas establecidas en la Constitución, en instrumentos internacionales o inherentes a la persona. Así a través de la tributación no puede pretenderse limitar o restringir la libertad de prensa. En efecto, si bien es cierto que la actividad de prensa puede estar sometida, como cualquier otra actividad, a la tributación, ésta no puede ser de tal magnitud que implique la eliminación de opiniones o vacíe de contenido a la actividad en sí misma. Tal argumentación se hace extensible a otras garantías constitucionales como la garantía a la libertad religiosa o a la libertad de contraer matrimonio⁸³ o al trabajo.

VII. LA GARANTÍA JUDICIAL LA GARANTÍA DE LAS GARANTÍAS COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS TRIBUTACIONES CONFISCATORIAS

El Poder Tributario no es ilimitado y como cualquier manifestación del Poder Público debe estar sometido a limitaciones. En primer lugar, su ejercicio se encuentra, sometido

algún órgano estatal o municipal, interpretando erradamente los intereses que representa, pretende crear una fuente de ingresos pechando el tránsito de bienes por un determinado punto de sus territorio, particularmente si como en el caso de autos, aquellos pueden también provenir de otras jurisdicciones”.

80. V., *supra* en el capítulo II de este trabajo, comentarios a la sentencia de *Inversiones Confinanzas, C.A.*, de fecha 24 de enero de 1990, del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo del Región Capital. Así mismo, se cita por la ponencia nacional norteamericana realizada por DARBY, J.J., y recogida por BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 5 y ss, un caso en el cual la Corte Suprema de Justicia concedió “un mandamiento judicial a una empresa fabricante de aceite de coco, eximiéndola del pago de un impuesto federal a las oleomargarinas, en parte, porque el pago de dicho impuesto podía ser el causante de la extinción de ese negocio” (caso *Miller c. Standard Nut Margarine Co.* 284 U.S. 498, 510 (1932)).

81. Igualmente, El Tribunal Federal Suizo, ha señalado que un tributo debe ser considerado prohibitivo: a) si, añadido a los gastos de operación, excluye un beneficio adecuado incluso al aplicar los precios que se cobran en esa área; b) si, transferido al comprador, es decir, agregado al precio de venta, impide al comerciante mantener en forma eficaz la competencia con respecto a las demás empresas del ramo con las que se puede comparar” ponencia nacional Suiza presentada por YERZIN citada por BREWER en la ponencia general *op. cit.*, pp. 5 y ss.

82. La ponencia Alemana cita como ejemplo un caso referido al impuesto a las máquinas de juego en el cual el Tribunal Constitucional Federal Alemán estableció como apegado a la constitución el impuesto a las máquinas de juego, considerando que el mismo no había eliminado tal actividad sino que había disminuido las ganancias de los propietarios; V., en ponencia general realizada por BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

83. BREWER CARÍAS, Allan R., *op. cit.* pp. 5 y ss.

a las reglas constitucionales orgánicas que lo atribuyen a ciertos órganos del Estado, como el Legislador y en Estados Federales como el nuestro -ya sea considerado semifederal⁸⁴-, se atribuye, no sólo al Legislador Nacional, sino también al legislador Estadal y Municipal. Por tanto, mal pueden órganos distintos a los poderes legislativos crear o establecer tributos, so pena de inconstitucionalidad por usurpación de funciones o incompetencia de rango Constitucional (salvo los supuestos de delegación legislativa). Así mismo, se establece con respecto al Poder Tributario una distribución constitucional de competencias. Esto es, hay una serie de tributos que son competencia del Poder Nacional (Art. 156 numerales 12, 13 y 14 de la Constitución de 1999), otros corresponden a los Estados (Art. 167 Constitución de 1999), y otros se atribuyen al Poder Tributario Municipal (Art. 179 Constitución de 1999) conforme a la Constitución de 1999. Por tanto, no puede el Poder Nacional invadir de manera abierta o encubierta el Poder Tributario de los Estados o Municipios, ni viceversa, so pena de incurrir en vicios de inconstitucionalidad por usurpación de funciones.

Pero, en segundo lugar, el Poder Tributario está sometido a las limitaciones que derivan de la declaración constitucional de los derechos fundamentales y de las garantías que se establecen con respecto a los mismos. Ahora bien, este conjunto de limitaciones constitucionales al Poder Tributario, encuentra a su vez su garantía, en la jurisdicción constitucional que permite a los ciudadanos ejercer el control de la constitucionalidad de los actos tributarios. En efecto, se ha dicho⁸⁵ “que esta es la verdadera garantía frente a las tributaciones confiscatorias, ya que, en definitiva, la garantía jurisdiccional, es *la garantía de las garantías* de los derechos constitucionales”. En Venezuela, el control de la constitucionalidad de las leyes, conforme a la Constitución de 1999 en su artículo 336 numerales 1 y 2 se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, pudiéndose interponer conjuntamente al recurso de anulación, acción de amparo constitucional y subsidiariamente, una medida cautelar innominada con fundamento en los artículos 585 y 588 del código de procedimiento civil. Por tanto, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y concretamente a la Sala Constitucional, ir delineando y sentando la jurisprudencia en cuanto a las tributaciones confiscatorias.

VIII. CONCLUSIÓN

El Poder Tributario no es ilimitado y uno de sus límites, además de los derivados de la competencia de rango constitucional, lo constituyen las garantías constitucionales. En un Estado Federal pueden coexistir e incidir una serie de tributos sobre la capacidad contributiva del ciudadano, ya sean emanados de un mismo nivel de gobierno o de distintos niveles de gobierno, con el límite que no pueden violar los derechos constitucionales, so pena de nulidad absoluta.

La jurisprudencia en algunos países ha fijado el porcentaje o límite que puede ser afectado, sin que pueda hablarse de confiscatoriedad o inconstitucionalidad; pero es indudable que el establecimiento cuántico, en forma rígida no constituye un valor de aplicación automática aun cuando pueda ser indicativo del exceso en que el Fisco

84. V. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación Manuel García Pelayo, Editorial Ex Libris, Caracas septiembre 2002, p. 246.

85. BREWER CARIAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 5 y ss.

pudiese haber incurrido. Frente a tal límite cuantitativo ha surgido la tesis que es confiscatorio aquel tributo que amenaza con violar o viola los derechos o garantías constitucionales. Tal tesis parece haber sido asumida en la última fase de la jurisprudencia venezolana mediante sentencias de naturaleza cautelar (amparos y medidas innominadas), quedando pendiente por ratificarse o no el criterio por las sentencias definitivas. Igualmente, queda por dilucidar, entre otros, el importante tema, en un Estado Federal, de la acumulación de tributos sobre la capacidad contributiva del ciudadano y cuál de dichos tributos debe ser reducido o anulado, en el caso de que dicha acumulación incida excesivamente en la capacidad económica del contribuyente.

Nuestra posición al respecto es que sí se admite la posibilidad de que un tributo puede ser confiscatorio, no se puede negar la posibilidad de que esa misma confiscatoriedad se verifique ante tributos concurrentes.

La capacidad contributiva es una sola y, en definitiva, todos los tributos recaen sobre el mismo contribuyente y sobre un único patrimonio afectado, violándose así las garantías constitucionales, fundamentalmente, la de propiedad y la de libertad económica cuando tales tributos son excesivos o desproporcionados.

§ 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO

Leonardo Palacios Márquez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los Derechos Humanos¹ (derechos fundamentales, derechos individuales, derechos de libertad o libertades públicas)² enmarcado en los distintos instrumentos del Derecho internacional (acuerdos, tratados y resoluciones de los organismos internacionales que velan por su ejecución y observancia) y el desarrollo que se hace de los mismos en el ordenamiento jurídico interno, aparte de la recepción en los textos constitucionales de su eficacia, ya bien sea mediante el reconocimiento y remisión, o con la atribución de preeminencia o supraconstitucionalidad comporta un interés creciente en todo lo atinente a la definición de políticas públicas y de medios para asegurar su efectiva vigencia. De allí que el jurista debe aportar las soluciones más idóneas para que la legislación de cada país pueda ir aprobando los instrumentos normativos que permitan al Estado en sus distintas manifestaciones hacer efectivo su deber de respetarlos y garantizarlos frente a la ciudadanía y a la comunidad internacional.

La teoría de los derechos humanos, como lo asienta Jaime Ordóñez, refiere sustancialmente a un sistema de derechos y obligaciones que persiguen una serie de objetivos que han ido cambiando y enriqueciéndose con el tiempo. Si bien la teología decimonónica de los derechos humanos tendía a reducir los objetivos sociales exclusivamente a la conquista y preservación de los valores de libertad y seguridad jurídica, los progresivos y acelerados cambios en el pensamiento político (luego, en sus

1. Las palabras *derechos* y *derechos humanos*, como lo asienta la profesora BARRAGÁN, Julia tienen una fuerza semántica tal que por sí solas son capaces de producir visiones sintéticas de cuyo significado es casi imposible dudar, y que en consecuencia toman muy dificultoso cualquier análisis. Tal fuerza, en criterio de la referida autora, dificulta enfrentar la tarea de transformar esas palabras en conceptos, ya que se presentan poco menos que blindadas a las dudas críticas; blindaje que tiende a atribuirle a tales palabras un significado que equivocadamente se considera inequívoco. (BARRAGÁN, Julia, "Qué significa tomar los derechos humanos en serio" en *Téxos Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*, vol X, n° 1, 2001, Universidad de Santiago de Compostela 2002, p. 80.

2. En este estudio utilizaremos indistintamente las expresiones *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, a pesar de estar conscientes de la distinción que pueda hacerse entre una y otra, pues como lo afirma la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, existe la tendencia de designar como derechos fundamentales a los derechos humanos positivizados a nivel interno, reservándose la fórmula derechos humanos para el plano de las declaraciones y convenciones internacionales (Sentencia de fecha 6 de abril del 2001, ponencia: DELGADO OCANDO, José M., Caso *Manuel Quevedo Fernández*, p. 8).

instancias jurídicas como el Derecho constitucional) incorporaron rápidamente nuevos objetivos axiológicos al movimiento de los derechos humanos³.

La mutabilidad que caracteriza el avance y regulación de los derechos humanos deriva del carácter cambiante de las relaciones entre el hombre y la sociedad, objeto de estudio del Derecho en todas sus ramas. Tal evolución trasciende a las simples conexiones entre individuo y comunidad, e involucra a un complejo sistema de interrelaciones entre el individuo, la sociedad política y la comunidad global de los habitantes de la nación⁴. La evolución de los derechos humanos así entendida, se ve reflejada en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, al expresar la Sala Constitucional que los mismos "...constituyen los presupuestos de consenso sobre los cuales se debe de edificar cualquier sociedad democrática, pues compartan la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador de cualquier sociedad pluralista"⁵.

Las características que presentan los derechos humanos producto de esa evolución y que origina su reconocimiento y absorción por los textos constitucionales son la progresividad e irreversibilidad, amén de la universalidad y transnacionalidad.

La progresividad de los derechos humanos es lo que hace posible extender el ámbito de protección y regulación a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así como han aparecido las sucesivas *generaciones* de los derechos humanos y como se han multiplicado los medios para su protección⁶.

El carácter de universalidad de los derechos humanos, estrechamente vinculado a su difusión globalizada, útil para la gobernabilidad democrática hace presencia, en palabras de Bidart Campos, en muchos escenarios actuales sin desvirtuar sus particularismos en que se insertan armónicamente⁷. La internalización de los derechos humanos no es más que la necesidad de compatibilizar los modelos políticos, culturales, económicos, etcétera, de cada Estado con la concepción globalizada de tales derechos⁸, pues las fuentes que nutren el boque de la constitucionalidad no escapan a la intensificación de las relaciones sociales, que han abandonado los límites territoriales propios de la noción Estado-Nación, para convertirse en un fenómeno mundial, resultado de un logro evolutivo de la sociedad moderna, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa⁹.

3. ORDÓÑEZ, Jaime, "Derechos humanos y globalidad: Notas para una perspectiva holística y sistémica" en *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1995, p. 159.

4. RAPHAEL, D.D., *Problems of Political Philosophy*, The Macmillan Press, London 1970, (Citado por ORDÓÑEZ, Jaime, *op. cit.*, p. 160).

5. República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n° 828 de fecha 27 de julio de 2000.

6. NIKKEN, Pedro, "El concepto de derechos humanos", en *Antología básica en derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1994, p. 18.

7. BIDART CAMPOS, Germán, "Algunas reflexiones sobre la globalización desde el Derecho constitucional" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung y Centro interdisciplinario de estudios sobre el desarrollo Latinoamericano, Argentina 1999, p. 22.

8. *Ibidem*.

9. GIDDENS, Anthony, *Consecuencia de la Modernidad*, Alianza, Madrid 1993, p. 68 citado por VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid 2002, p. 31.

La Constitución de Venezuela¹⁰, al igual que en muchas de las constituciones latinoamericanas, establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidas en ella y en los instrumentos internacionales, no debe entenderse como negación de otros que no figuren expresamente en ellos. Tal declaración aneja a la irreversibilidad impone la búsqueda de la integración entre el corpus de reglas sobre derechos humanos bastantes complejas (distintas en cuanto a su contenido, efectos jurídicos, ámbito de aplicación, destinatarios o beneficiarios, a su ejercicio de funciones y a sus técnicas de control y supervisión)¹¹ y el Derecho interno, así como garantizar la supremacía jerárquica, de los instrumentos normativos internacionales consagratorios de los mismos en el ordenamiento interno.

La consecuencia de tal integración es la adecuación conveniente a las materias objeto de regulación por el Derecho en general, y por el Derecho tributario en particular a fin de lograr una tutela efectiva por la jurisdicción constitucional¹².

En el campo de la tributación, los derechos humanos se traducen en límites explícitos y directos al poder de imposición y garantías del contribuyente frente al mismo a partir de la noción instrumental y formal del sistema tributario adoptado por cada país en el texto constitucional. Ello impone la normatividad de un conjunto de relaciones entre las entidades públicas de base territorial entre sí (jerárquicas y horizontales) denominadas Relaciones Intergubernamentales (RIG) y las relaciones jurídico-tributarias que derivan de la realización de los hechos imposables definidos por el legislador. De ahí la importancia de la búsqueda de las bases conceptuales y para el logro de la referida integración, que orienten el proceso legislativo en la revisión y adecuación de las leyes generales tributarias ya sea como Códigos Orgánicos Tributarios, *Estatutos del Contribuyente* o *Leyes de derechos y garantías de los contribuyentes*, los órganos jurisdiccionales encargados de la tutela de los derechos humanos puedan garantizar su efectiva vigencia y los responsables de definir y ejecutar las políticas tributarias y de administración tributaria puedan proceder a la racionalización de los sistemas tributarios sin perjudicar, preterir, conculcar o desconocer tales derechos que, lejos de representar una cortapisa en el logro de dichos objetivos, constituyen orientaciones que en última instancia, interesan a las propias entidades acreedoras del tributo.

El tema planteado hace coincidir la relación de los derechos humanos y el Derecho tributario con el problema inherente a las limitaciones de la facultad de tributar, que abarca las inmunidades (o exenciones fundadas en la libertad), las prohibiciones contra la desigualdad y los principios de seguridad jurídica.

En este trabajo se analiza la recepción de la consagratoria de los derechos humanos en la red de instrumentos internacionales¹³ en el bloque de la constitucionalidad, noción

10. República Bolivariana de Venezuela, *G.O.* n° 5453 Extraordinario del viernes 24 de marzo de 2000 originalmente publicada en la *G.O.* n° 36.860 del jueves 30 de diciembre de 1999.

11. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual de perspectivas" en *Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José, Costa Rica-La Haya 1996, p. 49.

12. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia de fecha 14 de marzo de 2000 (caso *C.A. Electricidad del Centro-ELECENTRO* – y *Compañía Anónima de Electricidad de los Andes – CADELA*–) desaplicó el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y declaró la preeminencia y jerarquía constitucional de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en relación con el ordenamiento interno al establecer lo siguiente: "...sin embargo, sobre la base de preeminencia de los derechos humanos, reconocida como valor superior del *ordenamiento jurídico*".

esta que hace referencia a la existencia de normas que estando fuera de la Constitución se erigen por la decisión del constituyente a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, en el cual se insertan a través de fuentes nacionales e internacionales normas con las misma jerarquía de la Constitución¹⁴, y como estos derechos condicionan las políticas públicas que tienen que ver con la definición de los tributos y el perfeccionamiento activo de las funciones operativas de Administración tributaria en su objetivo terminal de racionalización del sistema tributario y lograr el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias.

II. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA SOBRE EL DERECHO INTERNO

Los modelos o criterios que pueden esbozarse para el perfeccionamiento y racionalización del sistema tributario a partir de su diseño y consagratoria en el Texto Constitucional de cada país, deben siempre resaltar “la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto”¹⁵. El carácter normativo de la Constitución deriva en su supremacía sobre toda la legislación dictada en su ejecución, las cuales deben adecuarse al contenido, alcance y eficacia de los derechos fundamentales del ciudadano, se traduzcan éstos en derechos subjetivos constitucionales o en determinaciones de fines de Estado; es decir, en declaraciones de los principios que deben orientar la actividad del Estado y a cuya realización deben actuar sus órganos¹⁶, y en la organización institucional y competencial de las distintas manifestaciones del Poder Público.

Por tanto, las políticas tributaria y de administración tributaria tendentes a la racionalización del sistema tributario deben diseñarse y ejecutarse en clara correspondencia con aquellas funciones consustanciales a la idea y existencia misma de la Constitución como principio máximoderivante de todo el ordenamiento jurídico y, en especial, las relativas a:

1. La estructuración orgánica de las distintas manifestaciones del Poder Público, la regulación del contenido y alcance de autonomía y la definición de su esfera competencial (parte orgánica).
2. La definición y regulación de las fuentes normativas y consagratorias de los derechos fundamentales y su tutela jurisdiccional efectiva (parte dogmática).

13. Entre las declaraciones, convenciones y acuerdos sobre derechos humanos destacan la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, la Convención Americana sobre derechos humanos, y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

14. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Las Constituciones Latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung y Centro interdisciplinario de estudios sobre el desarrollo Latinoamericano, Argentina 2000, p. 188.

15. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1994, p. 95.

16. LINARES BENZO, Gustavo, *Leer la Constitución, un ensayo de interpretación constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 31-32.

3. El establecimiento de las bases fundamentales a través de las cuales se regulan las relaciones intergubernamentales, la relación de las entidades públicas de base territorial con los agentes económicos privados y las de éstos entre sí; bases a la que en conjunto se le ha dado en llamar *Constitución Económica*.

En consecuencia, la Constitución como norma primaria que establece la forma y medios de integración de los subsistemas normativos que conforman el ordenamiento jurídico, definiendo los principios de jerarquía, los órganos y procesos legislativos a partir de la autonomía normativa de las entidades públicas de base territorial que conforman el Estado o *las distintas manifestaciones del Poder Público*¹⁷, tiene como función esencial el establecimiento de la distribución del Poder Público que, de acuerdo con la clasificación de Steffani utilizada por el maestro español García Pelayo, tiene como contenido la división de competencias entre las entidades territoriales, la cual puede tomar las siguientes modalidades:

Entidades con derecho autonómicos restringidos dentro del marco establecido por las leyes y los preceptos administrativos.

Entidades con atribuciones para establecer normas en determinadas materias y casos rigurosamente determinados.

Entidades dotadas en alta medida de competencias estructuradoras en las esferas de la legislación y de la administración, así como de la potestad, garantizada constitucionalmente, de participar en la formulación de la voluntad del Estado; es decir, en el proceso de decisión de la totalidad nacional.

Entidades internacionales dotadas de capacidad de acción, en virtud de que a sus miembros le han atribuido la potestad de decisión sobre ciertas materias¹⁸.

La determinación de los entes político-territoriales o de base territorial y la definición del grado de autonomía atribuido a cada uno de ellos, sobre todo en lo que se refiere a la materia financiera -que abarca tanto al componente de los ingresos como al de los gastos y, por tanto, la determinación de la esfera competencial en materia tributaria de los Estados miembros de la federación y de sus Municipios integrantes, dentro de lo que constituye su división político-territorial en virtud de la distribución del Poder Público con base en el criterio territorial, federativo o vertical, como en el caso específico de Venezuela- debe inexorablemente estar acompañado de la correspondiente elaboración del catálogo de los derechos y libertades fundamentales, que condicionan la actuación de todos los órganos resultado de tal distribución, la cual a juicio del profesor Brewer Carías, constituye el gran aporte del constitucionalismo moderno a la organización del Estado y que implicó el desmantelamiento del Estado absoluto.¹⁹

Más aún, si se fija el análisis en las exacciones de las economías particulares a las públicas, mediante la exigencia de contribuciones dinerarias, que en calidad de tributos establecen las entidades político-territoriales en el ejercicio de su autonomía a los fines de satisfacer sus necesidades financieras ordinarias, en las que el conjunto de especies tributarias que conforman un sistema tributario que tiene como centro de atracción o de imputación al contribuyente a quien presenta una única capacidad contributiva y

17. Artículo 13 del Código Orgánico Tributario.

18. GARCÍA PELAYO, Manuel, "La división de poderes y la Constitución venezolana de 1961", en *Estudios sobre la Constitución*, tomo III, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, p. 1411.

19. BREWER-CARIÁS, Allan R., "América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, *op. cit.*, p. 17.

exposición patrimonial, destaca la aplicación directa de la Constitución y de la eficacia que pueda atribuírsele a la defensa y protección de esos derechos frente al órgano legislativo que detenta el poder tributario o la Administración Tributaria encargada de individualizar el mandato general y abstracto en que el ejercicio de aquél se resume.

En tal sentido, resulta inaceptable y contraria al valor normativo de la Constitución, la posición según la cual la eficacia inmediata de los derechos humanos se encuentra supeditada a la actuación del legislador; es decir, con una aplicación diferida y condicionada a la ley sancionada en ejecución complementaria a la Constitución, dando lugar a la existencia de las denominadas normas *programáticas*, las cuales sólo comportarían un exhorto o mandato al órgano legislativo sin tutela jurisdiccional inmediata. Por tanto, basta la simple consagratoria de los derechos humanos para que las mismas vinculen a todos los órganos del Poder Público y, por consiguiente, sujeta su actuación al bloque de la legalidad.

La consecuencia lógica y necesaria para garantizar el carácter normativo de la Constitución y la eficacia plena e inmediata de los derechos humanos es la supremacía de las normas internacionales contenidas y desarrolladas en los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por los respectivos países.

Adicionalmente a tal preeminencia sobre el ordenamiento jurídico interno, debe destacarse complementariamente la tendencia de los estados a garantizar a todas las personas, de manera progresiva y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos²⁰.

En este sentido, debe considerarse afirmativamente el planteamiento del relator del Tema I en cuanto a la supremacía de la norma internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, incluso, sobre las normas constitucionales que con ella contrasten, pues es clara la influencia que ha ejercido el Derecho internacional de los derechos humanos en el constitucionalismo moderno latinoamericano y, en especial, de Venezuela, hasta el punto de que resulta “alentador que la conquista del Derecho internacional a favor de la protección del ser humano venga a proyectarse en el Derecho constitucional, enriqueciéndolo y demostrando que la búsqueda de protección cada vez más eficaz de la persona humana encuentra guarida en la raíces del pensamiento tanto internacionalista como constitucionalista”²¹.

La actualidad viva y relevante de los derechos fundamentales y de su problemática²², su ampliación y efectiva protección por el carácter irreversible y progresivo señalados, se evidencia no sólo en la consagratoria de tal protección en los textos fundamentales sino, además, en que algunos países, como el caso reciente de Venezuela, han establecido como principio preconstitucional la limitación para que el órgano político correspondiente, como en el caso de la Asamblea Nacional Constituyente, tuviera como

20. El artículo 19 de la Constitución establece que “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder público de conformidad con la Constitución, Los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”.

21. ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., y LEJARZA, Jacqueline, “Estudio preliminar” en *Constituciones latinoamericanas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, p. 16.

22. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales” en *Estudio sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991, p. 589.

límite explícito y directo la misión de redactar en una nueva Carta Magna la garantía, protección y progresividad de los derechos humanos.

En efecto, en las Bases Comiciales para el referéndum consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente celebrada el 25 de abril de 1999²³, se estableció lo siguiente:

Octavo: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia Republicana, *así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.*

Así, la Asamblea Nacional Constituyente, como producto de la soberanía popular expresada en el referéndum del 25 de abril de 1999, sometidas sus bases comiciales a referéndum consultivo, las mismas adquirieron rango supraconstitucional, y, por tanto, límites y orientación en el momento de la transformación del Estado y de la creación del nuevo ordenamiento jurídico que permite el efectivo funcionamiento de la democracia²⁴.

El carácter supraconstitucional, progresivo e irreversible de los derechos fundamentales deriva, en algunos casos como el venezolano, de unas bases comiciales que condicionaron y limitaron al órgano político (Asamblea Nacional Constituyente) encargado de la elaboración y redacción de una Ley Fundamental, como en su consagratoria expresa en los textos constitucionales, en muchos de los países latinoamericanos²⁵.

La supraconstitucionalidad en esta materia implica que todos los instrumentos internacionales tienen un valor preeminente sobre el ordenamiento interno cuando contengan normas más favorables para el goce y ejercicio de los derechos respecto de las previstas en la Constitución²⁶.

El resultado de la tendencia del constitucionalismo moderno de atribuir carácter preeminente al ordenamiento internacional de los derechos humanos, se traduce en la sujeción total de los órganos del Poder Público y en un principio de hermenéutica de aplicación inmediata del ordenamiento jurídico²⁷ al punto de que los órganos jurisdiccionales deben garantizar “la efectividad de las normas y principios constitucionales”²⁸ atribuyéndosele a las Cortes o Tribunales Supremos de Justicia la condición de

23. República de Venezuela Consejo Nacional Electoral, Resolución n° 99032371 de fecha 23 de marzo de 1999, G.O. n° 36.669, de 25 de marzo de 1999.

24. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 21.

25. V., en este sentido la Constitución de Venezuela de 1999, (artículo 19), la Constitución de Guatemala de 1985 (artículo 46), la Constitución de Colombia de 1991 (artículo 93), la Constitución de Perú de 1993 (Disposición final transitoria), así como las constituciones de Nicaragua de 1987 (artículo 46), la Constitución de Brasil de 1988 (artículo 5 ordinales 1 y 2) y la Constitución de Chile de 1989 (artículo 5 II).

26. BREWER-CARÍAS, Allan, “América Latina: retos para la Constitución...”, *op. cit.*, p. 25.

27. La Constitución de 1999 establece en su artículo 7 su carácter de norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, estableciendo la sujeción de todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público a imperio.

28. Artículo 335 de la Constitución.

“máximo y último intérprete de la Constitución”, asignándoseles la misión de velar por su uniforme interpretación y recta aplicación²⁹.

De manera que al analizar los distintos textos constitucionales iberoamericanos, siendo el más reciente el venezolano, podemos afirmar, siguiendo a García de Enterría, que los constituyentes de cada país han intentado reaccionar contra una concepción puramente retórica de los derechos fundamentales y en consecuencia han diseñado un cuadro de derechos absolutamente eficaces por sí mismos, sin perjuicio de que el ejercicio de muchos de ellos, no de todos, deban ser desarrollados³⁰. No podría ser de otra forma si se considera que los derechos humanos y fundamentales para poder cumplir su función en la realidad social (incluida la actividad financiera pública) precisan, en mayor o menor grado, de un desarrollo concretador por el ordenamiento jurídico y deben irradiarse en todos los ámbitos del ordenamiento legal, para lo cual se hace necesario establecer formas de organización y normas de procedimiento, no sólo en el constitucional, sino en todos los niveles del sistema normativo, como medios para alcanzar un resultado conforme a tales derechos y, de este modo, asegurarlos³¹, ya sea mediante el ejercicio de los recursos de impugnación en vía gubernativa o administrativa o en jurisdicción contenciosa administrativa, y el control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Así, los sujetos pasivos respecto de los cuales se verifican las hipótesis de incidencia integradoras de los hechos imposables que originan el nacimiento de las obligaciones tributarias podrán ejercer las acciones o recursos que le permitan la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales, que limitan el alcance y contenido del poder de imposición y de la potestad administrativa tributaria para la exigencia de la correspondiente exacción, previstos en el ordenamiento internacional o en la normativa constitucional que los absorba, cuando un acto administrativo de determinación y de ejecución legislativa, o una ley que proceda a la modificación o a la creación *ex novo* de un tributo desconozcan, conculquen o violen, en alguna medida, tales derechos.

A juicio de García de Enterría, el valor supraconstitucional del ordenamiento internacional de los derechos humanos conduce a una súper rigidez constitucional que permite, según la construcción de Bachof, declarar inconstitucional cualquier reforma de la Constitución que produzca alguna afección a esas partes súper protegidas, aun cuando no fuese en forma de revisión de los correspondientes artículos³². La súper rigidez acusada lleva, incluso, al control de la constitucionalidad de una disposición contenida en la propia Ley Fundamental, cuando ésta es contraria a su propia normativa consagratoria de derechos fundamentales, principios y normas contenidas en las declaraciones internacionales a las cuales se les ha atribuido el carácter de principios preconstitucionales y, por tanto, preeminentes sobre el ordenamiento interno. Lo que persigue el control no es sólo la garantía per se de los derechos fundamentales, sino la definición de la cimiento de la convicción del pueblo en cuanto a la importancia y jerarquía de la Constitución como *norma normatorum*.

El valor de los derechos humanos como las *decisiones políticas fundamentales*, en virtud de lo cual son causa y condición de todo el sistema constitucional, permite, como

29. *Ibidem*.

30. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, p. 49.

31. LÖSING, Norbert, “Las garantías procesales de los derechos humanos en América Latina” en *Revista de Derecho Constitucional* n° 1, Caracas 1999, pp. 231-232.

32. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como ...*, en *op. cit.*, pp. 98-99.

lo afirma García de Enterría, inspirado en la doctrina y jurisprudencia germánica, hablar de posibles *normas inconstitucionales*, concepto con el que se pone de relieve la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución, que suponen a la reforma constitucional³³.

En tal sentido, conviene traer a colación la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de fecha 14 de marzo de 2000³⁴ que, de conformidad con lo establecido en el segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República, deja sin aplicación la disposición prevista en el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y declara la preeminencia y jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre derechos humanos en relación con el ordenamiento interno, al establecer que “sobre la base de preeminencia de los derechos humanos, reconocida como valor superior del ordenamiento jurídico, la Constitución de la República declaró que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional; que prevalece en el ordenamiento interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y la ley; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

III. LA CONSAGRATORIA DE LOS DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES

El carácter progresivo, irreversible y preeminente de las declaraciones internacionales de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, impone su particularidad en cuanto a su tratamiento como principios constitucionales de la tributación con una eficacia de pleno derecho distinto al de los denominados principios de imposición. La distinción entre principios constitucionales de la tributación y los principios de imposición tiene valor en la medida en que permite establecer la fuente o vinculación normativa y la exigencia que de la misma se puede hacer a los operarios jurídicos de la tributación y las garantías que del bloque de la legalidad dimanar para asegurar su vigencia.

Como lo asienta Fuentes Quintana, la misión de los principios de la imposición es terminar en el campo positivo del sistema fiscal al que transmiten las concretas y determinadas exigencias que afirman el cumplimiento de las finalidades de la tributación³⁵. Los principios de imposición no son manifestaciones normativas; son orientaciones que permiten a los responsables del diseño y ejecución de las políticas tributaria y de administración tributaria la racionalización del sistema tributario y al jurista contar con un mayor contexto de interpretación, nutriéndose de las doctrinas y principios elaborados en las ciencias económicas y de la hacienda pública en la

33. *Ibid.*, p. 99.

34. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia del 14 de marzo de 2000, Caso *C.A. Electricidad del Centro –ELECENRO– y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes –CADELA–*, consultada en copia del original.

35. FUENTES QUINTANA, Enrique, “Introducción” en *Principios de la imposición de Fritz Neumark*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, p. XIV.

interpretación no del texto normativo propiamente dicho³⁶ sino en la interpretación de los hechos económicos definidos como hipótesis de incidencia; es decir, el concepto legal (descripción legal, hipotética, de un hecho, estado de hecho o conjunto de circunstancias de hecho) que al verificarse efectivamente materializa el hecho imponible³⁷ y marca el nacimiento de la obligación tributaria.

La interpretación así concebida permite al jurista escudriñar la naturaleza, estructura y efectos económicos de cada uno de los tributos y su inserción dentro del sistema impositivo, con el objeto de evitar cualquier interferencia, en el más puro pensamiento de Adam Smith, y obtener en el justo sentido smithsoniano, una óptima distribución y uso de recursos que contribuya con ese objetivo, que no es otro que la distribución de la carga impositiva adecuada a la distribución de ingresos considerada ideal por el consenso de opiniones en el Estado³⁸. Y por tanto, establecer un costo mínimo en el ejercicio de las funciones operativas básicas e instrumentales de administración tributaria, que en términos de eficiencia (nivel de desempeño de las actividades en términos de costo y productividad de la organización en encargada de la administración del tributo) y efectividad³⁹ (nivel de cumplimiento de los objetivos de la organización) propugne por el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias a través de una permanente definición de la política de reducción de los márgenes de evasión fiscal,⁴⁰ sin sacrificar o desconocer los derechos de los contribuyentes (principios constitucionales de la tributación) derivados de las declaraciones internacionales sobre derechos humanos absorbidas, reconocidas o a las cuales remiten la Constitución y las leyes dictadas en su ejecución.

Los principios constitucionales de la tributación tienen eficacia desde el mismo momento de su consagratoria en la Constitución y sujetan y condicionan la actuación de todos los órganos del Poder Público que tienen por objeto la gestión y definición del tributo, ya sea en la definición de sus aspectos sustanciales (Poder Legislativo), en la gestión administrativa (Administración Tributaria) y de la revisión de la legalidad de la legislación y de los actos administrativos que concretan el poder de imposición (Poder Judicial).

Sin embargo, en la doctrina española en interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴¹ -de mucha influencia en nuestro medio- se ha denunciado, *algo de indeterminado* o de *contorno imprecisos* en los principios tributarios incorporados en la Constitución de 1978, que se refleja en el grado de nivel de eficacia de la doble función que cumplen en el ordenamiento jurídico como límites al ejercicio de los Poderes Públicos: (i) la función positiva, en cuanto a fuentes del Derecho y en cuanto a

36. Cf., VERNENGO, Roberto, "Interpretación del Derecho" en *Enciclopedia de Teoría Jurídica*, Centro de Estudios Constitucional Español, Madrid 1996, p. 241.

37. ATALIBA, Geraldo, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 50.

38. Cf., DUE, John, *Análisis económico de los impuestos*, El Ateneo, Buenos Aires 1991, p. 77.

39. CORRADINE, Jorge Eduardo, "Medición de la eficiencia y efectividad como parte del proceso gerencial de la Administración tributaria", en *XXIV Asamblea General del CIAT*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990, p. 23.

40. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Políticas de reducción de la evasión de los tributos municipales (propuestas para una modernización y reforma de la Administración tributaria local)" en *Tributación Municipal en Venezuela I (Aspectos jurídicos y administrativos)*, PH Editorial, Caracas 1996, pp. 141-176.

41. RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, "Jurisprudencia constitucional y principios de imposición" en *Garantías constitucionales del contribuyente*, Colección financiero nº 10, Tirant lo Blanch, Valencia España 1999, p. 131.

informadores del conjunto del ordenamiento; y (ii) la función negativa, que consiste en la exclusión de los valores contrapuestos y de las normas que descansan sobre esos valores, pues tales principios tienen sentido en la medida en que sirven para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

No compartimos el criterio expuesto, que llevaría inexorablemente a sostener que los principios constitucionales de la tributación, manifestación en el campo de las finanzas en la vertiente del ingreso de los derechos humanos, son normas jurídicas especiales que requieren de una concreción en ulteriores normas y decisiones, pues constituyen más que un mandato en su mismo, una base, criterio u orientación para la aprobación y emisión de tales normas y decisiones, originando una suerte de *déficit constitucional* en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en materia tributaria⁴².

Lo expresado, puede llevar al extremo de desfavorecer o debilitar la defensa de los sujetos pasivos (contribuyente y responsables: agentes de retención y percepción) y la restitución de su situación jurídica infringida en virtud de una antijurídica actuación del Estado, originando lo que Klaus Vogel, denomina *una cierta zona gris* del Derecho constitucional en cuanto a lo que toca a la defensa de la libertad y la propiedad, porque intervención de los jueces para dar protección contra acciones financieras que afecten a tales derechos tiene una base mucho menos segura que la protección contra limitaciones directas de la libertad o incluso de la privación de libertad⁴³. Tal posición en nuestro ordenamiento constitucional se desvanece, por la protección del derecho a la propiedad frente a la tributación irracional o confiscatoria⁴⁴.

Si se pretende concebir al tributo en el marco de un Estado de Derecho y estructurarlo al servicio de la libertad, como lo afirma Kirchhof, su defensa resulta plenamente justificada, en especial cuando el Estado ha efectuado aportaciones esenciales para el surgimiento y la existencia de bienes económicos susceptibles de imposición⁴⁵.

Así, los derechos fundamentales o humanos como límites del ejercicio de la facultad de crear tributos por parte del Estado en sus distintas manifestaciones, comportan dos dimensiones: una objetiva, según la cual su contenido debe funcionalizarse en aras de la consecución de los fines y valores constitucionalmente consagrados en la relación y correspondencia entre el sistema tributario y el régimen socioeconómico, y por otro lado, una subjetiva en tanto que se constituye como garantía de los aspectos esenciales a la dignidad y desarrollo pleno de la humanidad.

El tratamiento de las limitaciones al ejercicio del poder tributario como reconocimiento a la existencia de los derechos humanos, debe responder a una visión holística entre el deber de coadyuvar a los gastos públicos⁴⁶ que representa al contribuyente como parte de la colectividad y sus derechos fundamentales en cuanto a la propiedad y la libertad económica, que pueden verse afectadas por la imposición, pues como lo ha expresado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “los derechos fundamentales deben tenerse por un todo armónico en el cual no cabe la fractura entre

42. *Ibid.*, *passim*.

43. *Ibid.*, p. 132.

44. Artículos 115 y 317 de la Constitución.

45. KIRCHHOF, Paúl, “La influencia de la Constitución alemana en su legislación tributaria” en *Garantías constitucionales del contribuyente*, *op.cit.*, p. 31.

46. Artículo 132 de la Constitución.

una supuesta posición del sujeto en su individualidad frente al sujeto como parte de un conglomerado social. Al contrario, ambas dimensiones se compenetrán en tal grado, que ha sido subrayada la imposibilidad del disfrute de ciertos derechos individuales sin el goce previo de ciertas ventajas de orden social o económico⁴⁷.

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1999 en su artículo 22⁴⁸, siguiendo las orientaciones del artículo 50 de la Carta Magna de 1961, permite construir una *summa divisio*⁴⁹ de los derechos constitucionalizados: los expresamente enunciados en ella, por un lado, y aquellos otros *inherentes a la persona* que no figuren expresamente enunciados en los derechos y garantías contenidos en la ley fundamental y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos implícitos en el texto.

Así, en el ordenamiento jurídico venezolano existe una declaración constitucional formal de los derechos del contribuyente desarrollados en el Código Orgánico Tributario, los cuales tienen como finalidad “evitar -en lo posible- la modificación del equilibrio existente antes del impuesto o la posición económica relativa a los contribuyentes y permitir o consagrar la inviolabilidad del derecho de propiedad”⁵⁰.

Los derechos fundamentales del contribuyente, cuyo mayor o menor desarrollo y observancia aseguran la racionalidad o irracionalidad jurídica del sistema tributario, imponen límites al ejercicio del poder tributario por parte de las entidades públicas territoriales que resultan de la aplicación del criterio de distribución vertical del Poder Público o, si se quiere, de las garantías del ciudadano frente al ejercicio de ese Poder⁵¹, que es su origen y no un simple instrumento del mismo⁵². Este es percibido como la manifestación más conocida del poder de coacción del Estado, del poder de apropiación, si se tiene en cuenta que el poder de imposición no lleva consigo per se obligación alguna en cuanto a emplear los ingresos obtenidos de forma concreta⁵³.

Las limitaciones al ejercicio del poder de imposición⁵⁴, concebidas como garantías del contribuyente y fundamentos del sistema tributario, se resumen básicamente en los principios de legalidad y de justicia, de los cuales dimana una serie de corolarios que conforman los instrumentos para lograr los fines del sistema tributario constitucionalmente consagrado.

El principio de legalidad tributaria, como lo expresara Contreras Quintero, es milenario y de un alto abolengo histórico. Es más, los parlamentos tienen origen tributario,

47. República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Caso *Manuel Quevedo Fernández*, ponente DELGADO OCANDO, José M., p. 9.

48. Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y de los instrumentos internacionales de los derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

49. LINARES BENZO, Gustavo, *Leer la Constitución...*, en *op. cit.*, p. 30.

50. JARACH, Dino, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, Editorial Cangallo, Buenos Aires 1985, p. 310.

51. V., GARCÍA BELSULCE, Horacio, “Las garantías constitucionales del contribuyente” en *Temas de Derecho tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1982, p. 75.

52. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva...*, *op. cit.*, p. 44.

53. BRENNAN, Geoffrey y BUCHANAN, James, *El poder fiscal*, Unión Editorial, Madrid 1987, p. 31.

54. V., ALFONSO PARADISI, Juan Domingo, “El poder tributario y los derechos y garantías constitucionales como límites a su ejercicio” en esta obra *Homenaje al Profesor Allan Brewster Carías*.

pues su función originaria y fundamental fue la de consentir los tributos,⁵⁵ o como lo asienta Moles Caubet, la reserva legal más antigua⁵⁶.

Los corolarios del principio de legalidad que derivan del ordenamiento jurídico conforme a la clasificación efectuada por la doctrina, son los siguientes⁵⁷:

1. La determinación de la fuente del poder tributario efectuada por la Constitución y las leyes dictadas en su ejecución^{58 59}.

2. Las prohibiciones contenidas en el artículo 183 aplicables a los Estados y Municipios:

a) Crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional.

b) Gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio.

c) Prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él.

d) Las entidades político-territoriales mencionadas sólo podrán gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley nacional.

e) Aquellas que deriven de la legislación prevista en el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución, para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales.

1. Tomando en cuenta la naturaleza de entidades públicas de base territorial no puede desconocerse el principio de territorialidad^{60 61}.

55. CONTRERAS QUINTERO, Florencio, *Disquisiciones tributarias*, Universidad de Los Andes, Mérida 1969, p. 22.

56. MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1974, p. 7.

57. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Marco Jurídico de la Tributación Local en Venezuela: limitaciones directas o explícitas al Poder Tributario Municipal" en *Tributación municipal en Venezuela*, PH Editorial, Caracas 1996, pp. 26-33.

58. Durante la vigencia de la Constitución 1961, en Venezuela se dictaron, entre otras, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en las cuales se definía un poder tributario derivado a favor de los municipios. Igualmente, se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencia del Poder Público, la cual asignó a los estados miembros de la federación nuevas competencias tributarias, constitucionalmente reservadas al poder nacional dentro del marco de actuación de la cláusula de descentralización prevista en el artículo 137 de la Constitución de 1961.

59. V., ARAUJO MEDINA, Federico y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, *Análisis constitucional del poder tributario en materia de hidrocarburos*, Ediciones Torres, Plaz & Araujo, Caracas 1995 y "La interpretación sistemática de la Constitución como criterio ordenador del sistema tributario y de la delimitación competencial impositiva en Venezuela" en *Temas fundamentales de análisis económico del Derecho. Actas del III Congreso de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Análisis Económico del Derecho*, Caracas 1997, pp. 299-310; ALFONSO PARADISI, Juan Domingo y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "El tributo municipal en los espacios no urbanos" en *Revista de Derecho Urbanístico* n° 5 y 6, Editorial Urbanitas, Caracas, pp. 41-69 y pp. 39-73 y RAMÍREZ VAN DER VELDE, Alejandro y otros, *Análisis del régimen tributario en la nueva Constitución*, Ediciones Torres, Plaz & Araujo, Caracas 2000.

2. La tributación incide, en último término, en la propiedad; en tal virtud, el principio de legalidad tributaria está consagrado por la Constitución como una garantía del derecho de propiedad⁶² que ha dado lugar al otro principio y límite constitucional al poder fiscal que es el de la prohibición de los impuestos confiscatorios⁶³.

3. No podrán concederse exenciones, exoneraciones, rebajas ni otras formas de beneficios fiscales sino en los casos previstos por la ley⁶⁴.

4. La limitación al legislador de reconocer y atribuir a la Administración tributaria facultades discrecionales⁶⁵.

5. La irretroactividad de la ley impositiva⁶⁶.

6. Las obligaciones nacidas *ex lege* no pueden ser derogadas por acuerdos entre particulares⁶⁷.

7. La analogía no puede utilizarse en la creación de tributos, exenciones, exoneraciones u otros beneficios fiscales ni para tipificar infracciones y sanciones⁶⁸.

8. La limitación del ámbito de competencia de las entidades públicas territoriales a bloques de intereses públicos; es decir, a los intereses peculiares o propios de la entidad, a las materias propias de la vida local y a los fines del sistema tributario⁶⁹.

En lo que corresponde al principio de justicia nos encontramos los siguientes corolarios:

1. La capacidad contributiva o económica del contribuyente⁷⁰.

2. La igualdad tanto en lo que refiere a la situación de todos los ciudadanos frente a las cargas fiscales, como a la introducción de otros principios vinculados a la evolución sobre los conceptos de justicia tributaria, a saber:⁷¹

a) Igualdad en la ley (jurídica y económica), en el sentido de que la ley no debe establecer desigualdades, lo que en el Derecho Tributario se concreta en la igualdad ante las cargas públicas⁷². La igualdad jurídica está referida a la condición propia del ser humano y deriva de los derechos inherentes a su condición. No obstante, esa igualdad, amén de otros derechos, puede ser extendida a las personas jurídicas o

60. En este sentido, el Código Orgánico Tributario en su artículo 11, expresa que "las normas tributarias tienen su vigencia en el ámbito espacial sometido a la potestad del órgano competente para crearlas".

61. Cf., ARAUJO MEDINA, Federico y PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, *El territorio como ámbito de eficacia y validez de la tributación municipal venezolana*, Ediciones Torres, Plaz & Araujo, Caracas 1998.

62. El artículo 115 de la Constitución de 1999 establece "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".

63. CONTRERAS QUINTERO, Florencio, *op. cit.*, p. 22.

64. Artículos 316 de la Constitución y numeral segundo del artículo 3 del Código Orgánico Tributario.

65. Artículo 4, 121 y siguientes del Código Orgánico Tributario.

66. Disposición Transitoria Quinta, numeral 1, y artículo 24 de la Constitución. Igualmente, artículos 8 y 10 del Código Orgánico Tributario.

67. Artículo 14 del Código Orgánico Tributario y artículo 6 del Código Civil.

68. Artículo 6 del Código Orgánico Tributario.

69. Artículos 178 y 316 de la Constitución.

70. Artículo 316 de la Constitución.

71. VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones de Derecho tributario*, Depalma, Buenos Aires 1992, pp. 369-437.

72. Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y Artículos 21 y 316 de la Constitución.

morales. La igualdad económica se relaciona, como lo asevera Valdés Costa -a quien hemos seguido en la clasificación de estos corolarios- en las posibilidades económicas del contribuyente, en virtud de que el principio se vincula con el concepto de capacidad económica o contributiva del contribuyente⁷³ y no con la mera existencia del individuo, como la igualdad jurídica.

b) Igualdad por la ley, en el sentido de que ésta sería utilizada como instrumento para lograr una igualdad de los individuos, corrigiendo las desigualdades económicas imperantes.

c) Igualdad ante la ley, que significa que la norma debe ser aplicada con criterio de estricta igualdad a todos los afectados por ella.

d) Igualdad de las partes, ínsito en la concepción de la obligación tributaria como una relación jurídica de crédito y débito, y no como una relación de poder.

Las dos primeras y la cuarta se refieren al contenido de la ley. La tercera a la forma de interpretarla y aplicarla.

El artículo 316 de la Constitución establece que el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas, según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de la progresividad, a la protección de la economía nacional y a la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos. La naturaleza de este artículo, sin duda alguna, puede afirmarse siguiendo a Casado Hidalgo en sus comentarios al artículo 223 de la Constitución de 1961, antecedente inmediato de su consagratoria, constituye la dogmática inexcusable del sistema tributario y es a la par que una formulación de política tributaria cuyos destinatarios son las entidades públicas de base territorial, una disposición que regula todo el sistema y es la fuente de otras disposiciones constitucionales que directa o indirectamente son su consecuencia⁷⁴.

No obstante, la distinción entre principios de la tributación y principios de la imposición en cuanto a su fuente consagratoria y a su eficacia en el condicionamiento y limitación al ejercicio del poder tributario, se debe buscar, a partir de su complementariedad, en el diseño y ejecución de las políticas tributarias y de administración tributaria tendentes a la racionalización del sistema tributario dentro de las funciones propias de la Constitución y el ordenamiento jurídico que lo complementan, así como de los principios que permitan ordenar de manera sistemática la forma de imposición y la definición de los efectos económicos que las especies incorporadas suponen, sin olvidar que la capacidad del contribuyente es única frente a ese poder de exacción. No puede caerse en la tentación de buscar un sistema lógico y racional fundamentado en criterios eminentemente económicos, políticos y financieros que sacrifiquen el valor esencial de los derechos humanos y tutelas de los mismos incorporados en los textos constitucionales y, que en definitiva, informan los principios básicos de la tributación que pueden condicionar el ejercicio del poder de imposición.

El Derecho tributario debe proporcionar el cauce institucional y normativo a través del cual materializar los resultados del estudio científico de la economía financiera, entendida como el análisis de los efectos económicos de la actividad financiera del

73. Artículo 316 de la Constitución.

74. CASADO HIDALGO, Luis R., "Una presentación del sistema tributario venezolano en sus bases constitucionales y orgánicas" en *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Avilarte, Caracas 1984, p. 331.

Estado y la investigación de las causas que inducen a elegir determinados instrumentos financieros en lugar de otros.

La economía financiera reviste especial trascendencia en la construcción de un sistema tributario racional, mediante el estudio de la actividad económica y de las elecciones que realiza el Estado; es decir, la elección de las finalidades que se deben conseguir y de los medios de actuación. Cuando se presenta una nueva necesidad que satisfacer, los órganos de gobierno ejecutivo y legislativo se debaten entre distintas opciones, por ejemplo a qué tipo de impuesto (existente o por establecer) es oportuno recurrir para obtener los medios necesarios para hacer frente al gasto. La economía financiera, precisamente a través del estudio de los efectos de los impuestos, proporciona al Estado elementos muy importantes para realizar racionalmente la elección y crear un sistema tributario lógico y orgánico⁷⁵.

En consecuencia, corresponde al Derecho tributario, con apego al valor preeminente de los derechos humanos y su absorción en el catálogo de principios constitucionales de la tributación que se traducen en su garantía en su carácter dual, en derechos y garantías de los sujetos pasivos y en limitaciones al ejercicio del Poder Tributario, brindar los instrumentos técnicos más idóneos para realizar los propósitos del legislador⁷⁶ en cuanto a la creación o modificación de las especies tributarias a partir de los análisis y formulaciones que derivan del *análisis de la hacienda pública*, el cual centra su objeto de estudio en los efectos de los distintos impuestos y gastos públicos del conjunto de tributos⁷⁷ y en la consecución de los cometidos que en la consagratoria constitucional se atribuye al sistema tributario.

Surge así la necesidad de proceder al diseño y puesta en vigencia de un instrumento normativo con las características de ley general marco de la tributación que desarrolle los principios de legalidad y justicia tributaria, los contenidos y alcances de su regulación constitucional, sin que ello signifique desconocer la eficacia y valor inmediato de las libertades públicas, que derivan no tanto de su consagratoria en el Texto Fundamental como del reconocimiento que el órgano constituyente hace de su preeminencia y jerarquía supraconstitucional. Ese instrumento legislativo debe tener una jerarquía superior que permita la uniformidad del régimen jurídico de la tributación y sujete a su vigencia a la legislación especial del tributo mediante el establecimiento de lineamientos generales para su contenido, y que, por tanto, la condicione so pena de su nulidad por inobservancia de alguno de los principios que la conforman.

La ley general tributaria que con el carácter de orgánica se impone para garantizar aún más la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales del contribuyente, no obstante su consagratoria en el Derecho Internacional de los derechos humanos y carácter supraconstitucional, debe concebirse como un Código; es decir, como una ley que reúne sistemáticamente⁷⁸ los principios generales de la tributación y que son comunes a todos los tributos y a sus distintas especies y que por ello tiene permanencia, no siendo afectados por la mutabilidad de los tributos en particular⁷⁹. Como se sostuvo

75. COSCIANI, Cesare, *Principios de ciencia de la Hacienda*, Editorial de Derecho financiero, Madrid 1967, *passim*.

76. V., GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, "Derecho fiscal, Derecho financiero y Derecho tributario" en *Derecho financiero y Hacienda Pública*, n° 167, vol. XXIII, Editorial de Derecho financiero, p. 426.

77. PREST, Allan R., *Hacienda Pública*. Editorial Gredos, Madrid 1967, p. 15.

78. Artículo 2 del Código Civil de Venezuela.

79. GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *Temas...*, *op.cit.*, p. 273.

en las VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de Punta del Este en el año de 1970, la codificación en materia tributaria obedece a la necesidad de que “las leyes tributarias se agrupen metódicamente en ordenamientos únicos, con el objeto de simplificar y facilitar su comprensión y cumplimiento; y guarden con ella la debida armonía, evitando divergencias y contradicciones”⁸⁰.

En definitiva, hemos afirmado que la codificación de una ley general de la tributación con supremacía sobre todo el ordenamiento y vinculante para todos los órganos funcionales de las entidades públicas de base territorial lleva consigo la idea y necesidad de mantener la armonía en el ejercicio del poder tributario a fin de evitar duplicidad y contradicciones en el uso de las nociones, principios y derechos fundamentales de los sujetos pasivos, así de como las instituciones comunes a los tributos⁸¹.

Una ley con tales características debe responder más a la definición de un marco de referencia de las relaciones entre el ciudadano-contribuyente, así como al contenido necesario de la ley tributaria a raíz de la consagratoria del principio de legalidad en la Constitución y a las facultades de la Administración y de los procedimientos constitutivos del acto de determinación, etc. para todos los operarios del régimen tributario (la Administración tributaria, los sujetos pasivos y los órganos de la jurisdicción contenciosa tributaria), que a un catálogo repetitivo de los derechos fundamentales del hombre y su expresión en la tributación y en los institutos y regulaciones construidas a partir de la evolución del Derecho administrativo, del Derecho procesal, del Derecho penal y del Derecho civil. Esto, lejos de contribuir con la transparencia de la normativa, introduce distorsiones y contradicciones, en algunos casos insalvables, que atentan contra las características que justifican la existencia del Código Orgánico Tributario⁸². Así, por ejemplo, en el Código venezolano existen disposiciones relativas a los procedimientos administrativos y a los principios que lo informan (Derecho administrativo formal)⁸³ y que desarrollan los derechos humanos - correspondientes definiéndolas como garantías para la eficacia, así como regulaciones en materia del proceso contencioso administrativo y las garantías objeto de su regulación.

Tal incorporación nominativa, más que una técnica legislativa de remisión interna al ordenamiento jurídico, constituye, en algunos casos, repeticiones innecesarias y, en otras, regulaciones parciales e inconvenientes a la defensa del contribuyente, atentatoria contra la necesaria uniformidad en la interpretación del Derecho, que da lugar a interpretación disímil del ordenamiento y la pluralidad de normas adjetivas que en nada favorecen la posición del contribuyente frente a las pretensiones fiscales.

La ley general de la tributación con las características señaladas debe conjurar la pretensión que, “bajo la bandera de formular un estatuto para el contribuyente” o un

80. Instituto Latinoamericano de Derecho tributario, *Resoluciones de las Jornadas*, Montevideo 1993, p. 41.

81. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, “La importancia del Código Orgánico Tributario en el ordenamiento jurídico venezolano” en *Revista de Derecho Tachireño* n° 7, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1996, p. 147 y OCTAVIO, José Andrés, *Comentarios analíticos al Código Orgánico Tributario*, Colección Textos Legislativos n° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998.

82. V., PALAO TABOADA, C., “Lo blando y lo duro del Proyecto de Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes” en *Revista de Contabilidad y Tributación* n° 171, CEF, 1997, pp. 6-7.

83. Cf., ARAUJO JUÁREZ, José, *Principios generales del Derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1989, y *Principios del Derecho procesal administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1996.

decálogo de buena conducta de la Administración y los obligados tributarios, se pueda esconder desde el deseo de ampliar facultades discrecionales de los órganos de la Administración en el ámbito de los tributos, hasta el establecimiento de unas garantías para el contribuyente desproporcionadas, pero no sensatas jurídicamente hablando⁸⁴.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIONAMIENTO DE LA RACIONALIDAD DEL SISTEMA TRIBUTARIO

Siendo que los tributos son los medios de que se vale el sistema para lograr sus fines, las políticas tributaria y de Administración tributaria requieren de una permanente reestructuración, que implica la adecuación legislativa y organizativa a la realidad económica subyacente de los impuestos. La doctrina especializada y los expertos en política fiscal han trazado esquemas ideales y configurado arquetipos, que permiten parangonarlos con el sistema tributario existente en un momento determinado y, a partir de allí, proponer los cambios y alternativas que permitan su adecuación, modernización y reforma⁸⁵.

La existencia, ya señalada, de diversos entes públicos territoriales con características autonómicas, poder tributario (creación del tributo) y potestad tributaria (facultad de exigirlo), que necesariamente exigen la lógica vinculación de un tributo con otro, a objeto de evitar la superposición en sus efectos económicos en perjuicio de los supremos intereses del Estado, representados en los fines del sistema tributario, llevó a la doctrina especializada a la construcción metodológica, ya tradicional, de dos categorías contrapuestas de sistemas tributarios: *racional* o *teórico* e *histórico* o *aluvional*, que permiten el precisar la eficacia de un determinado sistema en el logro de la necesaria vinculación.

Se está en presencia de un sistema racional o teórico cuando el legislador es quien *ex profeso*, al utilizar criterios de racionalidad, concibe de manera intencionada y reflexiva la armonía entre los objetivos constitucionales que se persiguen y los medios empleados para conseguirlos. Por el contrario, un sistema es aluvional o histórico cuando la armonía se alcanza a través de la espontaneidad de la evolución histórica⁸⁶.

En consecuencia, la racionalidad de un sistema tributario está en función directa a la presencia y verificación de una serie de condiciones generales, de cuya concurrencia o no dependerá el grado mayor o menor de tal racionalidad; el carácter aluvional o histórico, es el resultado de la constante ausencia de tales lineamientos generales, que a lo sumo configura “un repertorio de exacciones cuya más tosca y elemental integración será obra de la espontaneidad histórica”⁸⁷.

En el caso específico del sistema tributario venezolano, su racionalidad está condicionada a la presencia en su ordenamiento jurídico de los lineamientos generales,

84. ESEVERRI MARTÍNEZ, C., “Potestades de la Administración y derechos del contribuyente” en *CT* n° 69, 1994, pp. 19-20.

85. *Cf.*, GJARRO ARRIZABALAGA, Francisco, “El nivel de racionalidad técnico fiscal del sistema tributario español” en *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública* n° 76, Editorial de Derecho financiero, Madrid, p. 783-798.

86. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962.

87. *Ibidem*.

en algunos casos con fundamentación en disciplinas no jurídicas pero si auxiliares de éstas, cuyo catálogo fue elaborado por el tributarista italiano Gangemi⁸⁸, y el cual nos permitimos adaptar a la realidad institucional y jurídica del sistema tributario venezolano, agregándole otras condiciones, en función de los objetivos mínimos de su impostergable reforma. Los referidos lineamientos generales podemos sintetizarlos de la siguiente manera:

a) *La existencia de una Administración tributaria con niveles aceptables de eficiencia*, entendida ésta como el nivel de desempeño de las funciones y operaciones en términos de costos y productividad de una organización,⁸⁹ consciente de sus objetivos globales y de las consecuencias que derivan de su actuación, es decir, efectiva⁹⁰.

b) *La coordinación de la acción fiscal de los entes políticos territoriales* a objeto de ejercitar racional y sistemáticamente el poder tributario que constitucional o legalmente le haya sido atribuido, sin conculcar los derechos fundamentales y garantías de los contribuyentes y sin perjuicio de los fines del sistema tributario y, *per se*, del Estado⁹¹.

c) *La coordinación del sistema tributario con los objetivos y fines del sistema económico*, sin menoscabo de los otros criterios de racionalización empleados para la determinación del nivel de racionalidad del sistema tributario⁹².

d) *La existencia de políticas y mecanismos permanentes de reducción de los márgenes de evasión tributaria*, que conjuren la distorsión que produce la distribución del sacrificio fiscal entre contribuyentes que pagan sus tributos y los que se sustraen del cumplimiento de ese deber constitucionalmente establecido. Ello exige un permanente intercambio de información entre los fiscos de las distintas entidades político-territoriales acerca de la situación fiscal de los contribuyentes por la realización de actividades y posesión de bienes sometidos a su jurisdicción tributaria.

e) *La racionalidad en la aplicación de las exenciones, exoneraciones y demás incentivos fiscales, como instrumentos de política social y económica*, limitando su existencia, a fin de que no se reduzcan y erosionen las bases de ingresos y se introduzcan distorsiones económicas ante la falta de equidad y neutralidad del sistema⁹³.

88. GANGEMI, L., "Manicomio tributario" en *Estudio en honor a Benvenuto Griziotti*, cit., por SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *op. cit.*, Milano 1959, p. 256.

89. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Una ley para el SENIAT" en *Boletín Tributario Torres Plaz & Araujo Abogados*, Caracas enero/febrero 2001, pp. 15-18.

90. BAKER, William, "Factores a considerar para promover y medir la efectividad", y YEN, Ching-Chang, "Retroalimentación del proceso gerencial con los resultados de medir la eficiencia y efectividad" en *Centro Interamericano de Administradores Tributarios (CIAT)*, *op. cit.*

91. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "El sistema tributario y la actividad agrícola en la Constitución de 1999" en *La tributación en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2001, pp. 257-315. y "El impuesto a las tierras ociosas es inconstitucional" en *Boletín tributario Torres, Plaz, & Araujo Abogados*, noviembre/diciembre 2001, pp. 1-7.

92. El artículo 156 numeral 13 de la Constitución establece como competencia del Poder Nacional "la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales; así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial".

93. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "Medidas fiscales para el desarrollo económico", Ponencia para el Tema I, denominado "El sistema tributario como instrumento de desarrollo e incentivación. Hacia una teoría de la

f) *Una mayor atención y tratamiento a la imposición indirecta*, como instrumento de política fiscal que favorezca la promoción del desarrollo económico sin sacrificar la existencia de impuestos progresivos.

g) En consecuencia, *se impone la creación de impuestos generales al consumo*,⁹⁴ de base amplia, de manera que la estructuración de la imposición indirecta sea lo más simplificada posible, eliminando los llamados *impuestos molestos y en íntima coordinación con los impuestos directos*. Presente la necesidad de superar las deficiencias y de obtener una tributación mejor y más conveniente en la imposición indirecta a fin de adaptar su estructura a la del impuesto general a las ventas, la cual debe ser necesariamente, por las ventajas técnicas, económicas y fiscales la del tipo valor agregado o plurifásico no acumulativo, que grave la venta de bienes y la prestación de servicios en todas y cada una de las etapas de producción, comercialización y distribución hasta alcanzar a los consumidores finales.

h) *La armonización y coordinación permanente de las entidades dotadas de poder tributario* para que las incidencias y efectos económicos y sociales de sus exacciones no desvirtúen los fines del sistema tributario constitucionalmente esbozados (*vrg.* artículo 316 de la Constitución de 1999)⁹⁵.

i) *La tipificación armónica del repertorio de infracciones tributarias*, directamente relacionadas con la consagración de los derechos, obligaciones y deberes formales del ordenamiento jurídico tributario y el establecimiento de las correspondientes sanciones, de manera que se garantice la consecución del cumplimiento de su normativa por parte de los sujetos pasivos y terceros ajenos a la relación jurídica tributaria principal. El legislador, al tipificar las infracciones y sanciones, no debe tener presente, aunque parezca una perogrullada, la normativa internacional en materia de derechos humanos y las disposiciones constitucionales. A juicio de Mestre Delgado, la importancia de lo afirmado radica en que el objeto de la tutela penal del Estado democrático son, exclusivamente, los valores *constitucionales relevantes*, término en el que se incluyen tanto los valores esenciales que constituyen el ordenamiento de convivencia política (entre los que destacan, por su naturaleza, los derechos y libertades fundamentales), como otros valores que, aunque no figuren nominalmente recogidos en la Constitución, si cabe, en cambio, reconocerlos implícitamente en ella, en cuanto condicionan el ejercicio efectivo de esos derechos y libertades o, más genéricamente, la garantía plena de aquellos valores constitucionales⁹⁶.

j) *La existencia de una única e independiente jurisdicción contenciosa administrativa especial*, la jurisdicción contenciosa tributaria, con competencia para desempeñar la función de control de la legalidad o legitimidad de la actuación de la Administración tributaria (nacional, estatal y municipal) en ejercicio de la potestad tributaria, que garantice la vigencia definitiva y efectiva del ordenamiento jurídico tributario en aras de la consecución de los fines del sistema, configurándose de esta manera en un

justicia de la no imposición”, *XXI Jornadas Latinoamericanas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, Genova 2002.

94. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, “Anotaciones para la sinceración de la imposición general al consumo tipo valor agregado en Venezuela” en *Revista de derecho tributario* n° 82, Caracas 1999, pp. 61-84.

95. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, *El sistema tributario en la Constitución económica*; KELLY, Janet compiladora, Ediciones IESA, Caracas 1999, pp. 71-79.

96. MESTRE DELGADO, Esteban, *La defraudación tributaria por omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 93.

instrumento procesal de protección de los sujetos pasivos frente a las pretensiones del Fisco.

k) Y finalmente, como colofón de todo lo anteriormente expuesto, *la vigencia absoluta del Código Orgánico Tributario*, con la naturaleza de ley general tributaria con ámbito de aplicación extensivo a los distintos tributos creados por las entidades políticas de base territorial⁹⁷ y a los establecidos en beneficio de las personas de Derecho público no territoriales y a las relaciones jurídicas que deriven de ellos; y que desarrollen los principios constitucionales de la tributación como orientación inexcusable y permanente del legislador, al momento de la creación, modificación o supresión del tributo; de la Administración tributaria al ejercer las amplias facultades que le han sido atribuidas, y a la jurisdicción contenciosa tributaria al momento de ejercer el control de legalidad de los actos emanados de la Administración tributaria.

La aproximación a ese modelo y nivel de racionalidad no es un ex - abrupto que se obtiene de manera improvisada, impulsando reformas al sistema tributario motivados únicamente por el apremio de un déficit fiscal insostenible, más allá de las expectativas normales que su presencia crea y con la aprobación apresurada de instrumentos normativos donde la inmediatez de los intereses políticos electorales privan sobre criterios técnicos. Esto requiere, en primer lugar, de la definición de los criterios de racionalidad que orientan el modelo ideal que sirve de punto de referencia a la política tributaria en el perfeccionamiento del sistema real. Y, en segundo lugar, detectar las incongruencias y distorsiones del sistema tributario vigente al cotejarlo con el sistema ideal y con la evolución social, política y económica nacional e internacional, como determinantes endógenas o exógenas del sistema. Es la tarea permanente del legislador, encontrar la esencia exacta del hecho económico y social que subyace en la relación jurídica que deriva del tributo que crea; así, pues, la racionalidad o historicidad de un sistema tributario debe buscarse en el ordenamiento jurídico tributario.

1. Los criterios de racionalidad

La constante adecuación del sistema tributario a la realidad económica, que no es otra cosa que su perfeccionamiento y racionalización, debe combinar la voluntad decidida de los poderes, la continuidad administrativa en la ejecución de los planes siempre con el denominador común y habilitante del respeto a los derechos fundamentales del ciudadano, programas de reforma tributaria y el empleo de criterios de racionalización económica, financiera, política, administrativa y jurídico-constitucional, que permitan precisar el nivel de racionalidad del sistema alcanzado por el conjunto de exacciones constitucionales y legalmente dispuestas (definición instrumental o formal de sistema tributario).

Ello en virtud de que las reformas de los sistemas tributarios no solo abarcan aspectos vinculados exclusivamente a la legislación tributaria como era la tendencia tradicional, sino que cubre aspectos de política fiscal: la problemática del ingreso y el gasto,

97. SOL, Jesús, "La codificación del Derecho tributario y el debido equilibrio entre los derechos del fisco y los del contribuyente"; PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "El Código Orgánico Tributario y la tributación local. Esbozo para la armonización del sistema tributario venezolano"; VIGILANZA GARCÍA, Adriana, "Reflexiones en torno a la aplicación del Código Orgánico Tributario a los Estados y Municipios" en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario del 2001*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2002, pp. 69-118; pp. 67-117 y pp. 175-221, respectivamente.

presupuesto, deuda pública y asuntos de política tributaria como subdivisión de la política fiscal: administración del sistema tributario (funciones principales o básicas y auxiliares o instrumentales de la Administración tributaria)⁹⁸, distribución de las cargas tributarias, sistemas de información y evaluación de las políticas ejecutadas, etc.

Es menester considerar que toda política tributaria fundamentada en los distintos criterios o parámetros de racionalización para el perfeccionamiento del sistema tributario existente, a través de la aproximación a las condiciones que configuran el modelo ideal que haya sido escogido, en este caso, el arquetipo propuesto en las presentes notas, en la medida en que constituya medio de consecución de los cometidos y fines del Estado, que pueden traducirse en valores *constitucionalmente relevantes*, valores esenciales a la convivencia (derechos fundamentalmente), y garantía de esos valores, están, en cierta medida, condicionadas y determinadas por la reserva legal; es decir, aquellas materias que la Constitución restringe al legislador.

No puede ser de otra forma si se toma en cuenta la importancia del principio de legalidad, como la construcción jurídica más importante del Estado de Derecho, “según la cual toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad con el derecho⁹⁹”.

Y es precisamente, el proceso de codificación de los principios constitucionales de tributación iniciado con la entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario, el que contribuye, como veremos más adelante, al afianzamiento y desarrollo del principio de legalidad, convirtiendo esta Ley Orgánica que nos ocupa en un instrumento de primer orden en la racionalización del sistema tributario.

A. Criterios de racionalidad económica

Los criterios de racionalidad económica están estrechamente relacionados con las declaraciones, directrices y principios contenidos en la Constitución aplicables tanto a los agentes económicos particulares como a la actuación de las personas jurídico-territoriales en la actividad económica. Se trata de direcciones y principios expresados en conceptos e instituciones de evidente carácter económico que, en algunos casos, adquieren el rango de derechos consagrados constitucionalmente o en la legislación de desarrollo y ejecución directa de la Carga Magna, y en todo caso, “tienen una eficacia interpretativa de primer orden, sirven de orientación, estimulación y promoción de la política económica de los poderes públicos rescatándola de la pura exigencia coyuntural y partidista¹⁰⁰”.

98. El Artículo 121 del Código Orgánico Tributario establece que la administración tributaria tendrá las siguientes funciones:

- Recaudación de los tributos, intereses, sanciones y otros accesorios de éstos.
- Aplicación de las leyes tributarias y tareas de fiscalización y control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, induciendo a su cumplimiento voluntario.
- Requerir el cumplimiento de las obligaciones tributarias mediante medidas cautelares, coactivas y de acción ejecutiva.

- Inscripción y registro de los contribuyentes y responsables.

- Establecimiento y desarrollo del sistema de información y de análisis estadístico, económicos y tributarios.

- Función normativa y de divulgación tributaria de naturaleza técnica, jurídica y administrativa.

99. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid 1990, p. 35.

100. BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid 1988, p. 99.

Así, la Constitución de Venezuela, la cual establece en varios de sus Títulos los derechos económicos y fines del Estado: “El Estado promoverá la iniciativa privada garantizando la creación y justa distribución de la riqueza” (artículo 112); “todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia” (artículo 112); “No se permitirá el monopolio” (artículo 113); “Se garantiza el derecho de propiedad (...) la cual estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley”; “El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional” (artículo 299) y la “inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional” (artículo 301).

Tales principios y orientaciones, con las funciones y naturaleza señaladas, configuran la categoría conceptual del constitucionalismo moderno conocida como Constitución económica, que establece la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas de los particulares y el Estado como actor principal de la trama económica del país, en lo que puede llamarse *sistema económico*, entendido desde una perspectiva descriptiva y realista, que permite detectar y relacionar los diversos componentes jurídicos, técnicos, geográficos, organizativos, psicológicos, mecanismos de decisión, etc., que caracterizan el desarrollo de la actividad económica en una determinada sociedad; y vislumbrar e interpretar la serie de interacciones entre la Constitución y la actividad económica que se desarrolla¹⁰¹.

Los criterios de racionalidad económica permiten la coordinación entre el sistema tributario y el sistema económico; es imposible obtener y concebir el perfeccionamiento de un régimen fiscal desligado de las declaraciones, orientaciones y principios que conforman el sistema económico. Los tributos en su conjunto, bajo la estructura de sistema tributario, o individualmente considerados, pueden ser un medio de estímulo y protección de las actividades que permitan fomentar el desarrollo económico o, por el contrario, pueden obstaculizarla.

Los criterios de racionalización económica representativos de los objetivos del sistema económico, y vinculados a la política económica del Estado, deben propender en un momento dado a que el sistema tributario reaccione favorablemente sobre aquél.

Si el sistema tributario está racionalmente estructurado, acorde con los objetivos del sistema económico¹⁰² y con los fines perseguidos por la política económica del Gobierno Nacional, permitiendo su consecución, siempre que los restantes criterios de racionalidad, especialmente los jurídico-constitucionales, lo permitan, la escogencia de la materia rentística, las fuentes impositivas, la determinación de los sujetos pasivos o sectores económicos incididos, la fijación y determinación de las bases imponibles y alícuotas impositivas, los regímenes de exclusión o supuestos de no incidencia, deben

101. *Ibid.*, pp. 17-18.

102. El artículo 299 de la Constitución establece los principios y cometidos del régimen socioeconómico y de función del Estado en la economía; el citado precepto expresa:

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela 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. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.

hacerse en función de incentivar el ahorro, la inversión y la formación real de capital, de aumentar el flujo de capital extranjero, de estimular la productividad de grandes, medianas y pequeñas empresas, de promover niveles óptimos de promoción, comercialización y retribución de los factores productivos, de la estabilidad monetaria, de contribuir en la reducción de la inflación, del crecimiento de los distintos sectores de la economía, de la inserción de Venezuela en los mercados internacionales y su incorporación en los acuerdos y convenios internacionales de comercio e integración.

Asimismo, debe evitar influir en la toma de decisiones de los agentes económicos en cuanto a la escogencia de qué consumir, qué producir y cómo organizar y financiar la actividad productiva económica. En otras palabras, significa que el sistema tributario debe ser neutral, no sólo dejando incólumes todas las condiciones del mercado, ni provocando distorsiones de la oferta, la demanda y los precios en las transacciones de bienes y servicios, sino además no alentando otros efectos que no sean los previstos en el momento de la escogencia de la materia gravable y creación de la especie tributaria correspondiente, o de su modificación, al cambiar su estructura mecánica o al aumentar la alícuota o tipo impositivo para dar cumplimiento a los fines de la política fiscal¹⁰³.

En tal sentido, si se quiere lograr armonía y coordinación entre los fines y objetivos del sistema económico y tributario, éste *atendiendo al principio de progresividad* al estructurar, por ejemplo, el impuesto sobre la renta debe, entre otras cosas, fijar las alícuotas o tipos impositivos de manera razonable, evitando los efectos negativos de una tributación excesiva o de rasgos confiscatorios¹⁰⁴ por el establecimiento de tipos impositivos altos, que originan desestímulo para el ahorro y la inversión y alientan la evasión tributaria. Igualmente, se debe limitar a lo estrictamente necesario el dirigismo fiscal al reducir el otorgamiento de exenciones, exoneraciones y rebajas selectivas - conocidas en un sector de la doctrina como gastos fiscales o tributarios¹⁰⁵ -; así como, al reconocer los efectos nocivos de la inflación en los elementos de determinación de la renta, se impone el establecimiento de un sistema de corrección monetaria (sistema de ajustes por inflación) que permita que se grave la capacidad real y no nominativa de los contribuyentes¹⁰⁶.

El sistema tributario así concebido tendrá como características fundamentales la equidad, neutralidad económica y neutralidad competitiva exterior; es decir, permitir que el país en un momento determinado pueda competir fiscalmente con otras naciones para lograr la atracción del capital extranjero y nacional.

De igual manera, dada la importancia cada vez más creciente de la imposición indirecta en las economías en desarrollo, y que una de las condiciones para que se conforme el modelo ideal de sistema tributario es la existencia de impuestos indirectos al consumo, tipo valor agregado, como figura básica junto al impuesto sobre la renta, aquél debe, entre otras cosas, ser neutral ante productos de similar naturaleza, de distintos orígenes, igualando la carga tributaria entre la producción nacional y foránea, fijar la denominada alícuota o *tasa cero* para las ventas de bienes al exterior y el respectivo mecanismo del reintegro de impuesto pagado por las compras de bienes o

103. JARACH, Dino, *Finanzas...*, en *op. cit.*, p. 67.

104. El artículo 317 de la Constitución establece que "ningún tributo puede tener efecto confiscatorio".

105. Cf., Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *El pacto fiscal*, Santiago de Chile, 1998.

106. Cf., ASOREY, Rubén O., "Inflación y tributación en Iberoamérica" en *Revista de Derecho tributario* n° 51, abril-mayo, Caracas 1991, pp.7-41; PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo "La obligación tributaria" en *Comentarios al Código Orgánico Tributario 1994*, Asociación Venezolana de Derecho tributario, Caracas 1995, pp. 31-70.

utilización de servicios destinados a la actividad de exportación. De esta manera, se evita la múltiple imposición, pues permite que éstas sean gravadas en el país de destino y no de origen, favoreciendo la inserción de bienes y servicios nacionales en el mercado y comercio internacional¹⁰⁷.

Las finanzas locales y nacionales, dentro de éstas la tributación, “deben estar coordinadas entre sí para que los ciudadanos estén sujetos a las menores molestias posibles y libres de imposiciones repetidas sobre los mismos actos”¹⁰⁸, lo cual trae graves distorsiones en el aparato productivo.

En Venezuela, la deficiente concepción técnica del tributo local, denominado hasta antes de la entrada en vigor de la Constitución Patente de Industria y Comercio, ahora Impuesto a las Actividades Económicas, ha llevado a los municipios, con una actividad industrial y comercial mayor y más intensa, a gravar tales actividades con alcúotas fijas o proporcionales altas y desmesuradas, materialmente confiscatorias, mediatizando las funciones de asignación y progresividad del sistema tributario (entendido en su conjunto), los efectos distributivos y de compensación del impuesto sobre la renta en perjuicio de otras entidades locales con menor o escaso potencial de tributación, así como las funciones y efectos sobre la estabilidad económica del impuesto al valor agregado. Ello no significa preterir el rol del Municipio en el proceso de descentralización,¹⁰⁹ desconociendo las competencias rentísticas constitucionales atribuidas, convirtiéndolas en una suerte de *entidades mutiladas fiscalmente*; se trata de lograr el desarrollo económico (en su acepción, si se quiere, más usual: aumento de las tasas de crecimiento del producto interno bruto o del crecimiento per cápita) y la sincronización entre los sistemas económicos y tributarios.

Así, por ejemplo, con la incorporación al sistema tributario del Impuesto al Valor Agregado (IVA) con las ventajas apuntadas, que permite contar con herramientas eficientes para el logro de desarrollo y estabilidad económica, se impone la necesidad de una revisión y actualización de las ordenanzas impositivas que crean el impuesto a las actividades económicas¹¹⁰, a fin de armonizarlo con la vigencia de la exacción indirecta en referencia. Es decir, debe evitarse la sobreposición de los efectos que inevitablemente produciría su coexistencia inarticulada sobre el contribuyente y la

107. Cf., ARAUJO MEDINA, Federico; PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo y GARANTÓN BLANCO, Juan Carlos, “Consideraciones técnicas y jurídicas sobre las exoneraciones en el impuesto al consumo suntuario y las ventas al mayor. Análisis e interpretación del numeral 3 del artículo 59 de la Ley de Impuestos al Consumo Suntuario y las Ventas al Mayor” en *Boletín Torres Plaz & Araujo Abogados*, noviembre/diciembre, Caracas 1996, pp. 9-19 y GARANTÓN BLANCO, Juan Carlos y BEJARANO LEE, Wesley, “Los regímenes de recuperación en el IVA. Caso de contribuyentes exportadores (primera parte)”, *Boletín tributario Torres Plaz & Araujo Abogados*, julio/agosto Caracas 1999, pp. 3-13.

108. Compilación de leyes, decretos y demás disposiciones dictadas en materia de impuesto sobre la renta 1942-1966 y Exposiciones de Motivos, Ministerio de Hacienda, Caracas 1968, p. 411.

109. V., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, “Fundamentos fiscales y de Hacienda pública municipal en el marco de la Constituyente” en *Libro homenaje a José Andrés Octavio*, Asociación Venezolana de Derecho tributario, Caracas 1999, pp. 187-205; “Marco jurídico de la tributación local en Venezuela (Una aproximación al reconocimiento y declaración constitucional de la autonomía municipal. Limitaciones directas o explícitas al poder tributario local)”, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* n° 10, Caracas 1994, pp. 320-351; GARANTÓN BLANCO, Juan Carlos, “La jurisprudencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa tributaria y el impuesto de patente de industria y comercio” en *Tributación municipal en Venezuela I. Aspectos jurídicos y administrativos*, Prohombre, Caracas 1996, pp. 237-275; EVANS MÁRQUEZ, Ronald, *Introducción al régimen impositivo municipal venezolano*, Mc Graw Hill, Caracas 1998; BRICEÑO LEÓN, Humberto, *El impuesto municipal de patente de industria y comercio en Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas 1998.

110. Artículo 179 numeral 2 de la Constitución.

actividad económica; asimismo, debe evitarse que las entidades locales perjudiquen la aplicación del gravamen que instrumenta el poder nacional, o viceversa, dando lugar a los denominados *efectos derrame*: la configuración que una presión fiscal y tributación excesiva, producto de dos gravámenes de estructura similar, por iguales conceptos y de recaudación múltiple (nos referimos a distintos niveles de Administración tributaria), ocasiona una fuerte propensión a la evasión tributaria, con las consabidas distorsiones en la economía y efectos devastadores de incidencia en los contribuyentes.

La coexistencia de estos tributos, producto del ejercicio de facultades públicas, exige su coordinación, lo que requiere de la sumatoria de esfuerzos indispensables para lograr objetivos superiores a los de naturaleza local, como son los que justifican la existencia del sistema tributario en los términos que derivan de su consagratoria constitucional y que constituyen la mayor limitación interna directa al ejercicio del poder tributario atribuido al Municipio por la propia Constitución.

Al efectuar las recomendaciones relativas a los ingresos públicos municipales, en una época donde la expectativa de creación de un impuesto indirecto -general a las ventas- eran prácticamente remotas, la Comisión de Estudio y Reforma Fiscal de Venezuela (CERF), sugirió la no variación del subsistema impositivo local, especialmente en lo atinente a la patente de industria y comercio. Al discutirse la creación de tal impuesto, a principios de los años noventa, la doctrina nacional advertía acerca de la necesidad de prestar especial atención a su necesaria coordinación con las patentes municipales de industria y comercio (ahora impuesto a las actividades económicas) debido a que éstas constituyen una forma rudimentaria de tributación sobre las ventas o ingresos brutos¹¹¹.

En igual sentido, Giuliani Fonrouge y Navarrine, al referirse al régimen argentino de coparticipación impositiva entre las provincias y el poder central, puesto en vigor con la entrada en vigencia de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, expresan que “se trata, en efecto, del mismo impuesto, pero perfeccionado en sus alcances: no grava los ingresos globales con efecto acumulativo, sino los ingresos parciales”¹¹².

La problemática que pueda generar la coexistencia de estos tributos, obstaculizando la racionalización del sistema tributario y la congruencia con los fines del sistema económico, debe ser analizada no sólo bajo la óptica económico-fiscal, sino también desde el punto de vista jurídico, cuya orientación y límite -reiteramos- es la vigencia del sistema tributario y los objetivos que le han sido encomendados. De ahí la importancia señalada en cuanto a que el Código Orgánico Tributario, como manifestación directa de los derechos humanos, sea aplicable a todos los niveles de distribución del Poder Público, para asegurar no sólo esa armonía por la exigencia de establecer los elementos del tributo por ley, sino además para organizar y establecer una verdadera jurisdicción contencioso-tributaria, a la cual corresponde garantizar la sujeción de las entidades públicas de base territorial al bloque de legalidad, que mantenga su poder impositivo dentro de los límites fijados por el constituyente, respetando los derechos del contribuyente y su capacidad contributiva real y única, frente a los distintos centros de imputación de facultades de creación impositiva.

111. Comisión de Estudio y Reforma Fiscal, *La Reforma del sistema fiscal venezolano* (Resumen), Caracas 1988, p. 109, y PLAZ ABREU, Rodolfo, “El IVA y el impuesto de patente de industria y comercio” en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* n° 6, Caracas 1992, p. 353.

112. GIULIANI F. Carlos y NAVARRINE, Susana, *Impuesto a los ingresos brutos*, Depalma, Buenos Aires 1982, p. 22.

Ante el proceso de descentralización¹¹³, el cual ha adquirido una importancia creciente en los últimos años resultado de los cambios en la estructura del Estado y de la reasignación de competencias lo que, inexorablemente, debe traer consigo también la problemática de la transferencia de recursos con poder tributario a favor de las municipalidades y de los Estados, la racionalización económica del sistema tributario no se puede sacrificar ni tampoco la juridicidad de los medios utilizados para tales transferencias, o para la asignación de recursos por distintos medios (coadministración en la administración de impuestos nacionales, participación en el producido de la recaudación neta a través de fondos de compensación o redistribución fiscal, u otros mecanismos de coparticipación tributaria).

En todo caso, el diseño del sistema tributario debe ser realizado por el legislador empleando los criterios de racionalidad señalados con el denominador común del respeto y observancia de los derechos humanos y de los principios de la tributación que limitan el ejercicio del poder tributario y constituyen la garantía de la eficacia de su consagratoria.

Ya en Venezuela en 1942 la Comisión de Estudios de Legislación Fiscal, proyectista de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1943, destacaba la importancia de la coordinación del *régimen tributario con el sistema económico del país* al expresar que el efecto del conjunto de la carga fiscal sobre el sistema económico debe ser cuidadosamente ponderado. Cuando el fardo de los impuestos gravita más pesadamente sobre un sector económico que sobre otro, el desenvolvimiento de la Nación no puede verificarse con ritmo ordenadamente progresivo y cuando existe la debida coordinación entre el régimen tributario y el económico de una Nación, la presión fiscal no trastorna ni mucho menos impide, el normal y correcto desenvolvimiento del último¹¹⁴.

El diseño y ejecución de una política fiscal en armonía y coordinación entre los sistemas económicos y tributarios, aumenta la racionalidad y el respeto a los derechos humanos fundamentales, configurados en cometidos y fines del Estado, y del sistema tributario que le sirve de sustento.

Ahora bien, si se analiza la preceptiva constitucional relacionada con los dos sistemas (económico y tributario), los cuales por supuesto no pueden considerarse como dos esferas independientes y autónomas, “emergen una serie de directrices de actuación de los poderes públicos en sus respectivas actuaciones que, más que concretas competencias, entrañan apoderamientos de cometidos institucionales, destinados a tener una traducción normativa, administrativa, planificadora o de simple impulso político¹¹⁵”.

Si bien es cierto que esos principios y directrices constitucionales son metas y objetivos que por imperativo no sólo de la Constitución¹¹⁶ sino de la preeminencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se establecen como programa mínimo a seguir por el Estado y los particulares -y que en nuestro criterio son normas operativas de inmediata ejecución-, también lo es que, a fin de no hacer ilusorias las

113. El Preámbulo de la Constitución establece que la República de Venezuela es un Estado federal y descentralizado; principio que se repite en los artículos 165 y 184 numeral 6. Más aún, el artículo 158 define a la descentralización como una política nacional que debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

114. “Compilación de leyes.”, *op.cit.*, p. 411.

115. BASSOLS COMA, Martín, *op.cit.*, p. 96.

116. El artículo 316 de la Constitución de 1999.

referidas orientaciones, el propio constituyente, para reforzar su efectividad material, en algunos casos, y para el reconocimiento y respeto de derechos fundamentales, en otros, atribuye a la Ley un papel fundamental en el desarrollo del ordenamiento constitucional, muy particularmente en la regulación de las relaciones que subyacen en ambos sistemas, tanto en lo atinente a las actuaciones económicas de los particulares y las que derivan entre éstos y el Estado al intervenir y regular la actividad económica, así como las que deben existir entre el nivel nacional, estatal y local en la creación de los tributos, y los efectos que ellos producen como instrumento de ordenación de la economía.

En tal sentido, el legislador que ejerza el poder tributario y cree la exacción, o por el contrario, la modifique partiendo de criterios de racionalidad en armonía con el sistema económico, debe ceñirse estrictamente a las disposiciones que derivan del bloque de la constitucionalidad y del Código Orgánico Tributario, su punta de lanza, por ser el instrumento que desarrolla los principios constitucionales de la tributación y ser la ley de referencia para el legislador tributario, sin que se justifique su inobservancia y violación por constituir cortapisa en la ejecución de las políticas económica y fiscal. Su normativa se impone inexorablemente en el momento de plantearse cualquier acción legislativa para la racionalización del sistema y lograr “cierta coordinación de los diferentes impuestos entre sí con el sistema económico dominante y con los fines fiscales y extrafiscales de la imposición”¹¹⁷.

B. Criterios de racionalidad financiera

Para la materialización de los fines que constitucionalmente le ha sido atribuidos en cualquiera de sus manifestaciones, el Estado requiere efectuar gastos tendentes a la realización de los cometidos que le son inherentes y a la satisfacción de las necesidades colectivas de la jurisdicción territorial que le corresponde. Para ello, el Estado debe contar con los ingresos públicos consistentes en recursos monetarios suficientes, los cuales pueden derivar de fuentes patrimoniales, ya sea por la enajenación de los bienes muebles o de inmuebles, derechos y acciones que por cualquier título entren a formar parte del patrimonio de la entidad pública y los frutos o rentas que de su administración deriven; los provenientes de operaciones de créditos públicos y las de fuente tributaria, es decir aquellos que obtienen coactivamente las entidades públicas de la economía o patrimonios de los particulares, en calidad de contribuciones de carácter pecuniario.

La actividad financiera es, por tanto, instrumental o *medial*; es decir, “que tiene por objeto los medios financieros o dinerarios para el desarrollo de las restantes funciones públicas”¹¹⁸.

Aún cuando las necesidades públicas están indisolublemente vinculadas a los fines del Estado, su jerarquización depende de factores coyunturales, y de la voluntad de quienes, por los medios legales establecidos y por los mecanismos de representación, dirigen los poderes públicos en un momento dado. De ahí, que los criterios de racionalidad *in comento* dependan en gran medida de la política económica y financiera que trace el Gobierno.

117. SCHMOLDERS, G., *Teoría general del impuesto*, Editorial Derecho financiero, Madrid 1982, p. 237.

118. PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario (Parte General)*, Civitas, Madrid 1991, p. 25.

Los objetivos y fines que deben regir la acción del Estado definidos en el articulado de la Constitución, así como en las leyes dictadas en su ejecución, resultarían inalcanzables si no se cuenta con los recursos necesarios para estimular la creación de bases de inversión y bienes de capital, la creación, organización y prestación efectiva de los servicios públicos para la satisfacción de las necesidades del colectivo, con el concurso o no del sector privado, ya se trate de necesidades absolutas (administración de justicia, defensa, orden público, seguridad, etc.) o relativas (salud, educación, cultura, etc.); contribuir al aumento del producto interno bruto a través de inversiones que estimulen la participación del sector privado en el desarrollo de la economía nacional.

Por tanto, el sistema tributario debe concebirse de manera tal que sirva de medio a la consecución de los objetivos económicos y financieros que se hayan trazado, de instrumento político para la función estabilizadora del Estado a través de la actividad presupuestaria¹¹⁹.

No es un hecho desconocido u oculto la sensibilidad de la economía y de la actividad financiera ante medidas vinculadas con el sistema tributario, al punto de que cuando los responsables de la política tributaria proceden a la elección de los impuestos aplicables el legislador define una cierta política fiscal afectando los precios, la producción y el consumo de bienes y servicios.

Tal circunstancia llevó al hacendista germano Fritz Neumark a recalcar la necesidad de que para lograr uno de los cinco fines del modelo por él ideado -la estabilidad económica aproximada de las macromagnitudes más importantes: valor monetario (nivel de precios) y empleo, y un relativamente satisfactorio crecimiento económico-, el sistema tributario requiere observar los principios políticos económicos de suficiencia y capacidad de adaptación o incrementación (de naturaleza político-presupuestaria), por una parte, y de flexibilidad activa y flexibilidad pasiva (incorporada), por la otra.

El *principio de suficiencia* requiere que el sistema tributario se estructure de tal forma que los ingresos de fuente tributaria permitan en todos los niveles de distribución vertical del poder público la cobertura de los gastos que éste tenga que financiar tributariamente.

El *principio de la capacidad* de adaptación o incremento en la política de cobertura del gasto público, exige que el sistema tributario debe contemplar el potencial recaudatorio para que, en caso necesario, y a corto plazo, pueda incrementar satisfactoriamente los ingresos ordinarios de fuente tributaria.

La racionalización del sistema tributario podrá alcanzarse conforme a estos principios políticos presupuestarios, si su estructura impositiva se apoya en tributos de base amplia y que abarquen todas las actividades económicas. Estas características y exigencias impositivas, son cumplidas por el impuesto sobre la renta, asistido en los aspectos de recaudación y reducción de los márgenes de evasión, por el impuesto a los activos empresariales (en el caso de Venezuela vigente desde 1993). Esto no excluye la posibilidad de instaurar mecanismos de descentralización fiscal para el financiamiento de la gestión estatal.

El *principio de flexibilidad activa* impone que el sistema tributario se configure de manera tal que la política tributaria pueda actuar y regular las magnitudes macro-

119. MUSGRAVE, Richard y Peggy, *Hacienda Pública teórica y aplicada*, Mc Graw Hill, Madrid 1992, *passim*.

económicas en aras de la estabilidad económica, mediante una adecuada organización de las estructuras que lo conforman, de los procedimientos de imposición y de las facultades jurídico-políticas para una variación de las cargas fiscales que se correspondan con la coyuntura, asegurando la estabilidad aproximada del valor del dinero y del empleo y colocando a la política fiscal en condiciones de contrarrestar tanto las tendencias inflacionistas del desarrollo como las deflacionistas.

Los tributos que, según Neumark, permiten la verificación de este principio, son los impuestos a la renta, a los beneficios, a las ventas, y ciertos y limitados consumos específicos. De igual manera, según el maestro alemán, en la legislación impositiva deben existir autorizaciones de variaciones discrecionales a favor del Ejecutivo, evitando la vía legislativa, para actuar con rapidez y vigor en las variaciones fiscales requeridas por la política de coyuntura y el manejo de las circunstancias meramente políticas propias de las democracias *reales*¹²⁰.

El gobierno podría actuar sin escollos de ningún tipo, tanto en los casos de aumentos fiscales anti-inflacionarios como en las reducciones fiscales motivadas por la política de crecimiento; en otras palabras, el Ejecutivo estaría en capacidad de elaborar una política discrecional y anticíclica.

Si se toma en cuenta que las políticas de estabilización de la economía corresponden fundamentalmente, por no decir exclusivamente, al Poder Nacional, las especies tributarias más adecuadas para lograr la racionalización del sistema tributario, por lo menos en Venezuela, son el impuesto sobre la renta y los impuestos generales y específicos al consumo, en los términos analizados en este trabajo.

En el caso específico de Venezuela, la Ley de impuesto sobre la renta y su correspondiente reglamentación, facultan al Ejecutivo Nacional para tomar ciertas medidas que le permiten actuar con rapidez en el manejo de coyuntura, de conformidad con los principios generales esbozados por Neumark: las retenciones¹²¹ y las declaraciones estimadas de enriquecimiento, a título de anticipo.

Desde la Ley de 1943, la legislación venezolana en materia de impuesto sobre la renta establece la figura de la retención, sin alterar la regla general conforme a la cual es la determinación del contribuyente, mediante las declaraciones de rentas, la que obtiene o recibe el medio por excelencia para la recaudación del tributo. La retención, para “asegurar la recaudación efectiva del impuesto, se ha establecido como obligación para los deudores de ciertas categorías de rentas, de retener en el momento del pago el monto del impuesto proporcional que grava esos enriquecimientos”¹²². Con el transcurso del tiempo, y a raíz de los planes de fiscalización adelantados, utilizando como herramienta la institución de la retención, amén de constituir un anticipo de impuesto y, consiguientemente, una garantía de recaudación efectiva, se emplea como instrumento eficaz de control fiscal, a través del cruce de información entre los deudores de los enriquecimientos o ingresos brutos, objeto de retención (agentes de retención), y los beneficiarios de dichos pagos.

120. NEUMARK, Fritz, *op. cit.*, *passim*.

121. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, “Política fiscal, política monetaria y retenciones” en *Boletín Torres Plaz & Araujo Abogados*, Caracas junio 1995, pp. 6-8.

122. TINOCO, Pedro (hijo), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela*, Ávila Gráfica, Caracas 1950, p. 249.

En la tradición legislativa venezolana del impuesto sobre la renta, la Ley vigente¹²³ en su artículo 87 establece que los deudores de enriquecimientos netos o ingresos brutos, tales como sueldos y salarios e intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por instituciones financieras no domiciliadas en el país; ingresos percibidos por productores y distribuidores de películas en el exterior, juegos y apuestas, están obligados a efectuar la retención correspondiente en el momento del pago o del abono en cuenta y a enterar tales cantidades en una oficina receptora de fondos públicos, dentro de los plazos y formas establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias.

De igual forma, el artículo 87 atribuye potestad al Ejecutivo Nacional para fijar las tarifas o porcentajes de retención de acuerdo con la normativa legal relativa a las tarifas números 1, 2 y 3 del gravamen proporcional para aquellos enriquecimientos obtenidos por personas naturales y jurídicas no residentes; y para disponer que se retenga en la fuente impuesto sobre cualesquiera otros enriquecimientos disponibles, renta bruta o ingresos brutos distintos a aquellos señalados en la ley. Adicionalmente, se le faculta para designar agentes de retención a una serie de personas y entes mediante actos administrativos de efectos generales.

No obstante, las bondades de la retención en la fuente como medio para estructurar una política fiscal anticíclica, configuradora del principio de racionalidad del sistema tributario de flexibilidad activa, que permite actuar con rapidez sin recurrir al procedimiento engorroso de aprobación legislativa, han sido muchas las posiciones contrarias a su existencia, empleándose argumentos fundamentados en motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad, respectivamente, por violar principios de justicia y por quebrantar el principio de legalidad tributaria o de reserva legal, constitutivo de una flagrante violación del artículo 3 del Código Orgánico Tributario que lo desarrolla; precepto que reserva a la legislación especial tributaria la indicación de los sujetos pasivos y la fijación de la alícuota respectiva. En efecto, de acuerdo con la interpretación de los artículos 19 y 25 del Código Orgánico Tributario los agentes de retención deben considerarse sujetos pasivos¹²⁴.

La disyuntiva, por un lado, entre la necesidad de contar en la legislación impositiva con instrumentos que permitan inyectar cierta flexibilidad al sistema tributario para actuar sobre la coyuntura, al autorizar y habilitar al Ejecutivo para que en el ejercicio de la potestad tributaria (potestad reglamentaria) pueda fijar cualquiera de los elementos del tributo y mantener la preeminencia del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo en la creación de los tributos, por el otro, ha sido motivo de controversia en cuanto a doctrina y jurisprudencia nacional, lo que se reduce a determinar cuál es el contenido de la ley tributaria o, lo que es lo mismo, qué debe entenderse por que el tributo esté establecido por ley y si puede delegarse al Ejecutivo Nacional la fijación de cualquiera de los elementos integradores de su estructura. La controversia señalada, reflejo y consecuencia del afán del Poder Legislativo de no reconocer facultades al Ejecutivo en las variaciones en los instrumentos fiscales -situación que no es exclusiva de Venezuela-, se decidió a favor del Legislativo con la reforma del artículo 3 del Código Orgánico Tributario, al incorporar un parágrafo segundo conforme al cual “en ningún caso se podrán delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal”. Con esta disposición

123. G.O. n° 5566 Extraordinario del 28 de diciembre del 2001.

124. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo y MOREÁN RUÍZ, Oscar, “Límites cuantitativos de la responsabilidad de los agentes de retención” en *Boletín Torres Plaz & Araujo Abogados*, Caracas enero/febrero 1998, pp. 5-9.

incorporada en la reforma del Código Orgánico Tributario de 1992, los mecanismos que permitirían la flexibilidad del sistema tributario no tendrían legitimidad alguna, a pesar de que todavía se encuentran vigentes las normas de las leyes impositivas especiales que lo establecen.

Sin embargo, presente la importancia de la imposición indirecta en la reestructuración de las finanzas públicas y, en consecuencia, habiéndose incorporado el impuesto al valor agregado, el legislador nacional estableció en la citada disposición, la posibilidad de que la ley especial tributaria en los casos de los impuestos indirectos, específicos y generales al consumo, autorice para que anualmente se proceda a fijar en la Ley de Presupuesto la alícuota del impuesto entre el límite inferior y máximo que ella establezca.

Así, la reforma introducida es un paso importante en la racionalización del sistema tributario, al reconocerse el hecho de que este constituye un “instrumento para la consecución de una distribución del gasto total sobre la economía”¹²⁵, que conjuntamente con el presupuesto que sirve de instrumento de la política económica tiene una visión de conjunto, sistemática, de los programas sectoriales diseñados por el Ejecutivo y sus repercusiones financieras. El sistema tributario se vale así del presupuesto para lograr la estabilidad económica, al permitir contar con ingresos suficientes de fuente tributaria, en los casos en que las demás fuentes, por alguna causa, no generen los recursos suficientes para garantizar la gestión estatal en su conjunto.

Este mecanismo de flexibilidad activa, excluye en cierta medida el engorroso proceso legislativo, pues las limitaciones constitucionales y legales impiden que la partida de ingresos pueda, por lo menos, desde el punto de vista de derecho positivo, ser alterada por el Poder Legislativo.

En efecto, como lo afirma la jurista venezolana Judith Rieber de Bentata, desde el punto de vista jurídico la intervención del Congreso en el proceso presupuestario tiene por objeto ejercer un control previo sobre el destino de los dineros públicos, y establecer un límite máximo a la autorización para gastar. Por el contrario, al Poder Ejecutivo le corresponde calcular los ingresos posibles y presentar los gastos que pretende realizar para que el Congreso los autorice; pero éste no puede invadir la competencia del Presidente de la República expresada, en este caso, mediante la formulación del proyecto de presupuesto, lo cual sucedería si el Poder Legislativo crea partidas distintas a las presentadas por el Ejecutivo, o introduce en ellas reformas sustanciales¹²⁶.

Así las cosas, el Ejecutivo -a quien corresponde la iniciativa de ley en materia presupuestaria-, al elaborar el presupuesto y estimar los ingresos provenientes de la tributación indirecta, debe hacerlo sobre la base de la fijación previa de la alícuota impositiva, entre el límite inferior y superior establecido en la ley especial tributaria correspondiente, sin que el Congreso jurídicamente pueda objetar su fijación. A lo sumo, y siguiendo la práctica inveterada, no prevista en nuestro ordenamiento positivo, lo único que restaría al Poder Legislativo es devolver el proyecto de presupuesto al

125. JARACH, Dino, *op. cit.*, p. 88.

126. RIEBER DE BENTATA, Judith, “Límites a la potestad legislativa en la aprobación de la Ley de Presupuesto” en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, t. II., UCV, Caracas 1981, p. 695.

Ejecutivo para que éste efectúe los ajustes correspondientes en la estimación de ingresos y en el nivel de gastos¹²⁷.

En tal sentido, la estimación de los recursos ofrece una mayor seguridad y precisión, permitiendo, además, al Ejecutivo una mayor flexibilidad en el establecimiento aproximado del rendimiento anticipado de los impuestos indirectos, de acuerdo con la coyuntura económica del momento, que se pretenda influir y moldear. El rendimiento de los impuestos indirectos está condicionado por el volumen de la producción y el comercio, el cual puede variar intensamente en un año. En lo sucesivo -partiendo de la aprobación de las leyes impositivas, que crean las figuras impositivas indirectas a que hemos aludido a lo largo del presente estudio-, los gobiernos tendrán una política fiscal facilitada por los cambios operados en el sistema tributario, que le permitirá actuar oportunamente sobre la coyuntura económica, moldeando las distintas magnitudes macroeconómicas (consumo, ahorro, déficit fiscal), lo cual avala la necesidad -apuntada con anterioridad- de acoger criterios de racionalidad económica y financiera para coordinar los sistemas económico y tributario.

En tal virtud, facultando el Código Orgánico Tributario, previa autorización de la ley tributaria, la fijación de la alícuota en la Ley de Presupuesto, el gobierno de turno podrá tomar medidas inmediatas para que en épocas de auge aumente la alícuota impositiva, lo cual reduce el poder adquisitivo del sector privado de la economía, disminuyendo los índices de inflación; y, en los casos de recesión aumente la alícuota impositiva a fin de extraer los recursos de los consumidores (en general) necesarios para la reactivación del aparato productivo.

En igual sentido, la habilitación para fijar la alícuota o el tipo impositivo permite la elaboración de políticas tributarias racionales, a partir del rendimiento de los impuestos directos y de su recaudación efectiva, aumentando o disminuyendo la presión fiscal. Si se toma en cuenta la presencia de impuestos directos, general a las ventas (tipo IVA) armonizado con los impuestos específicos, de administrarse con planes y políticas coherentes de reducción de los márgenes de evasión, donde las nuevas figuras impositivas cumplen un rol fundamental, el aumento de la recaudación del impuesto sobre la renta permitirá el ordenamiento del impuesto general a las ventas tipo valor agregado con alícuotas impositivas más bajas a aquellas fijadas en períodos en donde el producido de los impuestos directos no haya alcanzado un rendimiento satisfactorio.

C. Los criterios de racionalidad administrativa

El sistema tributario no puede perfeccionarse ni racionalizarse si olvidamos que la Administración tributaria -tal como lo afirma el catedrático español Fuentes Quintana- es dirigido por hombres; de ahí la importancia de los criterios de racionalidad que nos ocupa. Todos los hacendistas han insistido sobre la importancia vital de este punto para mejorar el nivel impositivo de un país, valorándose al extremo de afirmar que ningún principio serviría de gran cosa si éste no se cumple. En consecuencia, se impone que la permanente adaptación del sistema tributario a las realidades económicas, políticas y sociales sea un proceso integral, que tenga por epicentro la Administración tributaria y por objeto el empleo de criterios de racionalidad administrativa. Su exclusión de los

127. RACHADELL, Manuel, *Lecciones sobre presupuesto público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, p. 189.

planes de reforma y modernización de los sistemas tributarios sería una reforma tributaria condenada *ab initio* al fracaso, con enorme resistencia por parte del Poder Legislativo al momento de la discusión de los proyectos de leyes impositivas sometidos a su consideración, permitir al Ejecutivo contar con nuevas fuentes generadoras de recursos, y de rechazo por los contribuyentes, que puedan sentir que la ineficiencia y la falta de apego a la juridicidad de la Administración tributaria -para no hablar del sentido ético en el ejercicio de la función pública- no vale la pena por el esfuerzo y sacrificio patrimonial que trae consigo el pago de tributos. Parafraseando el título de la obra del gran maestro italiano Luigi Einaudi¹²⁸, resultaría un mito y una paradoja pretender adelantar una reforma tributaria si la Administración tributaria encargada del ordenamiento del sistema que se pretende perfeccionar se deja intacta, con sus vicios y defectos, causantes del deterioro que seguramente origina su reforma. Cualquier modelo de sistema tributario, desde el más complejo como el que propone Neumark, hasta aquéllos que presentan mayor sencillez no podrá materializarse hasta tanto no se instrumente una Administración tributaria eficiente y efectiva.

La Administración tributaria -de cualquiera de los niveles resultantes de la distribución vertical del Poder Público- no es un ámbito extraño, autónomo e independiente del resto de la actividad del Estado venezolano; a ella corresponde, dentro del esquema de perfeccionamiento del sistema tributario, dar operatividad a los criterios de racionalización, que traducen sus propios fines, y los objetivos de coadyuvar en la consecución de los propios de los sistemas económicos y políticos, siendo unos y otros los fines del Estado; y la consecución de éstos, se logra por la actuación de los de la Administración Pública -entendida en su sentido orgánico-, como conjunto de órganos e instituciones dispuestas para la consecución de determinados fines.

En cuanto a la Administración tributaria, dentro de la organización administrativa se le impone hacer viable que el sistema tributario se convierta en un instrumento de política fiscal, entendida ésta como “la programación eficaz de los ingresos y gastos públicos, así como de la relación entre ellos a través del presupuesto en orden a lograr los efectos deseados sobre la renta nacional, la ocupación y el nivel general de precios”. En otras palabras, la Administración tributaria, resume operacionalmente los criterios económicos y financieros de racionalidad, a partir del cual se obtienen los lineamientos generales de la política tributaria, integradora de la política fiscal.

La actividad administrativa que desarrolla la Administración tributaria, de carácter sublegal, pues constituye la ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, está referida al ejercicio de funciones administrativas, de la función legislativa y la función jurisdiccional. Estas actividades administrativas, cumplidas por la Administración tributaria, constituyen el campo normal del Derecho administrativo¹²⁹.

128. EINAUDI, Luigi, *Mito y paradojas de la justicia tributaria*, Ariel, Barcelona 1959.

129. BREWER-CARÍAS, Allan, “El problema de la definición del acto administrativo” en *Libro homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, t.I, UCV, Caracas 1984, *passim*.

(a) *las funciones administrativas*

En lo que respecta a las *funciones administrativas*¹³⁰ desarrolladas por la Administración tributaria, podemos clasificarlas en tres niveles -algunos prefieren hablar de sistemas- claramente diferenciados de la siguiente manera:¹³¹

A. *Nivel operativo*

Conformado por las funciones de recaudación, fiscalización y cobranza.

A.1 La función de *recaudación*, que tiene por objeto la percepción del pago del tributo que constituye el objeto de la obligación tributaria principal, e incluye la elaboración de formularios de declaración e información así como su recepción y procesamiento, y la elaboración de los manuales de consulta del contribuyente.

Uno de los aspectos esenciales y contentivos de los planes maestros de reforma de los sistemas monetarios de Administración tributaria es el permitir la *aplicación del principio de subsidiariedad a la Administración tributaria*¹³², esto es asignarle al sector privado -aún a entes descentralizados funcionalmente- aquellas funciones operativas de recaudación (elaboración de formularios de declaración y pago de tributos, sanciones pecuniarias, intereses y recargos, su recepción y la percepción del ingreso correspondiente); y cobranza (judicial y extrajudicial), así como las funciones auxiliares y de apoyo: procesamiento automático de datos, levantamiento de estadística tributaria, información a los sujetos pasivos y público en general y registro con fines de control fiscal de contribuyente y responsables¹³³.

Las modernas tendencias en materia de política tributaria apunta hacia la *privatización* de las funciones administrativas de la Administración tributaria, buscando la mayor eficiencia en el desempeño de las funciones operativas y de apoyo, tanto en lo que a costos como a productividad se refiere. Así, por ejemplo, contar con la infraestructura de servicio y los modernos equipos de procesamiento de datos de la banca comercial -que en nuestro país alcanzan niveles reconocidos de excelencia e innovación tecnológica- en la recepción de las declaraciones y de pago de los distintos tributos, la *captura* de los datos contenidos en las declaraciones; el de efectuar la

130. Artículo 121 del Código Orgánico Tributario.

131. Cf., Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIEDT/OEA), *El Sistema de funciones de la Administración Tributaria*, CIEDT/Doc n° 645; LLANES, Luis y DÍAZ, Leonel, *El control de los impuestos en los países en desarrollo en América*, R.D., INCAT, Santo Domingo 1991.

132. GIL DÍAZ, Francisco, "El principio de subsidiariedad aplicado a la Administración tributaria", ponencia presentada en la *Conferencia sobre Información Tecnológica y Cumplimiento Fiscal*, Harvard noviembre 1992, citado por JENKINS, Glenn P., "Autonomía y relación en la Administración tributaria con el resto del sector público" en *tendencias modernas de la tributación y la Administración Tributaria XXVII*, Asamblea General del CIADT, Santiago de Chile 1993, pp.19-23.

133. El Artículo 126 del Código Orgánico Tributario establece:

Artículo 126. Las informaciones y documentos que la Administración tributaria obtenga por cualquier medio, tendrán carácter reservado y sólo serán comunicadas a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad en los casos que establezcan las leyes. El uso indebido de las informaciones reservadas dará lugar a la aplicación de las sanciones respectivas.

Parágrafo Único: Las informaciones relativas a la identidad de los terceros independientes en operaciones comparables, y la información de los comparables utilizados para motivar los acuerdos anticipados de precios de transferencia, sólo podrán ser reveladas por la Administración Tributaria a la autoridad judicial que conozca del recurso contencioso tributario interpuesto contra el acto administrativo de determinación que involucre el uso de tal información.

impresión y distribución -la más de las veces gratuita- de los formularios de declaración y pago a través del sector privado; o el de desarrollar la función de procesamiento de datos con empresas especializadas, ha presentado resultados extraordinarios en la política de reducción de la evasión fiscal en países como Argentina, Colombia, Chile México y Venezuela, entre otros¹³⁴. Las funciones operativas así realizadas, permiten un mayor control sobre los contribuyentes y sobre la recaudación diaria y el ingreso a la Tesorería.

En el caso venezolano, la norma contenida en el numeral 10 del artículo 121 del Código Orgánico Tributario, constituye un gran avance en el perfeccionamiento y racionalización administrativa del Sistema Tributario, al favorecer una política más audaz, que evite a la Administración acudir al procedimiento engorroso de la aprobación legislativa de la contratación del servicio con los bancos y demás instituciones financieras, institutos bancarios para recibir ingresos por una cuenta del tesoro, y cualesquiera otros relacionados con dicho servicio, tal como lo establecía el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 340 del citado Código, resulta inaplicable.

A.2. La función de *fiscalización*¹³⁵ (denominada también función de determinación)¹³⁶ y verificación¹³⁷, tiene por objeto corroborar que el cumplimiento de las obligaciones -pago del tributo y cumplimiento de los deberes formales- por parte de los sujetos pasivos se ha efectuado en forma correcta y, en los casos de omisión, inducir a su cumplimiento de conformidad con las leyes, reglamentos y providencias dictadas por la Administración tributaria. Esta función de fiscalización y determinación, a que se refiere el Capítulo II (Determinación) y en la Sección Cuarta (Determinación por la Administración tributaria y aplicación de sanciones) del Capítulo IV (Tramitación) del Título IV (De la Administración tributaria) del Código Orgánico Tributario.

Si bien las reformas sucesivas del Código Orgánico Tributario han introducido importantes modificaciones en los procedimientos a través de los cuales se manifiesta la actividad administrativa en las funciones de inspección y fiscalización, específicamente en lo atinente a la verificación y a la determinación por la Administración tributaria y la aplicación de sanciones, preocupa la tendencia cada día mayor de establecer amplias facultades en perjuicio de los derechos de los sujetos pasivos bajo la argumentación de la búsqueda de la eficiencia y eficacia, y por lo tanto, de la consecución del cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias¹³⁸.

A.3. La función de *cobranza* es la última etapa del procedimiento operativo de la Administración tributaria. Tiene por objeto adoptar las medidas administrativas o judiciales para que ingrese efectivamente a la Tesorería el monto que por concepto de tributos, sanciones, intereses o recargos constituyan créditos a favor del Fisco. En el

134. V., Subsecretaría de Ingresos de México, "Evasión fiscal en México", Ponencia presentada en el V Seminario Regional de Política Fiscal, Estabilización y Ajuste CEPAL-PNUD, Santiago de Chile enero 1993.

135. Cf., PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, "La gestión de los tributos locales: su contratación administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano. Esbozo para una gestión administrativa eficiente" en *Tributación Municipal en Venezuela II*, PH Editorial C.A., Caracas 1998, pp. 45-90.

136. RUAN SANTOS, Gabriel, "La función de determinación en el nuevo Código Orgánico Tributario (fiscalización y determinación)" en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*, op. cit., pp. 405-449.

137. RAMÍREZ VAN DER VELDE, Alejandro, "Los procedimientos administrativos previstos en el nuevo Código Orgánico Tributario" en *Estudios sobre...*, op. cit., pp. 555-596.

138. Cf., FRAGA PITTALUGA, Luis, *La defensa del contribuyente frente a la Administración Tributaria*, FUNEDA, Caracas 1998.

primer tipo de cobranza, estamos en presencia de una función típicamente administrativa; en la segunda, la Administración tributaria realiza lo conducente para demandar judicialmente el pago de los créditos, siguiendo para ello el procedimiento de juicio ejecutivo previsto en el Código Orgánico Tributario.

B. *Nivel normativo*

El nivel normativo se encuentra integrado por las funciones de complementación legislativa y programación y sistemas de trabajo.

B.1. La función de *complementación* legislativa que la Administración tributaria desarrolla como parte de la actividad administrativa, permite clarificar e interpretar las disposiciones del ordenamiento jurídico tributario que, por lo general, son poco inteligibles y precisas, restándole -en el lenguaje de Neumark- eficacia operativa o técnica al sistema tributario, disminuyendo su nivel de racionalidad¹³⁹.

Las instrucciones internas o administrativas impartidas por la Administración tributaria a sus funcionarios, en ejercicio de esta función, no son de obligatoria observancia para los contribuyentes y responsables¹⁴⁰.

Igualmente, debemos incluir dentro de esta función administrativa de complementación de la ley, el régimen de consulta establecido a favor de quienes tienen un interés calificado; es decir, personal, legítimo y directo sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación concreta, consulta que tiene un régimen especial en cuanto a los efectos que se originan de su formulación y los límites a la potestad sancionatoria de la Administración. La formulación de la consulta no suspende el transcurso de los plazos (presentación de escritos de descargos; la interposición del recurso jerárquico ni exime al consultante del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, declaración y pago del tributo). La Administración tributaria no podrá imponer sanción alguna a los contribuyentes que en la aplicación de la legislación tributaria hubiesen adoptado el criterio o interpretación contenida en alguna consulta que haya sido evacuada con anterioridad sobre algún asunto similar¹⁴¹.

Las previsiones normativas referidas a la competencia de la Administración tributaria en los distintos instrumentos prescritos en la legislación de cada país (vgr. el Código Orgánico Tributario) y que permiten el desarrollo de estas funciones administrativas, contribuyen a la racionalización del sistema al prescribir la sujeción de aquella al *bloque de legalidad* y favorecer el cumplimiento voluntario y oportuno de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes y responsables, reduciendo los márgenes de evasión tributaria, objetivo terminal de toda Administración tributaria moderna y, lo más importante, que el desarrollo de tales funciones se cumpla sin desconocer los derechos fundamentales del contribuyente.

139. Así, el Código Orgánico Tributario en el numeral 13 del artículo 121 atribuye facultad a la Administración para llevar adelante esta función, al establecer:

Artículo 121: La Administración tributaria, por órgano de la más alta autoridad jerárquica, o de las que señala la ley o el reglamento correspondiente, podrá dictar instrucciones de carácter general a sus subalternos, para la interpretación y aplicación de la ley tributaria. Tales disposiciones deberán ser publicadas en la Gaceta de la República de Venezuela.

Las instrucciones a que se refiere el presente artículo podrán ser modificadas o derogadas por el superior jerárquico del funcionario que las dictó o por el mismo funcionario de la cual emanaron, en caso de que éste sea el superior de la respectiva Administración tributaria.

140. Artículo 3 del Código Orgánico Tributario.

141. Artículos 230 y ss. del Código Orgánico Tributario.

B.2. La función de *programación y sistema de trabajo* tiene como objetivo fundamental hacer que cada unidad administrativa que conforma la Administración tributaria adopte la estructura que le permita ejercer más eficientemente las facultades atribuidas para un mejor desarrollo de la función encomendada, y las formas y técnicas con apego a las cuales debe desarrollar las tareas correspondientes, asegurando una mayor eficacia administrativa.

Sin embargo, esa eficacia administrativa no puede llevar al establecimiento de políticas discriminatorias de los contribuyentes o a la definición de plazos u otras manifestaciones que constituyan privilegios o prerrogativas para cierta categoría de contribuyentes, quebrantándose de esta manera el principio de igualdad y generalidad.

(b) La función legislativa

La función legislativa es la ejercida por la Administración tributaria en el desarrollo de la actividad administrativa y cumple un rol importante en la creación del ordenamiento jurídico. La función legislativa englobaría tanto a la potestad reglamentaria, como a la producción de normas internas, tal como se desprende del numeral 5 del artículo 3 del Código Orgánico Tributario que al jerarquizar las fuentes del derecho tributario se refiere a “las reglamentaciones y demás disposiciones de carácter general establecidas por los órganos administrativos facultados al efecto”.

El reglamento como norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración, se encuentra condicionado, con posibilidades tasadas. Los Reglamentos dictados mediante Decretos, como normas de desarrollo y ejecución de la ley tributaria, tienen una sumisión absoluta a ella; por una parte, no puede invadir la reserva legal en materia tributaria consagrada constitucionalmente como límite al ejercicio del poder tributario, y desarrollada por el artículo 3 del Código Orgánico Tributario, y por la otra, en caso de que el ejercicio de la potestad reglamentaria sea procedente, el Reglamento no puede dejar sin efecto ni contradecir las disposiciones legales; es decir, no puede alterar su espíritu, propósito y razón¹⁴².

En el ámbito del Derecho tributario, constituye materia objeto de reglamentación la exigencia del cumplimiento de deberes formales,¹⁴³ el establecimiento de controles administrativos, formalidades y plazos para la recaudación del tributo y la organización de la Administración tributaria.

A la Administración le está dado el ejercicio de la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no hayan sido expresamente reservadas a la reserva legal. En tal virtud, puede afirmarse que la *delegación legislativa* en las materias de reserva legal no es admisible en el Derecho Tributario venezolano, de conformidad con lo establecido en la primera parte del párrafo segundo del artículo 3 del Código Orgánico Tributario: “En ningún caso se podrán delegar las materias reservadas a la ley en este artículo”. El referido dispositivo trunca cualquier intento de sostener y defender la existencia en nuestro ordenamiento jurídico tributario de un principio de reserva legal relativo, permitiendo que el Ejecutivo por vía reglamentaria fije el tipo impositivo entre el límite inferior y superior autorizado por la correspondiente ley.

142. Numeral 10 artículo 236 de la Constitución.

143. Artículo 145 del Código Orgánico Tributario.

Si aceptamos, como lo hace parte de la doctrina administrativista, que la materia relativa a la organización debe definirse partiendo del elemento normativo, en consecuencia, ha de entenderse por organización el conjunto de disposiciones que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de los aparatos predispuestos para el ejercicio de la función pública (potestad organizativa),¹⁴⁴ debemos referirnos a las normas de carácter interno y organizativo -en lo que se puede denominar la potestad reglamentaria *doméstica*- contenidas en Resoluciones dictados por los despachos ministeriales de finanzas y hacienda pública, mediante las cuales se dictan los denominados *reglamentos internos* que estructura y organiza las unidades encargadas de ejecutar las leyes tributarias general y especiales en los niveles operativo y normativo, atribuyendo competencia a sus órganos, asignando las correspondientes funciones -propias de cada nivel-, las modalidades de la comunicación entre unas y otras, y la relación de jerarquía.

En igual sentido, las decisiones generales contenidas en las resoluciones a través de las cuales se asignan competencias en funciones operativas de fiscalización o se desarrollan disposiciones legales y reglamentarias referidas al cumplimiento de deberes formales

Nos restaría para agotar el tratamiento a la función legislativa de la Administración tributaria, el buscar el sentido que quiso atribuirle el legislador a la expresión *disposiciones de carácter general* contenida en el numeral 5 del artículo 2.

Existe una categoría de actos distintos en su naturaleza y en su régimen a los actos administrativos, denominados por la doctrina *actos de naturaleza interna* o, genéricamente, actos de la Administración, que producen efectos jurídicos respecto de los órganos de una misma persona pública estatal. Estos actos se les clasifican en varias especies: actos de colaboración (*vgr.* propuestas); actos de conflictos (*vgr.* conflicto de competencias); actos consultivos (*vgr.* dictámenes), y actos de jerarquía (*vgr.* las circulares e instrucciones).

De las indicadas especies, producto de relaciones interorgánicas, nos interesa destacar las circulares e instrucciones, cuyos efectos operan dentro del ordenamiento interno de la persona pública estatal en la cual se desenvuelven. En relación con estos actos se le han considerado -reiteramos- como una categoría distinta de los actos administrativos, no obstante, que supletoriamente se reconozca la procedencia de las normas y principios que rigen los actos administrativos. En efecto, se les atribuye como características principales el no estar regidos por el principio de ejecutoriedad y estabilidad del acto administrativo, no requiriéndose para su validez ningún régimen de publicidad, y no pudiendo ser objeto de recursos de impugnación en sede administrativa o judicial.

Las instrucciones son dictadas en ejercicio de una potestad jerárquica y pueden distinguirse varias especies de órdenes de servicio, que son las disposiciones en las cuales el órgano prescribe la conducta del subordinado para un caso específico, sobre el cual este último deba decidir o, en general, realizar alguna actuación. Las instrucciones de servicio, constituidas por las prescripciones que los superiores hacen a los funcionarios y órganos inferiores respecto al funcionamiento y organización de la

144. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Teoría General de Actividad Administrativa*, UCV-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, *passim*.

correspondiente unidad administrativa, del trámite de los procedimientos administrativos y de las modalidades para la realización de las distintas actividades.

En nuestro criterio, cuando el legislador emplea los términos órdenes e instrucciones lo hace como dos categorías independientes, cuando lo cierto es que una se encuentra con respecto a la otra en relación especie- género; y que, cuando se refiere a las instrucciones de carácter general dictadas por la Administración tributaria a sus subordinados para la interpretación y aplicación de la ley tributaria, y se está refiriendo a las denominadas órdenes interpretativas, otra de las especies de las instrucciones como figura típica de la actividad interna de la administración.

Las circulares -según Massimo Severo Giannini- es un medio de comunicación o de información mediante el cual un órgano de la Administración actúa como informador de otro sobre determinados actos, hechos, o circunstancias. La definición aportada por el maestro italiano desvirtúa las posturas doctrinales que ubican como fundamento de esta figura de actos internos a la potestad jerárquica u organizativa.

La función legislativa de la Administración tributaria es ejercida a través únicamente de actos administrativos de efectos generales y bajo el condicionamiento de las leyes tributarias, debiendo definir esta categoría funcional de acuerdo con los criterios de los destinatarios y efectos, actos generales como categoría contrapuesta a los singulares o particulares, por estar destinados a un número indeterminado de personas o pluralidad determinada de ellas.

En tal sentido, y a la luz de las consideraciones precedentes, somos del criterio de que cuando el legislador se refiere a las demás “disposiciones de carácter general establecidas por los órganos administrativos facultados al efecto”, lo hace pensando en las Resoluciones de carácter general, supra especificadas, y no en los actos internos: circulares e instrucciones, porque, en definitiva, como lo señala Pérez Royo, éstas se encuentran fuera del ámbito estrictamente normativo o de fuentes de Derecho, no suponiendo, en el caso de las órdenes interpretativas -instrucciones- actividad normativa, de innovación en el ordenamiento en sentido estricto, sino simplemente el sentido e interpretación de la normativa tributaria.

(c) La función jurisdiccional

Se trata de la actividad administrativa en la cual la Administración tributaria decide los recursos de impugnación administrativa interpuestos contra actos administrativos de efectos particulares determinativos de tributos, sancionatorios o que en cualquier forma afecten los derechos de los administrados¹⁴⁵, o cuando decide las reclamaciones de restitución de lo pagado indebidamente por tributos, intereses, sanciones y recargos, siempre que no estén prescritos¹⁴⁶.

El Código Orgánico Tributario debe armonizar los criterios de racionalidad administrativa -que persigue la eficiencia y eficacia de la Administración- al regular los procedimientos constitutivos y de segundo grado o de revisión con los derechos constitucionales de los sujetos pasivos y administrados en general, específicamente en lo relativo al derecho de petición y defensa, consagrando las garantías correspondientes.

145. Artículo 242 del Código Orgánico Tributario.

146. Artículo 194 del Código Orgánico Tributario.

Finalmente, consecuente con lo afirmado al principio de que el éxito de cualquier programa o plan de reforma del sistema tributario está condicionado a la existencia de una Administración tributaria eficiente y eficaz, los criterios de racionalización administrativa deben estar orientados a:

1. El ejercicio permanente de la función administrativa de complementación legislativa con el fin de garantizar la ejecución legítima de la legislación tributaria.
2. Políticas permanentes de reducción de los márgenes de evasión y elusión fiscal, que tengan por objeto la revisión permanente de los sistemas y procedimientos administrativos.
3. Programas sistemáticos de fiscalización que induzcan a los contribuyentes y responsables al cumplimiento voluntario de la obligación tributaria principal y deberes formales.
4. La privatización de las funciones operativas de recaudación y cobranza, así como las de apoyo.
5. La profesionalización y adiestramiento permanentes de los funcionarios que ejecutan la actividad administrativa en el ejercicio de las distintas funciones.
6. La estructuración de procedimientos administrativos flexibles y poco engorrosos que no menoscaben los derechos y garantías de los administradores sujetos pasivos.

V. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones precedentes, podemos concluir:

1. Los cambios vertiginosos que se suscitan en el entorno de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos generan nuevos valores que requieren ser objeto de estudio y regulación en la teoría de los derechos humanos y su incorporación a los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y nacionales destinados a su defensa.
2. En tal virtud, es necesario el análisis y estudio por parte del jurista para aportar soluciones idóneas a la legislación, las cuales deben tener como punto de partida el carácter universal, irreversible y progresivo de los derechos humanos.
3. El moderno constitucionalismo no ha preterido tal concepción de los derechos fundamentales y, en consecuencia, reconoce su carácter supraconstitucional y establece una cláusula genérica de eficacia de los mismos al proceder a una enumeración enunciativa y no taxativa (*numerus clausus*), según la cual tienen eficacia de pleno derecho en cada ordenamiento aquellos derechos humanos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución ni en los instrumentos internacionales sobre los mismos.
4. A pesar de que la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos no menoscaba su ejercicio, lo cierto es que la legislación interna dictada en ejecución directa de la Constitución debe adecuarse a aquellos nuevos valores emergentes de la mutabilidad del marco de las relaciones entre el Estado y el contribuyente con el fin de que los mismos se traduzcan en derechos subjetivos o en determinaciones de fines del Estado.
5. La eficacia inmediata de los derechos humanos supone la tutela jurisdiccional de los mismos, hasta el punto de que es procedente la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma prevista en el Texto Fundamental cuando ésta contraríe otras

disposiciones de igual rango o previstas en instrumentos internacionales consagradorios de tales derechos.

6. Los derechos humanos se erigen en limitaciones explícitas y directas al poder de imposición de las distintas manifestaciones públicas territoriales del Estado, para preservar el derecho de propiedad y de los cometidos del Estado que comportan la naturaleza de instrumentos en beneficio de los derechos subjetivos constitucionales consagrados a favor del ciudadano.

7. Los derechos humanos y las garantías que se erigen para su eficacia en principios constitucionales de la tributación condicionan las políticas tributarias y de Administración tributaria tendentes a la racionalización del sistema tributario; es decir, la vocación permanente en la búsqueda de su perfeccionamiento a partir del análisis comparativo entre un esquema o modelo teórico y el conjunto de exacciones existentes a objeto de la aproximación en la consecución de los cometidos y fines constitucionalmente trazados. Sin embargo, de nada vale que se logre una incidencia favorable del sistema tributario en el sistema económico y se cumplan los cometidos de política financiera en cuanto a la cobertura y financiamiento del gasto público, si ello implica contrariedad a los derechos fundamentales del contribuyente y desconocimiento a los principios que limitan el poder de tributación y que constituyen la garantía de los mismos.

8. La declaración formal de los derechos del contribuyente en el plan constitucional requiere del desarrollo preciso en cuanto al contenido y alcance de los mismos y su proyección en la tributación, sin que ello signifique desmentir lo afirmado en esta ponencia en cuanto a su aplicación y eficacia inmediata.

9. El instrumento jurídico del ordenamiento interno diseñado para tal fin debe concebirse como un código que reúna todas las normas e instituciones propias a la tributación, sin repeticiones incompletas o parciales de otros instrumentos que regulan con mayor exactitud y sistematización otros derechos humanos, supuesto en el cual se originan incompatibilidades o contradicciones que, en algunos casos, puedan resultar insalvables en perjuicio del contribuyente.

10. Igualmente, el instrumento jurídico, cualquiera sea su denominación, debe tener una jerarquía superior al resto de las leyes impositivas especiales creadoras de las especies tributarias. En consecuencia, el legislador debe sujetar el ejercicio del poder de tributación a las disposiciones contenidas en la ley que en el plano de la tributación desarrollan los principios generales de la tributación como garantía a los derechos fundamentales.

11. La ley así concebida que establezca los derechos del contribuyente debe necesariamente tener un alcance y vinculación con todas las entidades públicas de base territorial, evitando la consagradoria de supletoriedad so pretexto de una pretendida autonomía, pues los derechos del contribuyente y los principios de la tributación que derivan de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos deben ser objeto de desarrollo e interpretación general y no de una visión parcial o interesada de las entidades intermedias y menores del Estado.

12. Los denominados principios de imposición elaborados por las ciencias distintas al Derecho Tributario, y que tienen por objeto el estudio de las finanzas públicas, permiten al jurista un mejor contexto de interpretación que le permite analizar con mayor propiedad los hechos que constituyen los presupuestos normativos definidos como hechos impositivos y aplicar las consecuencias jurídicas de la vigencia.

13. Los principios de imposición, conjuntamente con los principios constitucionales de la tributación, permiten establecer un examen de la sujeción del ejercicio del poder de tributación al bloque de la constitucionalidad, no sólo en lo que se refiere a la definición de los elementos del hecho imponible, sino también respecto del reparto de competencias efectuado por la Constitución, ambos supuestos garantías de los derechos del contribuyente.

§ 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO *IMPUESTO AL DÉBITO BANCARIO*

José Muci-Abraham

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. RESEÑA DE ANTECEDENTES

El día 7 de marzo del 2002 la Asamblea Nacional sancionó, únicamente con el voto de la mayoría oficialista, caracterizada por su docilidad y gregarismo, ese adfesio llamado *Ley que establece el Impuesto al débito bancario*, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.401, del 11 de marzo del 2.002.

Es esta la tercera vez que en Venezuela se expide una absurda ley de esa especie, pues anteriormente instrumentos legislativos similares fueron sancionados en 1.994, durante el gobierno del Presidente Rafael Caldera, y en 1.999, durante el gobierno del Presidente Hugo Chávez. Siempre -antes y ahora- la sanción de tales Leyes fue precedida de duras críticas, fundadas en la evidente inconstitucionalidad de las mismas. A pesar de esas censuras -y sin que nadie se tomase la molestia de refutarlas o combatirlas - las Leyes en referencia fueron de todos modos dictadas, lo que demuestra que el interés político en el establecimiento de la referida exacción, y en su cobro, primaron sobre cualquier argumento referente a su adecuación a los textos constitucionales. Así son las cosas hoy en nuestro país. Sobra decir que no siempre fueron así.

Resulta pertinente destacar que mientras las Leyes de 1994 y 1999 fueron expedidas bajo el imperio de la Constitución de 1961, la tercera Ley, promulgada en el 2002, lo fue durante la vigencia de una nueva Constitución, la de 1999. Esta observación nos conducirá de la mano a hacer algunas ulteriores referencias a tales Constituciones.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL IMPUESTO AL DÉBITO?

En las tres Leyes mencionadas anteriormente el impuesto establecido es sustancialmente igual, sin que valga la pena, para los fines que buscamos, mencionar los irrelevantes detalles que pudieran diferenciarlas. Por ello, nos limitaremos a citar textualmente el artículo 1 de la Ley del 2002 -cuya pésima redacción es notoria- en el cual se define así el *hecho imponible*:

Artículo 1: Se establece un impuesto que grava los débitos o retiros efectuados en cuentas corrientes, de ahorros, depósitos en custodia, o en cualquier otra clase de depósitos a la vista, fondos de activos líquidos, fiduciarios y en otros fondos del mercado financiero o en cualquier otro instrumento financiero, abiertos o ubicados en Venezuela, realizado en los bancos e instituciones financieras regidos por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley del Mercado de Capitales y las demás leyes especiales que rijan a otras instituciones financieras.

Para no complicar la materia innecesariamente, baste decir que de ahora en adelante, aunque parezca absurdo -y lo sea-, en Venezuela es un *hecho imponible* el débito o retiro de dinero en cualquiera de las formas indicadas *supra*, por lo que una vez efectuado uno u otro surge la obligación *objetiva* de pagar el impuesto por parte del titular de la cuenta, con prescindencia de cualquier otra circunstancia (Artículo 4). Lo que se grava es el uso del dinero bancario, su movilización.

La *base imponible* del tributo bajo análisis, por otra parte, es el importe o la cuantía de cada débito o retiro de fondos, sin que puedan deducirse comisiones o gastos realizados con ocasión de los anteriores hechos, sea cual fuere la naturaleza de éstos (artículo 6). La *alícuota*, finalmente, es el cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) sobre la cuantía del débito que se practique o del retiro que se haga. (Artículo 7).

Resta decir que la *alícuota* arriba mencionada, a más de ser bastante alta, en el caso de la especie fue fijada de una manera atolondrada. En efecto, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se expresa que la *alícuota* es del cero coma cincuenta por ciento (0,50%), y luego, en el articulado de la Ley, sin ton ni son, la *alícuota* aparece fijada en el cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%), lo que denota que los Proyectistas no tenían una idea precisa de cuál debía ser el monto aproximado de la recaudación, y para no errar, aumentaron sensiblemente y de manera irresponsable la *alícuota* inicialmente prevista.

Del pago del impuesto nadie escapa; no hay ni efugio ni evasión posibles, porque el gravamen se aplica automáticamente al ser inscrito un débito o al efectuarse un retiro de fondos, todo con arreglo a un programa de computación que observan sus perceptores. Nadie interviene en el cálculo. Todo ocurre fríamente.

El débito y la recaudación del tributo ocurren sin solución de continuidad, uno tras otro, lo cual es posible porque quien estampa el débito o suministra los fondos que se le requieren y también cobra el impuesto, es una misma persona: la institución financiera de que se trate, cuyos servicios, por lo que al impuesto atañe, son gratuitos.

La *Ley que establece el Impuesto al Débito Bancario* se aplica hasta el día 14 de Marzo del 2003 (artículo 26), lo cual se explica porque tratándose de una Ley tan perniciosa (Véase *infra*, Cap. V), su vigencia debe hallarse temporalmente limitada.

Quedan así descritos los lineamientos esenciales del llamado *impuesto al débito bancario*, el cual únicamente se explicaría -en las legislaciones donde se le admita expresamente- en el marco de una situación política, económica o social extrema y también de una excepcional gravedad, como lo sería, por ejemplo, la necesidad de reparar sin demora daños esenciales causados de resultas de un conflicto bélico. Se trataría, para llamarlo de alguna manera, de un *impuesto de guerra*, una *colecta* o recaudación forzosa o coercitiva entre los ciudadanos para sufragar los desembolsos requeridos por la emergencia, no susceptibles de ser cubiertos de otra manera, porque, como veremos luego, una exacción de esta especie es un verdadero despojo a los tenedores de fondos.

En Venezuela -como aspiramos a demostrarlo- no existe, constitucionalmente, hipótesis alguna en la cual sea admisible el tributo criticado. Antes bien, por el contrario, la Carta Magna repudia expresamente tal posibilidad.

Afirma la dogmática tributaria más autorizada que dos son los elementos característicos del *impuesto*: presupuesto de hecho y destino. El presupuesto de hecho está relacionado *exclusivamente* con la situación económica del contribuyente; y el destino de la recaudación es extraño a la relación jurídica entre Estado y contribuyente

(Veáse Valdés Costa, Ramón; *Curso de Derecho Tributario*; Editorial Temis; Bogotá; 1996; pp. 104). Como quiera que *la situación económica del contribuyente es absolutamente irrelevante a los efectos del llamado impuesto al débito*, esta exacción no constituye *impuesto* alguno, en sentido técnico. Es, nomás, *un despojo arbitrario por parte del Estado*, carente de base legal y de toda fundamentación. Con la ley en la mano, el fisco es convertido en un pordiosero provisto de un garrote.

III. LA PROPIEDAD Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961

La Constitución de 1961, en su artículo 99, estableció: “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 general”. Casi a renglón seguido (apenas con un artículo de por medio, lo que demuestra la estrecha conexión existente entre las materias reguladas por ambos preceptos), el artículo 101 *eiusdem* dispone: “Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y el pago de justa indemnización, podrá ser declarada la *expropiación* de cualquier clase de bienes...” ¿Y qué es *expropiar*? “Es privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización...” Las dos normas mencionadas integran una sola pieza: la primera de ellas garantiza el derecho de propiedad; la segunda consagra la posibilidad de excluir aquel derecho a través del mecanismo de la *expropiación*. Es este mecanismo el único posible camino para la segregación del derecho de propiedad de la cobertura de la garantía constitucional.

En congruencia con las dos disposiciones citadas, y como formando parte de la filosofía que las anima, el artículo 102 constitucional preceptuaba: “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por el artículo 250...” *No se puede confiscar* (“penar con privación de bienes, que son asumidos por el fisco”), *sino tan solo expropiar*.

Como quiera que el dinero es un bien mueble y el débito bancario mutila, cercena o limita su integridad, al tomar el fisco para sí la alícuota fijada, *sin compensación* alguna, no cabe duda que la exacción en referencia es absolutamente *confiscatoria*. El fisco se incauta arbitrariamente de algo que no le pertenece, despoja al titular de una cuenta bancaria de una porción de sus haberes.

Así, pues, en el marco de la Constitución de 1961, eran manifiestamente inconstitucionales las Leyes de Impuesto al Débito Bancario que se expidieron en 1.994 y en 1999.

IV. LA PROPIEDAD, LA EXPROPIACIÓN Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Sobre propiedad, confiscación y expropiación, la Constitución de 1999 (vigente hoy, cuando se dicta la Ley del Impuesto al Débito Bancario, en el año 2002), dispone sustancialmente lo mismo que la de 1961, con algún importante aditamento como lo es el artículo 307, que vigoriza de manera contundente la tesis de que *un tributo sobre el débito bancario es confiscatorio* y, por tanto, inconstitucional. Veámos.

El artículo 115 de la Constitución de 1999 es, en sustancia, igual al artículo 99 de la Constitución de 1961, aunque vale la pena destacar que el citado artículo 115 trata conjuntamente del derecho de propiedad y de la expropiación, lo que reafirma la íntima vinculación existente entre ambas instituciones: la expropiación es una limitación a la garantía del derecho de propiedad, la *única* constitucionalmente establecida: “Se garantiza el derecho de propiedad... 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”.

Por lo que atañe a la *confiscación*, el artículo 116 de la Constitución de 1999 la prohíbe de plano (“No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución”). A diferencia de la Constitución de 1961 (artículo 250), que sólo permitía la incautación de todo o parte de los bienes de quienes se hubiesen enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, la Constitución de 1999 puntualiza (*únicamente*) tres casos de excepción al principio de la no confiscación: los bienes de personas 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 actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. El texto de la Constitución de 1.999 sobre la confiscación excluye toda posibilidad de que sean admisibles excepciones distintas a las tres taxativamente enunciadas (*numerus clausus*), las cuales, por lo demás, se interpretan restrictivamente. *Un tributo al débito bancario no cabría en ninguna de las excepciones mencionadas, y es, por consiguiente, manifiestamente inconstitucional.*

La gran innovación de la Constitución de 1.999 en lo atinente al tema que se analiza está constituida por el artículo 317: “...*Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio*”. El constituyente no sólo prohíbe la confiscación, sino que se cuida de advertir que “ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”. Como quiera que el impuesto al débito bancario es confiscatorio, porque a través de él una alícuota de los haberes de los contribuyentes se la apropia el fisco, *sin compensación alguna*, es evidente, de evidencia indiscutible, que el débito bancario se halla proscrito con mayor énfasis y rotundidad en la Constitución de 1999. Por ende, la “Ley que establece el débito bancario”, promulgada en el 2002, es nula, de nulidad absoluta e insanable, por inconstitucional. Y si alguien piensa que no es así, que se dé entonces a la tarea de dar un ejemplo de impuesto confiscatorio.

V. CONSECUENCIAS ADVERSAS DEL IMPUESTO AL DÉBITO

Nadie puede celebrar jubilosamente el establecimiento de un impuesto al débito bancario, ni aún el fisco que lo percibe y dispone luego de los recursos generados, en razón de los males que origina y sus destructores efectos, entre los que podemos citar:

1. *Es un impuesto mutilador del derecho de propiedad*, puesto que reduce la cuantía de los bienes sobre los cuales recae. A este respecto dice el Profesor Jarach: “En ningún otro campo como en esta materia se revela con mayor claridad esta tutela que el Estado constitucional hace de la propiedad privada, donde no se limita como en otros países igualmente constitucionales, a una garantía formal, sino que quiere *tutelar el derecho de propiedad inclusive en su contenido útil o económico*. Es así que la Corte manifiesta

que no se puede admitir que por la vía del impuesto el poder público o el poder legislativo venga a privar a los ciudadanos del derecho de propiedad. El impuesto sería una especie de instrumento usado indirectamente para lograr el mismo fin de la confiscación de bienes, y la Corte expresa que el hecho de adoptar el instrumento no puede permitir tampoco al congreso privar a los ciudadanos de sus derechos patrimoniales” (Jarach, Dino; *Curso de Derecho Tributario*; Ediciones Cima; Buenos Aires, Argentina 1980; p. 110).

2. *Es un impuesto distorsionante*, porque deforma la realidad económica, al alterar su estado de normalidad, pues tiene un efecto inhibitorio de las iniciativas, que aversan el pago de la exacción.

3. *Es un impuesto con efectos inflacionarios*, porque quien lo paga tiende a trasladarlo, lo cual tiene repercusiones en el nivel general de precios. El pagador del tributo lo agrega a su rubro de costos y desde allí -o más allá- mide su margen de ganancias;

4. *En un impuesto injusto*, porque penaliza el uso del dinero bancario; es una detración violenta del patrimonio de los ciudadanos;

5. *Es un impuesto perverso*, que causa ingentes daños, entre los que cabe mencionar su efecto paralizante de la economía y del volumen de negocios; tiene un efecto decididamente contractivo;

6. *Es un impuesto con efectos recesivos*, porque deprime las actividades industriales y comerciales, con sus negativos efectos sobre la producción, el trabajo, el salario y los beneficios, y

7. *Es un impuesto arbitrario*, porque sin causa despoja a los particulares de sus haberes (Consúltase a Villegas, Héctor, *Derecho Constitucional Tributario*; Ediciones Depalma; Buenos Aires 1994; p. 234).

Lo que ocurre con el impuesto al débito es que el Estado, prevalido de su fuerza, le quita a las personas una fracción del dinero que tiene en su poder, cada vez que aquéllas ocurren a las instituciones financieras, para realizar cualquier operación. Prácticamente, les mete las manos en sus bolsillos -como cualquier carterista-, para sustraerles su dinero. Trátase de un apoderamiento violento, con ánimo de lucro. ¡*Un robo*, perpetrado nada menos que por el Estado! La permisión de este impuesto constituye una patente de corso para llevar a cabo el despojo patrimonial de los ciudadanos.

VI. OTRAS TRANSGRESIONES CONSTITUCIONALES

La *Ley de Impuesto al Débito Bancario* no sólo lastima el principio general prohibitivo de la confiscación (artículo 116 de la Constitución) y el específico referente a los impuestos (artículo 317 *eiusdem*), sino que también vulnera otros principios de igual rango, como los consagrados en los artículos 112 y 316 de la propia Constitución.

En efecto, el impuesto criticado atenta contra el principio que informa al sistema tributario, con sujeción al cual éste “procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al *principio de la progresividad ...*” (Artículo 316). El impuesto al *débito bancario* no consulta -no puede hacerlo- la capacidad económica del contribuyente, porque el gravamen pecha el monto del dinero retirado o debitado en cada caso, sin tomar en cuenta el volumen

poseído por el deudor de la exacción. Tampoco es *progresivo*, porque la alícuota del impuesto (0,75%) es única, constante e invariable, con prescindencia de la cuantía de los fondos extraídos por el contribuyente de la correspondiente institución bancaria. Tal como lo indica Spisso, “el que todos deban contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado debe ser entendido, en un Estado democrático, como que los llamados a contribuir son *aquéllos que tengan capacidad económica para soportar la carga, y en forma proporcional y progresiva a dicha capacidad*”. En este orden de ideas, cita el referido autor una sentencia del Tribunal Constitucional español (27/981), en la cual esa instancia destacó que la alusión al principio de capacidad económica implica “... la incorporación de una exigencia lógica que obliga a *buscar la riqueza allí donde la riqueza (verdaderamente) se encuentra*” (Spisso, Rodolfo R.; *Derecho Constitucional Tributario*; Ediciones Depalma; Buenos Aires, Argentina 2000; pp. 353 y ss.).

En este mismo sentido, invocamos el criterio jurisprudencial, sentado por la honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo *Heberto Contreras Cuenca*, de fecha 21 de Noviembre de 2.000, en el cual se dejó expuesto textualmente cuanto sigue:

... con relación al principio de la *capacidad contributiva* contenido en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional observa, que *dicho principio debe entenderse como la aptitud para soportar las cargas tributarias “en la medida económica y real” de cada contribuyente individualmente considerado en un período fiscal y que actúa como límite material al poder de imposición del estado, garantizando la justicia y razonabilidad del tributo.*

De esta manera, la capacidad contributiva constituye un principio constitucional que sirve a un doble propósito, de un lado como presupuesto legitimador de la distribución del gasto público; de otro, como límite material al ejercicio de la potestad tributaria.

Con base a lo expuesto anteriormente, la capacidad del contribuyente para soportar las cargas fiscales impuesta por el Estado en ejercicio de su poder de imposición, es una sola, única e indivisible que debe ser respetada por cada esfera de imposición, es decir, por el poder público nacional, estatal o municipal.

El *Impuesto al Débito Bancario* también vulnera a los ciudadanos *la garantía constitucional de la libertad económica*, consagrada en el artículo 112 de la Constitución en vigor, en virtud del cual “todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia”, sin que el Estado pueda menoscabarles o reducirles los medios lícitos de que disponen para el desempeño de aquélla. El combatido impuesto les amputa los medios económicos disponibles para ese fin.

Insistimos en que el impuesto que grava los *débitos bancarios es absolutamente confiscatorio*, en la significación que a dicho término certeramente se le atribuyó en la Ponencia presentada por nuestro eximio jurista Dr. Allan R. Brewer-Carías al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Montreal, Canadá, en 1990, titulada “Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tribuciones Confiscatorias”. Dice la Ponencia: “...entendemos por tributación confiscatoria toda contribución inconstitucional, que resulta de la violación de las garantías constitucionales de los contribuyentes frente al poder impositivo del Estado, a la legalidad del impuesto, a la propiedad, a la equidad, a la libertad económica, así como a las demás libertades individuales” (*Revista de Derecho Público* N° 57 y 58, p. 6). “... la prohibición de las tribuciones confiscatorias se desprende de la prohibición constitucional expresa respecto a la confiscación como forma de extinción de la propiedad, sin compensación” (*Op. cit.* p. 13) “...si el impuesto tiene una incidencia

directa sobre el capital, absorbiendo parte del mismo en un período de tiempo determinado, éste será confiscatorio y, por tanto, inconstitucional” (Op. cit. p. 15). El débito bancario es un impuesto sobre el capital y, por consiguiente, condenable, pues como decía el Derecho francés antiguo: “Derecho sobre los frutos son impuestos, derecho sobre los fondos son pillaje”

VII. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ SE ESTABLECIÓ EL IMPUESTO?

El impuesto al débito ha venido dizque a mitigar una situación económica deficitaria de las finanzas públicas, causada por la sobrestimación de los ingresos contemplados en el Presupuesto Nacional; como el más importante de los rubros de ingresos es el originado por la producción petrolera, cuando los precios del petróleo descienden en el mercado internacional por debajo del tope promedio esperado, se produce entonces un déficit que es necesario colmar de un modo excepcional, rápido y efectivo. En tales circunstancias se ha recurrido a esa *colecta* pública coercitiva o forzosa que es el impuesto al débito.

Este mal llamado *impuesto* no es otra cosa, en la práctica, que una persecución o cacería del indefenso tenedor de fondos, por parte del fisco, para cercenarle una porción de aquéllos, allí donde los tiene depositados. Esta anomalía impositiva no guarda ninguna relación con algún hecho del contribuyente que así lo justifique. No grava ningún enriquecimiento suyo, ni refleja su capacidad para consumir. “Como tienes dinero, pues me lo das”. Este es el mensaje.

Lo lógico sería que los ingresos sean razonablemente estimados, para que no ocurra una catástrofe financiera si la estimación no corresponde a lo previsto. La oscilación de los precios no siempre es un fenómeno extraordinario -sino muchas veces normal, dentro de ciertos límites- y deberían contemplarse las medidas necesarias para el ajuste del presupuesto, en su caso. Esto es especialmente cierto en la situación de un país como el nuestro, que es ducho en el negocio petrolero, y que, por ello, debería poseer la experticia requerida para atender eventualidades de esa especie, sin tener que apelar al recurso, extremo e indeseable, de despojar con iniquidad a sus ciudadanos de los haberes que les pertenecen. Lamentablemente, la experiencia demuestra que existe la tendencia a echar mano de este impuesto con una frecuencia que lo va convirtiendo en rutinario; tiene la tendencia a instalarse, en nuestra realidad financiera, como un hecho patológico financiero difícil de erradicar. Y a él siguen el marasmo económico y la caída de los indicadores del progreso y el desarrollo, razón más que suficiente para considerar ese *impuesto* un verdadero azote de la economía.

En la actualidad, los precios del petróleo se han recuperado significativamente y, consecuentemente, el déficit tiende a la superación. Pero a nadie se le ocurrirá solicitar la abolición anticipada del impuesto al débito, o su reducción sustancial. El *producido* del impuesto ahora permitirá financiar el derroche de los dineros públicos y su malversación.

Con más dinero para gastar, volveremos a las andadas de nuevo. Vendrán otra vez los dispendios y a continuación el déficit y un nuevo inconstitucional impuesto al débito. ¡Se completará así el *círculo infernal!* ¿Nos permitirá la Historia repetir *sine die* esta traumática andadura?.

VIII. CONTENCIOSO SOBRE EL DÉBITO

Quien haya leído el presente trabajo, en el cual se reseñan todas las críticas que merece el Impuesto al Débito Bancario, supondrá -y supone bien- que su autor se ha querellado por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en procura de una sentencia anulatoria de la vigente Ley que creó el tributo de marras. En efecto, el día 19 de marzo del 2002 ocurrimos ante la Sala Constitucional del Alto Tribunal para solicitar se declare, por razones de inconstitucionalidad, la nulidad absoluta e insanable de la Ley en referencia. Conjuntamente con la demanda de nulidad, interpusimos una *acción de amparo constitucional*. ¿Cuándo será resuelta la querrela? Nadie puede pronosticarlo en un país donde el *estado de derecho* se halla en vilo. En todo caso, la eventual sentencia de nulidad que se dicte -si ese fuera su dispositivo, en el más optimista de los escenarios- llegará seguramente después que el tributo haya sido recaudado (gratuitamente por los bancos) y gastado alegremente, para no contrariar la tradición.

El Presidente José Tadeo Monagas (1847-1851 y 1855-1858) dijo socarronamente: *La Constitución sirve para todo*. Si así fuere, ni la actual Constitución, ni ninguna otra posterior que rechace los impuestos confiscatorios, será óbice para que se vuelva a establecer un tributo de esa perversa especie. La Constitución (la que sea) habrá servido *para todo*, es decir, *para nada*. Un singular caso de *antífrasis*.

§ 140. LA NOCIÓN DE DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL

Humberto Romero-Muci
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de mayor relevancia en el estudio del novísimo Impuesto al Activo Empresarial es precisar el alcance de su base de cálculo o base gravable, esto es, la medida legal del hecho imponible. La dificultad del caso surge no sólo de la galimatías redacción de los preceptos correspondientes -terreno máximamente movedizo y oscuro- sino de su referencia incondicionada a la preceptiva de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de Ajustes por Inflación para fines de valoración de los activos gravables. La también conocida oscuridad de la normativa legal sobre los ajustes por inflación, su contradictoria y excesiva regulación reglamentaria contribuyen en forma paradigmática a complicar el análisis del tema. Sin temor a exageraciones, el galimatías legal en la definición de la base imponible en el Impuesto al Activo Empresarial es una de las evidencias más paladina de la quiebra de la garantía de certeza en la definición del tributo y de la superficialidad y atecnicismo con que últimamente se legisla en tan delicada materia.

Por eso se impone al intérprete la delicada misión de esclarecer el contenido y alcance de tan oscuros preceptos, sin descuidar las estrictas exigencias de la reserva legal tributaria, esto es, se trata de un impuesto mínimo, complementario y conceptualmente subordinado al Impuesto sobre la Renta. Asimismo, toda consideración sobre la base imponible debe estar precedida de una interpretación conforme a las garantías constitucionales que aseguren que la medida del hecho imponible sea conforme a la verdadera capacidad económica del contribuyente y muy particularmente evitar todo resultado confiscatorio y discriminatorio en la aplicación del impuesto.

El presente trabajo tiene por objeto comentar una opinión del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (S.E.N.I.A.T.) que, en nuestro criterio, concluye erradamente en torno al sentido y alcance de la noción *desvalorización por inflación* como elemento integrador de la base de cálculo de Impuesto al Activo Empresarial. Para la Administración Tributaria la *desvalorización* opera sólo respecto de las partidas monetarias del activo del contribuyente objeto del gravamen.

El descuento de la base de cálculo en comentarios, se cuantifica mediante una deflación del activo monetario promedio del ejercicio en función de la variación acumulada del índice de precios al consumidor ocurrida durante el mismo período¹.

1. Oficio n° HGJT-200-396 de fecha 8 de febrero de 1996, emanado de la Gerencia Jurídico Tributaria del SENIAT "La doctrina financiera recomienda en general que la imposición de la renta se complemente con un tributo anual al capital (GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1993, pp. 933 y ss.) en Venezuela el Impuesto sobre la Renta, que evidentemente grava la renta o el enriquecimiento, es complementado a partir de la promulgación de la Ley publicada en G.O. n° 4.654 de fecha 01-12-93 por un impuesto al capital que grava la propiedad de los bienes conceptualizados como activos tangibles e intangibles, por la Ley incorporados a la producción, y que no es otro que el Impuesto a los Activos Empresariales, señalamiento este que se contrapone a la afirmación expuesta en su escrito de consulta en el sentido de que el Impuesto al activo grava la renta.

A los efectos de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales, tenemos que el hecho generador viene representado por la *propiedad* de los activos con que cuenta el sujeto pasivo para producir enriquecimientos, siendo los referidos activos tangibles o intangibles, tal y como lo indica la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley que nos ocupa.

En base a las consideraciones realizadas con anterioridad, en este momento podemos establecer que el impuesto a los activos empresariales va destinado a gravar la propiedad de los activos, y esa es la razón por la que excluye de la base imponible a los pasivos.

Ahora bien, dentro del concepto genérico de activo la ley establece la diferenciación conceptual entre activo tangible e intangible. Dentro de los activos tangibles la norma incluye *al dinero*, tal y como lo señala el artículo 2 de la Ley citada *supra*, esto es, aquél que generalmente tiende a perder su valor en virtud de los procesos inflacionarios.

Por ello, consideramos conveniente realizar una diferenciación conceptual entre partidas monetarias y partidas no monetarias, a los efectos de observar los distintos efectos que la inflación como fenómeno económico tiene sobre éstas. Para ello tomaremos la definición establecida en el párrafo segundo del artículo 98 de la Ley de Impuesto sobre la Renta el cual dispone que se considerarán como activos y pasivos *no monetarios*, aquellas partidas del balance general del contribuyente que por su naturaleza o característica son susceptibles de protegerse de la inflación, tales como los terrenos, construcciones, inversiones y los créditos y deudas reajustables o en moneda extranjera, y en tal virtud generalmente representan valores reales superiores a los históricos con los que aparecen en los libros de contabilidad del contribuyente.

La definición transcrita *ut supra*, necesariamente supone, por argumento en contrario que serán activos monetarios los que no son susceptibles de protegerse de la inflación, esto es, aquellos que por estar representados en moneda de curso legal pierden valor como efecto de la exposición a la inflación, es decir, se desvalorizan y consecuentemente, por su propia naturaleza, representan valores reales inferiores a los históricos con los que aparecen en los libros contables.

Por esta razón la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales, al establecer los aspectos concernientes a la base imponible del tributo señala que en primer término el valor de los activos será el promedio simple de los valores al inicio y cierre del ejercicio y en segundo término a los costos de los bienes, valores y derechos monetarios a los que previamente se le sustraerá la desvalorización que sufrirán por exposición a la inflación, se le añadirán los valores actualizados según las disposiciones de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de ajustes por inflación tomando en consideración las fechas de inicio y cierre del ejercicio, menos la suma de las depreciaciones y amortizaciones acumuladas que correspondan.

El consultante señala, tal y como ya lo indicamos anteriormente, que el Impuesto al Activo Empresarial grava la renta, lo cual a su criterio tiene una medida legal en términos reales depurada de los efectos causados por la inflación, así expresa que la desvalorización por inflación no se refiere ni puede referirse exclusivamente al activo monetario. Según su interpretación, la desvalorización por inflación se extiende a todas las partidas del Balance por cuya virtud se puede medir el resultado por exposición a la inflación, razón por la cual, a su criterio la mencionada desvalorización se cuantifica como las reexpresiones del patrimonio neto inicial, los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y los pasivos no monetarios existentes al cierre, frente a tal argumentación, esta Gerencia estima conveniente realizar las siguientes consideraciones:

De acuerdo a lo consagrado en la Ley de Impuesto sobre la Renta (artículo 103) el patrimonio neto inicial surge de la diferencia entre el activo y el pasivo existente al inicio del ejercicio, con exclusión de las cuentas y efectos por cobrar a sus administradores, accionistas o empresas afiliadas; considerando que el activo se encuentra representado por partidas monetarias y por partidas no monetarias y debemos recalcar que estas últimas no se desvalorizan sino que adquieren valor por efecto de la inflación, además cualquier aumento patrimonial ocurrido

La posición administrativa es consecuencia de la errada caracterización del Impuesto al Activo como un *tributo al patrimonio* y no como en realidad es, un impuesto indirecto a la renta que cuantifica la base de cálculo no sobre una medida efectiva (actual) sino *forfaitaria*, esto es, en virtud de una presunción de la renta que producen los activos destinados a la generación del enriquecimiento gravable.

En nuestra opinión, la noción *desvalorización por inflación* como descuento de la base de cálculo del Impuesto al Activo Empresarial se identifica con aquellos supuestos en los que legalmente se presume existe una pérdida por exposición a la inflación y más concretamente, aquellos que la Ley de Impuesto sobre la Renta traduce como una disminución de la renta gravable.

El errado tratamiento de la *desvalorización por inflación* como deflación del activo monetario promedio del ejercicio, aparte de tergiversar el correcto sentido de la norma de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial, configura una exacción confiscatoria -como modernamente entiende el término la doctrina constitucional más autorizada² particularmente por la abierta infracción que significa a la garantía constitucional de la reserva legal tributaria y a la garantía que prohíbe tratos discriminatorios en la

durante el ejercicio fiscal constituirá un incremento del patrimonio neto inicial. Por otra parte, tomando en cuenta que el impuesto en comento solo va referido a los activos, propiedad del contribuyente que efectivamente estén incorporados a la producción a tenor de lo establecido en el artículo 1 de la Ley que crea el tributo, nos permitimos indicar que para el cálculo de la base imponible deberán excluirse tanto los pasivos como su reexpresión.

En base a lo anterior consideramos pertinente aclarar que en aras de la aplicación del Principio de Legalidad Tributaria, si el legislador hubiera considerado que la desvalorización por inflación a la que se hace referencia equivalía a los conceptos indicados por el consultante, lo hubiera señalado expresamente.

A tenor de las afirmaciones precedentes, claramente se desprende que, a los efectos de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales, única y exclusivamente es sobre los activos monetarios que se debe calcular la *desvalorización por inflación*, interpretación esta que se contrapone a lo indicado por el consultante en su escrito, donde afirma que “la desvalorización por inflación” equivale y se cuantifica como las reexpresiones del patrimonio neto inicial, los aumentos del patrimonio ocurridos durante el ejercicio y los pasivos no monetarios existentes al cierre.

Por otra parte, señala el contribuyente que el criterio adoptado por la Administración Tributaria de entender la desvalorización por inflación como una deflación del activo monetario promedio conforme a la variación acumulada del IPC durante el período tributario, aparte de carecer de base legal, es contrario a sus intereses recaudatorios y de garante de la justicia y equidad tributaria, frente a tal afirmación se hace necesario dejar claramente establecido que la única forma de calcular los efectos inflacionarios que acepta esta Administración Tributaria, es la que viene dada por el uso de un índice inflacionario denominado Índice de Precios al Consumidor fijado por el Banco Central de Venezuela para el área metropolitana de Caracas, el cual se tomará como parámetro a tenor de lo establecido en las disposiciones regulatorias de los ajustes por efectos de la inflación contemplados en la Ley de Impuesto sobre la Renta.

En efecto, en palabras del autor OTIS RODNER, James, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas 1995, p. 65, la inflación está representada por períodos de tiempo diferentes, este número se denomina índice inflacionario o índice de inflación, asimismo señala que tales índices normalmente son calculados por la autoridad monetaria de un país, mismo que en Venezuela es calculado por el Banco Central y en base a las variaciones de precios al consumidor.

De todo lo antes expuesto es menester concluir que el contribuyente para el cálculo de la base imponible indicado en la norma deberá tomar en consideración solo lo allí expresado, “por lo que la desvalorización por inflación solo será aplicable a los activos monetarios y se calculará tomando como parámetro la variación ocurrida en el Índice de Precios al Consumidor ocurrida en los períodos respectivos”.

2. Señala el profesor BREWER-CARIÁS que un tributo es confiscatorio cuando resulta violatorio de cualquier garantía constitucional de los contribuyentes frente al poder impositivo del Estado, sea la legalidad del impuesto, la propiedad, la equidad, la libertad económica u otra libertad pública individual, V., BREWER-CARIÁS, Allan, “Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias” en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, enero-junio, Caracas 1994, p. 6.

aplicación del tributo, por el irracional irrespeto a la capacidad contributiva subyacente a esta forma tributaria de imposición indirecta a la renta.

A los fines prácticos -ese es nuestro propósito profundo- queremos demostrar cómo la forma de entender la desvalorización por inflación en la manera dicha, también desorbita la irracionalidad de suyo de esta forma presuntiva de imposición a la renta, lo cual exhibe paradigmáticamente su carácter máximamente injusto y en los hechos concreta perversos efectos de interferencia en la libre disposición de los recursos privados. Nuestro deseo es que, las reflexiones que siguen sirvan para hacer evidente que el Impuesto al Activo Empresarial conspira contra los principios más elementales de imposición. La eliminación del Impuesto al Activo Empresarial es una exigencia insoslayable para garantizar la debida racionalidad del sistema tributario y cumplir la máxima constitucional que obliga a orientar el sistema fiscal sobre la capacidad económica del contribuyente, el crecimiento de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo venezolano³.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL

1. Justificación fiscal del tributo

El Impuesto al Activo Empresarial constituye una fórmula de imposición *indirecta y real* a la *renta*, que opera sobre una base indiciaria representada por el valor promedio de los activos destinados a la generación de la renta gravable⁴. Por ello, se ha dicho certeramente que el impuesto en comentarios constituye una “...fórmula de imposición a la renta sobre base presunta, razón por la cual resulta plenamente aplicable, en lo pertinente, los fundamentos generales de la tributación presuntiva”⁵. En vez de gravar

3. Artículo 223 de la Constitución de la República: “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como a la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo”.

4. Decimos que es un impuesto *indirecto* a la renta, porque la materia gravable en comentarios es gravada sobre una base indiciaria (el valor promedio de los activos generadores de renta gravable), de modo que el tributo no incide en forma inmediata sobre la capacidad contributiva que se destina a gravar. Así, la renta resulta gravada sólo en forma *mediata*. El carácter *real* del impuesto queda evidenciado porque el diseño del hecho imponible y su base de cálculo no consultan la situación personal del contribuyente como condición o índice definitivo de capacidad contributiva, sino el hecho aislado del valor de sus activos brutos, generadores de renta gravable para el Impuesto sobre la Renta.

Con relación al carácter *indirecto* del Impuesto al Activo Empresarial, es bueno advertir que cierto sector de la doctrina patria ha señalado sobre el tributo en cuestión que se trata de un impuesto *directo* y real al *patrimonio* (V., MORALES, Marianela, Osío, Miguel, PICHELVAUER, Erika, “Ley de Impuesto a los Activos Empresariales” en *Revista de Derecho Tributario* n° 64, AVDT, Caracas, p. 43). A este respecto, consideramos conveniente aclarar la confusión que *-data venia-* consideramos encierra la afirmación sobre la naturaleza *directa* del impuesto y comentar más adelante sobre la confusión del tributo en cuestión como un tributo al patrimonio (V. Nota 12).

Los autores citados fundamentan la caracterización del Impuesto al Activo Empresarial como un tributo directo, al considerar que no se permite el traslado de la carga impositiva a otras personas.

Ahora bien, el índice rector del distingo entre impuestos directos e indirectos no se localiza en la capacidad de traslación del tributo. Modernamente -y la realidad empírica así lo confirma- el carácter directo de un impuesto viene configurado por el mismo diseño del tributo en cuanto grava una manifestación inmediata de capacidad contributiva. Por oposición, el impuesto indirecto es el que grava manifestaciones mediatas u oblicuas de la

la renta efectiva (o actual) se afina en una presunción sobre la medida de la renta que se dimensiona sobre el valor bruto del activo (deducida la depreciación o amortización según corresponda), pero sin descuento de los pasivos asociados o que financian la adquisición de dichos activos, en el entendido que la tenencia de éstos es un indicador razonable de la medida de la renta del contribuyente.

En Venezuela la introducción en 1993 de una forma presuntiva de imposición a la renta tuvo un marcado propósito fiscalista: *Recaudar* mayores recursos tributarios para una Hacienda Pública exhausta, enfrentada a un proceso crítico de *déficit fiscal* acentuado por una inflación galopante y una economía recesiva⁶.

Aparte de la necesidad financiera, la introducción del nuevo tributo tuvo también su causa en la ineficiencia de la entonces Administración Tributaria, que facilitaba la

capacidad contributiva que se destina a gravar, esto es, la fuente del tributo se revela en forma indirecta de modo que el hecho gravado se descubre en forma aislada o analítica y no mediante una discriminación cuantitativa.

El criterio de la traslación del impuesto es inexacto para definir la calidad de un impuesto como indirecto. Si bien es cierto que, no siempre el contribuyente de derecho es quien soporta la carga efectiva del tributo, típica de los impuestos constitutivos de capacidades contributivas analíticas (*i.e.* en el Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor (Artículo 27) en el que el diseño legal del impuesto obliga al traslado de la carga fiscal del contribuyente de derecho al contribuyente de *facto*) la traslación del impuesto no es forzosa consecuencia, pues ella depende de las circunstancias económicas ajenas a la misma estructura del tributo, tal como la inelasticidad de la demanda de los bienes objeto del impuesto. De otro lado, todo tributo es susceptible en un mayor o menor grado de traslación. “Claro está que la traslación es más difícil en los impuestos contributivos de capacidades contributivas sintéticas, como el de la renta (la renta medida en forma actual o real), que aquellos medidos sobre una base analítica (como el gasto o el consumo)”. *Cf.*, RAMÍREZ CARDONA, Alejandro, *Derecho Tributario* (sustancial y procedimental), 3ª Edición, Temis, Bogotá 1985, p. 155; en el mismo sentido GIANNINI, A.D., *Instituciones de Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1957, p. 324.

5. *Cf.*, VIDAL HENDERSON, Enrique, “El Impuesto al Activo Empresarial: La experiencia latinoamericana” en *Revista de Derecho Tributario* n° 63, AVDT, abril-junio, Caracas 1994, p. 7. También SADKA, Efraim and TANZI, Vito, *A tax on gross assets of enterprises: A form of Presumptive Taxation*, International Monetary Fund, Working Papers, 1992.

6. Así lo confiesa la Exposición de Motivos de la Ley propuesta al Congreso de la República en 1992, cuyo articulado sirviera de base al texto que posteriormente fuera sancionado como Decreto-Ley n° 3.266 de fecha 26 de noviembre de 1993, (*G.O.* n° 4.654 Extraordinario, de fecha 1° de diciembre de 1993), emanado del entonces Presidente de la República Dr. Ramón J. VELÁSQUEZ, en base a la Ley que autorizó al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera (*G.O.* n° 35.280 de fecha 23 de agosto de 1993): “Los Nuevos Impuestos que se proponen en los proyectos de Ley respectivos, aunados a la reforma del Código Orgánico Tributario, están destinados a generar los ingresos internos necesarios para afrontar de manera definitiva el déficit estructural de las finanzas públicas venezolanas, que dependen excesivamente del ingreso petrolero”. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que crea el Impuesto General a los Activos Empresariales señala: “La aprobación de la Ley que crea el Impuesto a los Activos Empresariales permitirá aumentar las fuentes de ingreso internos del sector público sobre bases de eficiencia y equidad. La aplicación por igual a todas las actividades económicas reduciría las distorsiones aún existentes en la asignación de los recursos económicos y aumentaría un uso más eficiente de la capacidad contributiva del país, ya que afectaría más fuertemente al uso de activos en aquellas actividades menos rentables, sin menoscabo de las actividades que perciben objetivos sociales y sin fines de lucro.

El Impuesto a los Activos Empresariales complementaría el conjunto de acciones que persigan diversificar la fuente de ingresos internos del sector público para reducir su alta dependencia del ingreso petrolero, el cual se caracteriza por una alta vulnerabilidad e impredecibilidad. Igualmente permitiría al Estado venezolano atender las crecientes demandas sociales de la población, sin acudir a mecanismos inflacionarios de financiamiento ni al endeudamiento externo. Su aplicación se ha extendido en varios países de América Latina, como México y Argentina, sin haber afectado la recuperación del crecimiento económico en dichos países.

Conjuntamente con la racionalización del gasto público y la reducción de la elusión y evasión fiscal, la creación de nuevas fuentes de ingresos internos le permitirá al país atender las necesidades de la población y recuperar un crecimiento económico robusto y sostenible en un contexto de baja inflación y mejora sustancial en la distribución del ingreso” (*Informe citado*, pp. 3 y 4).

evasión del Impuesto sobre la Renta generando una situación de alta iniquidad entre las empresas que declaraban sus rentas y aquellas que lo evadían sin consecuencias⁷.

El propósito era convertir el Impuesto al Activo Empresarial en un *tributo mínimo a la renta*: “*Un gravamen a una renta mínima potencial de la empresa, resultando con ello irrelevante la renta real de la misma, al operar como un mínimo constante de toda empresa en funcionamiento*”⁸.

La misma estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial demuestra el propósito *complementario* respecto del Impuesto sobre la Renta, cuando este último se dispone como un pago a cuenta⁹ del Impuesto al Activo Empresarial, asegurando el pretendido mínimo recaudatorio⁹, de modo tal que si el Impuesto sobre la Renta efectivo del período es superior al Impuesto al Activo Empresarial, esto es, al Impuesto sobre la Renta *presuntivo* la primera determinación dará por satisfecha la obligación tributaria por concepto de Impuesto sobre la Renta. Es más, este propósito se radicaliza pues según la misma estructura técnica del tributo, de existir un excedente de impuesto al activo respecto del impuesto sobre la renta para el mismo período impositivo “*...el excedente se trasladará como crédito contra el impuesto sobre la renta que se cause sólo en los tres ejercicios anuales subsiguientes*”.

Pero aparte del carácter *mínimo y complementario* del Impuesto al Activo Empresarial respecto del Impuesto sobre la Renta, el diseño técnico-jurídico del primero está *conceptualmente subordinado* al segundo: “*El Principio que vincula al activo gravado con la potestad tributaria del sujeto activo del Impuesto debe ser el mismo que el adoptado para el Impuesto sobre la Renta, en razón de la íntima vinculación existente entre el Impuesto al Activo Empresarial y el Impuesto sobre la Renta; una asimetría de criterio [...] no tendría justificación*”¹⁰.

Esta virtualidad tiene primerísima importancia desde un punto de mira hermenéutico, pues la interpretación de los conceptos y fines de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial deben ser considerados en sintonía con aquellos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, pues en definitiva se trata de la exacción de una misma materia imponible: *La renta*.

La redacción legislativa confirma este aserto: (i) No sólo el objeto del hecho imponible en el Impuesto al Activo Empresarial recae sobre los activos generadores de

7. Cf., VIDAL HENDERSON, Enrique, *ob cit.*, p. 7.

8. Cf., *ibid* p. 8, También la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Impuesto al Activo Empresarial, confiesa ese propósito: “Se propone con el presente proyecto de Ley reducir la posible elusión y evasión del Impuesto sobre la Renta que ha alcanzado niveles excesivamente altos en Venezuela. Sin embargo, el Impuesto al Activo Empresarial no aumentaría, en promedio, la carga fiscal sobre las empresas que cumplen con sus obligaciones tributarias, ya que el pago del Impuesto sobre la Renta se acreditaría al pago de este impuesto. Dado que en promedio, la renta de las empresas constituye un poco más del 6% del valor de sus activos netos depreciados, se propone una alícuota del 2%, la cual representa alrededor de un 30% del rendimiento mencionado de los activos. En tal sentido, el impuesto en consideración ante el Congreso, actuaría como una especie de impuesto mínimo sobre la base de los activos que son utilizados como fuente generadora de riquezas”. (*Informe citado*, p. 1).

9. Artículo 11 de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial: “Al monto del impuesto determinado conforme a esta Ley, se le rebajará el Impuesto sobre la Renta del contribuyente causado en el ejercicio tributario, con excepción del tributo establecido en el Artículo 91 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. En tal virtud, el Impuesto a pagar según esta Ley, será la cantidad que exceda del total del Impuesto sobre la Renta causado en el ejercicio anual gravable, si lo hubiere. Luego este excedente se trasladará como crédito contra el Impuesto sobre la Renta que se cause solo en los tres ejercicios anuales subsiguientes”.

10. Cf., VIDAL HENDERSON, Enrique, *ob. cit.*, p. 10.

renta gravable¹¹, sino que (ii) el activo que sirve de base gravable se cuantifica siguiendo las reglas previstas en la Ley de Impuesto sobre la Renta, tanto las relativas a los ajustes por inflación, como aquellas relativas al descuento de las cargas por depreciación y amortización¹².

2. Fundamentos de la opinión de la Administración Tributaria que considera el Impuesto al Activo Empresarial como un tributo al patrimonio

La causa eficiente del entendible error de interpretación de la Administración Tributaria, que la llevó a concluir equivocadamente que la *desvalorización por inflación* no es la reexpresión del patrimonio neto inicial, se ubica en la afirmación según la cual el Impuesto Activo Empresarial es un tributo al *capital*: “[se trata de] un impuesto al capital que grava la propiedad de los bienes conceptualizados como activos tangibles e intangibles por la Ley, incorporados a la producción y que no es otro que el Impuesto al Activo Empresarial, señalamiento este que se contrapone a la afirmación expuesta [...] en el sentido de que el Impuesto al Activo grava la renta”¹³.

Ya hemos visto con anterioridad que el Impuesto al Activo Empresarial es un tributo indirecto (presunto) y real a la renta. Esta aseveración no es solo compartida por la más autorizada doctrina financiera, sino que se impone de la propia sistemática de la Ley y de la confesada intención del legislador: Es un tributo mínimo, complementario y conceptualmente subordinado al Impuesto sobre la Renta. Por eso, a su cálculo se acredita el Impuesto sobre la Renta. No busca superar el Impuesto sobre la Renta, ni ser más oneroso que éste. Tampoco convertirse en un tributo autónomo.

Pero, aparte de lo anterior, lo cierto es que, el Impuesto al Activo Empresarial no es un impuesto al capital como equivocadamente afirma la Administración Fiscal. La base de cálculo revela que no son admisibles los descuentos de los pasivos que financian los activos del contribuyente. En un impuesto al capital o al patrimonio (como más apropiadamente se le refiere) la base de cálculo viene cifrada por el *patrimonio neto*, esto es, por el total del activo gravable menos los pasivos que lo financian.

La Ley de Impuesto al Activo Empresarial no contempla tales descuentos cifrando la base de cálculo al activo bruto (*gross assets*), esto es, sin descuento de los pasivos asociados a la adquisición de tales bienes, salvo la precisión que de su valor será descontada la depreciación o amortización que corresponda.

11. *Artículo 1*. “Se crea un impuesto que pagará toda persona jurídica o natural comerciante sujeta al Impuesto sobre la Renta, sobre el valor de los activos tangibles e intangibles de su propiedad, situados en el país o reputados como tales que durante el ejercicio anual tributario correspondan a dicho impuesto, sean incorporados a la producción de enriquecimiento proveniente de actividades comerciales, industriales o de explotación de minas o hidrocarburos y actividades conexas”.

12. *Artículo 4*. “La base imponible está constituida por el monto neto promedio anual de los activos gravables determinados de la siguiente manera:

1) El valor de los activos será el promedio simple de los valores del inicio y cierre del ejercicio.

2) A los costos de los bienes, valores y derechos monetarios, menos la desvalorización por efectos de la inflación, se le añadirán los valores actualizados tenidos conforme a las disposiciones establecidas en el Artículo IX de la Ley de Impuesto sobre la Renta y su Reglamento, para la fecha de inicio y cierre del ejercicio gravable, menos la suma de las depreciaciones y amortizaciones acumuladas que les corresponda, a los fines del Impuesto sobre la Renta, si las hubiere”.

13. *Cf., op. cit.*, p. 2.

Si el activo empresarial fuera un tributo al capital o al patrimonio, forzosamente debería contemplar el descuento de los pasivos del contribuyente, cosa que no se hace, lo que descubre la incorrección de la premisa del razonamiento fiscal¹⁴.

De otro lado, es inexacto señalar -como lo hace la opinión administrativa- "... que el Impuesto al Activo Empresarial grava la propiedad de los activos y esa es la razón por la que se excluye de la base imponible a los pasivos"¹⁵.

El Impuesto al Activo Empresarial no grava la propiedad sobre el activo; grava la renta del contribuyente medida presuntivamente a través "...del valor de los activos tangibles e intangibles [...] propiedad [del contribuyente], situados en el país o reputados como tales, que durante el ejercicio anual tributario correspondiente a dicho impuesto, estén incorporados a la producción de enriquecimientos provenientes de actividades comerciales, industriales o de explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas"¹⁶. La Administración Tributaria confunde el *hecho imponible* con la *materia gravable* del Impuesto en comentarios, lo que razonablemente se explica por su naturaleza indirecta. Tal como ha sido hartamente dicho, el Impuesto pretende ofrecer una medida alternativa de la renta. Esa medida no es efectiva, sino analítica, esto es, a través del dato aislado que ofrece el valor de los activos y el potencial generador de renta que se estima produce el activo. Por eso, la renta es la materia gravable, la capacidad contributiva subyacente que se dirige a incidir el tributo; su formulación normativa justificada por razones recaudatorias y de simpleza operativa, dimensiona la medida en cuestión sobre los activos y su cuantía bruta.

14. Es más, la opinión del SENIAT. cita al autor argentino GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, volumen II, Edición Depalma, Buenos Aires 1993, p. 933 y ss., en auxilio del argumento sobre la naturaleza del Impuesto al Activo Empresarial como un Impuesto al patrimonio. A ese respecto señala que esa forma de imposición anual complementa el gravamen a la renta, omitiendo considerar que el mismo autor advierte que en la República Argentina el tributo en comentarios se determina como la diferencia entre el activo y el pasivo al final del ejercicio (*ob cit.*, p. 936), esto es, se evidencia plenamente que el tributo al que se refiere el autor citado no es el impuesto al activo sino a un verdadero impuesto al patrimonio, es decir, el que resulta de la diferencia entre el activo y el pasivo (patrimonio neto) y en ningún caso a su cuantía se acredita el Impuesto sobre la Renta. En efecto, cuando se habla del impuesto al patrimonio como tributo complementario de la renta, por lo menos en el contexto del discurso de Fonrouge, se refiere a un tributo autónomo, independiente del impuesto sobre la renta creado con el propósito de aprovechar al máximo el gravamen de las distintas formas de capacidad contributiva que puede exhibir un mismo sujeto, representadas en la forma de una renta ganada (a través del impuesto sobre la renta, sea directo o indirecto) una renta acumulada (a través del impuesto al patrimonio neto) o a la renta gastada (a través de los impuestos al consumo o al gasto). Siempre ha sido una recomendación sentida por los pensadores hacendísticos, que un sistema fiscal equilibrado y equitativo, horizontal y verticalmente, debe introducir estas distintas formas de imposición para asegurar una recaudación suficiente desde todas las vertientes económicas en que se puede manifestar la capacidad de un individuo para contribuir a los gastos públicos (renta, patrimonio y consumo). Este predicamento atiende al *principio de sistematización de la estructura del sistema fiscal* que busca entre otros propósitos que la imposición se estructure de manera que la combinación de impuestos constituya un todo homogéneo en cuanto a los objetivos, a fin de que no aparezcan injustificadas interferencias y lagunas en la imposición (V., NEUMARK, Fritz, *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1974, p. 399). También advierte FONROUGE que, en relación a la denominación de los tributos, "...no son más que nombres utilizados por el legislador en la ingenua creencia de que ello basta para calificar un tributo, cuando lo importante es la característica que reviste en razón de los caracteres que lo explican". (*Cf., Ibid.*, p. 933).

15. *Cf., op. cit.*, p. 2.

16. Artículo 1 de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial.

III. LA DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN COMO REEXPRESIÓN DEL PATRIMONIO NETO INICIAL

El Capítulo II de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales contiene las normas que precisan la base de cálculo del impuesto, de los artículos 4 al 13. En principio se puede señalar que la base de cálculo consiste en el *activo promedio neto gravable*.

A estos fines, la Ley establece una serie de reglas, unas relativas (i) a la valoración de los activos gravables y otras referentes a (ii) la inclusión o exclusión de ciertos activos de la base imponible, dependiendo fundamentalmente del tipo de contribuyente de que se trate.

La regla básica de valoración es la contenida en el artículo 4 de la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales. El valor neto promedio del activo gravable es el *promedio simple de los valores al inicio y cierre del ejercicio*, con la advertencia que los costos de dichos activos se añadirán (i) los valores actualizados conforme a la normativa sobre ajustes por inflación para las fechas de inicio y cierre del ejercicio gravable, menos las sumas de las depreciaciones y amortizaciones acumuladas que correspondan conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta, si las hubiere, y (ii) se restarán las *desvalorizaciones* por efectos de la inflación.

(i) El *valor promedio al inicio y cierre del ejercicio* es la sumatoria del valor histórico del activo existente a comienzos del ejercicio más el valor neto del activo existente al cierre del ejercicio dividido entre dos.

-El valor histórico del activo gravable existente al *comienzo* del ejercicio es el valor neto actualizado de los mismos activos existentes al cierre del ejercicio inmediatamente anterior.

-El valor del activo gravable existente al *cierre* del ejercicio es la categoría más importante. Se trata de la sumatoria del valor neto de todos los activos al cierre del ejercicio. Aquí hay que prestar particular importancia si se trata de activos no monetarios, esto es, aquellos que se autoprotegen de la inflación, tales como muebles, inventarios, inversiones. Su valor será el reexpresado al cierre del ejercicio conforme a la variación del índice de Precios al Consumidor si dichos activos provienen del ejercicio anterior o desde el mes de su adquisición, si han sido incorporados durante el ejercicio.

Recuérdese que el reajuste de los activos no monetarios se traduce en un cargo (aumento) a la cuenta del activo mismo, en la magnitud antes considerada¹⁷, aparte de significar un incremento de la renta gravable¹⁸.

17. *Artículo 99.* Para el caso particular de los activos fijos el reajuste regular se verifica acumulando a la partida *ajustes por inflación* como un aumento de la renta gravable, el incremento del valor que resulte de reajustar el valor neto autorizado de los activos fijos existentes al cierre del ejercicio gravable, según la variación anual experimentada por el Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas, elaborado por el Banco Central de Venezuela, si dichos activos provienen del ejercicio anterior o desde el mes de su adquisición, según hayan sido incorporados durante el ejercicio gravable. Es conveniente advertir que, el valor neto actualizado de los activos fijos deberá depreciarse o amortizarse en el resto de su vida útil (Artículo 99, último aparte). Obsérvese que el sistema en comentarios contempla la revalorización de los bienes del activo fijo existentes al cierre del ejercicio o que se incorporen durante el mismo; no contempla la actualización de aquellos bienes que no figuran en el activo a la fecha del balance. Es por ello que, si un bien de esta naturaleza es enajenado durante el ejercicio, para determinar la ganancia o la pérdida de la operación, deberá compararse el valor neto fiscal del bien al tiempo del

En el caso particular de los activos fijos tangibles o no, el valor neto del activo es después de sustraer la carga por depreciación o amortización, respectivamente, calculada sobre el valor reexpresado según ordena el artículo 99 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, esto es, la precisión neta del valor del activo al cierre del ejercicio es después de descontar la depreciación o amortización, también actualizada conforme a lo previsto en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su Reglamento.

Por el contrario, los activos monetarios no se reexpresan. Se trata de aquellos activos que no se protegen contra la inflación, por tener un valor de liquidación fijo. Su valor de comienzo del ejercicio expresado en moneda de curso legal o desde la fecha de su incorporación al activo gravable será igual a su valor de cierre. Los activos monetarios son todas aquellas partidas del balance representadas en saldos monetarios o inversiones en bolívares, tales como haberes en caja y bancos, cuentas y efectos por cobrar.

(ii) En una forma ambigua, muy oscura y hasta carente de toda técnica sistemática, la Ley de Impuesto al Activo Empresarial en su artículo 4, ordinal 2º, encabezado, señala que, de los valores del activo gravable, se rebajarán las “...desvalorizaciones por efectos de la inflación”. *Literalmente señala: “a los costos de los bienes, valores y derechos monetarios, menos la desvalorización por efectos de la inflación” y luego agrega “... se le añadirán los valores actualizados obtenidos conforme a las disposiciones establecidas en el Título IX de la Ley de Impuesto sobre la Renta, y su Reglamento para las fechas de inicio y cierre del ejercicio gravable, menos las sumas de las depreciaciones y amortizaciones actualizadas que les corresponda, a los fines del Impuesto sobre la Renta si las hubiese”.*

La forzosa pregunta del caso es qué se entiende por *desvalorización por efectos de la inflación* que se rebajan de la base de cálculo. La Ley nada aclara a este respecto y tampoco la Ley de Impuesto sobre la Renta conceptúa esta categoría; sin embargo, se puede identificar en la preceptiva sobre ajustes por inflación los supuestos que implícitamente constituyen *desvalorizaciones por inflación*. En nuestra opinión se trata de todos aquellos supuestos en los que *legalmente* se presume existe una pérdida por exposición a la inflación y más concretamente aquellos que la Ley de Impuesto sobre la Renta traduce como una disminución de la renta gravable. Fundamentalmente el reajuste de patrimonio neto inicial, el reajuste de los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y el reajuste de los pasivos no monetarios existentes al cierre del

último balance anual con el precio de venta, para determinar el resultado, excluida la depreciación o amortización que corra desde el momento del ejercicio al mes de enajenación.

Finalmente, es pertinente resaltar como el abono ha resultado que se origina en el reajuste en comentarios, se verifica sin que se realice un real enriquecimiento, esto es, no se produce la disponibilidad fiscal de algún incremento de patrimonio en los términos en que la Ley tiene establecido el requisito de la disponibilidad de la renta (Artículo 3). Es por esto que, la traducción ha resultados de los distintos reajustes, sin que haya una efectiva disponibilidad o realización del enriquecimiento, constituye una importante excepción al principio en comentarios. De esta forma -con toda razón- el legislador de la reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, reconoce la excepción en comentarios y proclama la definición del enriquecimiento neto gravable, sin perjuicio de las importantes excepciones que supone el sistema de ajuste por inflación. (Artículo 2).

Cuanto ha sido dicho con anterioridad en relación al reajuste de los activos fijos y la importante excepción que supone al principio de la disponibilidad del enriquecimiento correspondiente -no obstante su no realización- es una constante que se presenta con el reajuste de otras partidas no monetarias del activo, tales como los inventarios e inversiones, como podrá apreciarse más adelante (Artículos 100, 101 y 102) V., ROMERO-MUCI, Humberto, *Los Ajustes por Inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 147.

18. Artículos 98 y 99.

mismo. En mi opinión, es perfectamente acertado rebajar de la base de cálculo del Impuesto al Activo las desvalorizaciones que sufre el balance por exposición a la inflación.

En efecto, la *desvalorización por inflación* constituye una categoría integradora de la base de cálculo del Impuesto al Activo Empresarial, que como tal es un elemento de la esencia y estructura del tributo, de forzosa y estricta reserva legal, *ex-artículo 4*, ordinal 1º del Código Orgánico Tributario, en concordancia con el dispositivo 224 constitucional¹⁹.

Como ha sido hartamente dicho, la Ley de Impuesto al Activo Empresarial no desarrolla esta categoría conceptual, y mucho menos establece la metodología para su cuantificación. Tratándose de una materia de estricta reserva legal la omisión en cuestión es insalvable por el reglamentista -quien tampoco se pronuncia sobre el particular- y mucho menos por la Administración Tributaria. Por eso, cualquier consulta sobre el sentido y alcance del término *desvalorización por inflación* debe forzosa-mente ubicarse en el contexto de la Ley de Impuesto sobre la Renta a la cual la Ley de Impuesto al Activo Empresarial reenvía para hacer suya las regulaciones sobre ajustes por inflación, tal como se hace evidente del artículo 4, ordinal 2º en comentarios. Además, la exacción que crea y regula la Ley de Impuesto al Activo Empresarial no es un tributo autónomo. Tal como ha sido hartamente dicho, se trata de un impuesto mínimo y complementario del impuesto sobre la renta. No lo sustituye; sólo busca asegurar un mínimo recaudatorio por concepto de Impuesto sobre la Renta, cuantificando la renta *presuntivamente* (no efectivamente como lo hace la Ley de Impuesto sobre la Renta) en

19. Con arreglo a la garantía constitucional de la reserva legal tributaria, sólo por Ley podrá cobrarse cualquier impuesto o contribución (Artículo 224 de la Constitución de la República). Así las cosas, el Estado sólo puede establecer sacrificios patrimoniales a sus súbditos mediante una Ley en sentido formal, esto es, aquellas fórmulas jurídicas que por ser expresa voluntad soberana, legítimamente constituida, manifestada en la forma de una solemnidad establecida, tiene la virtualidad de obligar al tiempo que permite en su caso la apertura de los mecanismos previstos para el control jurídico de tal decisión.

De manera más acabada el Código Orgánico Tributario, Ley cuadro en la materia en comentarios, reforzando la reserva en cuestión, reclama la intervención directa de la Ley para la creación, modificación y supresión de tributos y específica como dominio exclusivo del Legislador (y excluyente en consecuencia) la regulación de los elementos esenciales de la estructura del mismo, esto es, el hecho imponible, la base de cálculo, los sujetos de la obligación tributaria y la alícuota correspondiente. Para el Código Orgánico Tributario, norma cuyo objeto es precisamente la disciplina de la producción normativa en materia tributaria (*norma sulla normazione*) radicaliza la exigencia de la reserva legal hasta el punto de hacer expresa la prohibición de delegación de la definición y fijación de los elementos integradores del tributo, así como las demás materias señaladas como de reserva legal por el mismo artículo cuarto de dicho Código.

Pero también la legalidad tributaria tiene incidencia en la esfera de aplicación del derecho tributario, esta vez conocido como el *principio de legalidad administrativo* o simplemente como *principio de preeminencia de la Ley*, que exige la conformidad de la administración en todos sus actos al derecho. Especial significación merece la actuación de la Administración en el plano normativo de aplicación de la Ley creadora del tributo; nos referimos no a la cuantificación individual de la carga tributaria correspondiente al sujeto incidido, sino al plano más general del desarrollo normativo de la Ley Tributaria en vía reglamentaria. Aquí, la intervención administrativa está sometida a una serie de principios y reglas que condicionan la eficacia del Reglamento y que garantiza la primacía de los derechos objeto de regulación reservada a la Ley.

Aunque los principios de jerarquía y congelación del rango pueden alterarse excepcionalmente por razón de la técnica de la delegación, como veremos este expediente está prohibido en materia tributaria, de modo que, la prolongación singular del poder normativo de la administración no tiene en este campo del derecho cabida, limitándose a las simples tareas de complementación y desarrollo de lo regulado legalmente". Cf., ROMERO-MUCI, Humberto, "La garantía de la reserva legal tributaria, deslegalización y exceso reglamentario: el caso de los reglamentos de la Ley de Pilotaje" en *Revista de Derecho Tributario* n° 73, AVDT, Caracas octubre-diciembre, 1996, pp. 46 y 47.

función del *valor promedio neto del activo* generador de renta gravable a los fines del Impuesto sobre la Renta.

Tampoco la Ley de Impuesto sobre la Renta y su Reglamento desarrollan *expresamente* la categoría conceptual *desvalorización por inflación*; sin embargo, si lo hace implícitamente. Se trata de un *concepto jurídico determinado*, pues encuentra su desarrollo en los dominios normativos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, lo cual lo convierte en una noción cuyo ámbito es delimitado de manera inequívoca y precisa, característica definitoria precisamente de los conceptos jurídicos determinados. Desvalorización por inflación sugiere pérdida de valor por exposición a la inflación. Tal pérdida de valor es identificada, contemplada y medida a través de la reexpresión de todas aquellas partidas que se traducen en una disminución de renta por exposición a la inflación, tales como el reajuste del patrimonio neto inicial, reajuste de los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y el de los pasivos no monetarios existentes al cierre del mismo.

No debe llamar a dudas en relación a cuanto hemos sentenciado con anterioridad -la implícita correspondencia de las *desvalorizaciones por inflación* con las reexpresiones que significan disminuciones de renta en la Ley de la materia- el hecho que no exista una expresa referencia en la Ley del Impuesto al Activo Empresarial en el sentido comentado, esto es, una concreta regulación que considere la *desvalorización por inflación* como las *disminuciones de renta por reexpresión a que se refiere la Ley de Impuesto sobre la Renta*.

La ausencia de tal referencia expresa no implica la existencia de un vacío normativo a este respecto; vacío normativo que sería *insalvable* en atención a las exigencias de la reserva legal tributaria que predica, tal como señalamos, la regulación por la Ley de todo lo relativo a la esencia del tributo, incluido los extremos de la base de cálculo.

En efecto, en el caso presente no existe vacío normativo alguno en cuanto al sentido y alcance de la expresión *desvalorización por inflación*.

El hecho que la Ley del Impuesto al Activo Empresarial no defina expresamente esta categoría conceptual no implica que la misma carezca de contenido y más concretamente de regulación en los dominios de la reserva legal tributaria. La desvalorización por efecto de la inflación es tratada y cuantificada en la Ley de Impuesto sobre la Renta a través de la reexpresión de todas aquellas partidas que la Ley en cuestión, en conformidad con el mecanismo de corrección monetaria que regula y desarrolla, trata como una disminución de la renta gravable, porque presume como un perjuicio por exposición a la inflación y permite, en consecuencia, su deducción para compensar sus efectos a los fines de una medición *real* de la renta gravable. Se trata de una *proposición implícita* perfectamente congruente con las exigencias de la reserva legal tributaria, pues resulta una consecuencia lógica de las regulaciones de la Ley de Impuesto sobre la Renta sobre ajustes por inflación, esto es, se trata de la típica norma o proposición implícita -de igual entidad que la norma expresa- la cual constituye un producto lógico derivado de la norma expresa. Recuérdese que “...quien afirma una proposición, afirma también todas las consecuencias que están lógicamente implicadas por ella, esto es, que son sus consecuencias lógicas”,²⁰.

20. Cf., BULUGIN, Eugenio, *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia 1978, p. 53.

A diferencia de los métodos de corrección monetaria para fines financieros tal como la Declaración de Principios de Contabilidad N° 10 (DPC-10) y sus actualizaciones, la preceptiva sobre ajustes por inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta no prevé una corrección expresa de las partidas monetarias²¹, las cuales por su naturaleza son aquellas cuya tenencia conlleva pérdida de poder adquisitivo por exposición a la inflación. En el Impuesto sobre la Renta esa reexpresión se verifica en forma *indirecta* a través de la corrección del patrimonio de comienzos del ejercicio, de los aumentos de patrimonio ocurridos durante el ejercicio y de los pasivos monetarios existentes al cierre. La primera categoría (patrimonio neto inicial) contiene tanto partidas monetarias como no monetarias y el legislador presume que su proporción no varía desde comienzos del ejercicio hasta su cierre. En el sistema de la Ley de Impuesto sobre la Renta -congruentes con la definición de su base imponible- el legislador trata de medir el incremento neto de patrimonio (renta) en términos reales. Para ese fin contrasta las medidas del patrimonio entre dos balances de períodos impositivos consecutivos, comparando los saldos de los dos cierres, esto es, comparando los patrimonios inicial y final, añadiendo a la cifra anterior los dividendos en efectivo y los retiros de capital y les resta los aportes de capital obteniendo precisamente la utilidad del ejercicio. Las cifras históricas se actualizan en moneda constante a la fecha de cierre del ejercicio, obteniéndose la variación o afectación del patrimonio por exposición a la inflación del período. Finalmente, para conocer la ganancia o pérdida por exposición a la inflación, el resultado anterior (la reexpresión del patrimonio por exposición a la inflación), se suman las reexpresiones de los activos no monetarios existentes al cierre del ejercicio y se restan las reexpresiones de los pasivos no monetarios. Todos estos valores se concilian en la cuenta *reajuste por inflación*. Si el saldo es acreedor es porque el contribuyente se benefició con la inflación; si por el contrario, el saldo es deudor, es porque el contribuyente se perjudicó con la inflación y ese perjuicio se reconoce como una disminución de la renta gravable. Que el legislador de la Ley de Impuesto sobre la Renta no hable de la reexpresión de *cuentas monetarias* o de *desvalorización por inflación*, no quiere decir que no las tome en cuenta. En realidad lo hace en forma *indirecta* a través de la reexpresión de patrimonio neto inicial, de las variaciones del patrimonio y de los pasivos no monetarios, ocurridas durante el ejercicio en la forma dicha. Así lo afirma el profesor José Antonio Yanes cuando compara el sistema de ajustes por inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta y el sistema previsto en la DPC-10:

Por esta razón la Ley no habla de resultados monetarios o de cuentas monetarias y cuando lo hace es en forma indirecta. El hecho de que no los mencione no quiere decir que no los tome en cuenta. Los resultados son los mismos haciéndolos en la forma establecida en la Ley de Impuesto sobre la Renta o en la forma contable de la Declaración DPC-10. Obviamente en el caso de la Ley tiene una finalidad fiscal específica, pero para efectos administrativos nosotros no podremos proceder así y tenemos que reexpresar también el estado de resultados para conocer todas las implicaciones de los ajustes; sino sería como eliminar el estado de ganancias y pérdidas de la contabilidad histórica y reemplazarlo por la simple diferencia entre los dos balances generales²².

21. Contrariamente así lo dispone el DPC-10, Principio n° 13: "La metodología de precios constantes expresa las partidas monetarias a la fecha del último balance general a su valor nominal. Las partidas monetarias a fechas anteriores se presentan a sus valores respectivos pero reexpresados al dividir esos valores entre el índice de precios a la fecha respectiva y multiplicarlo por el índice de cierre". Cf., *Normas para la elaboración de Estados Financieros Ajustados por efectos de la inflación*, Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, p. 4.

22. Cf., YANES, José Alberto, *Manual de Ajustes por Inflación*, Valencia 1993, p. 292.

No compartimos el criterio de algún sector de la opinión jurídica -al que se suma la comentada opinión de la Administración Tributaria- que pretende considerar que la *desvalorización por inflación* es (i) sólo imputable a los *activos monetarios* en razón que, la Ley sólo tiene por objeto el gravamen de los activos productores de renta, y también por la inmediatez de la frase en cuestión al término *derechos monetarios* (“...a los costos de los bienes, valores y derechos monetarios, menos la desvalorización por efectos de la inflación”), así como (ii) sin mediar ninguna disposición expresa de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial sobre el particular, artificialmente disponen la deflación de tales activos en base a métodos que no tienen base legal. Algunos calculan la desvalorización en cuestión en base al promedio simple de los activos monetarios existentes durante el ejercicio, deflactado por la variación del Índice de Precios al Consumidor acumulado durante el mismo período; otros calculan promedios ponderados, etc.

En *primer* lugar, pretender que la *desvalorización por inflación* es sólo imputable a los *activos monetarios*, constituye una verdad a medias que omite considerar que, la materia gravable en el impuesto al activo es la renta misma y no los activos. Tal como ha sido hartamente dicho y demostrado, se trata de un impuesto complementario al tributo a la renta, que la cuantifica en base a un método presuntivo o indiciario: el valor neto de los activos existentes durante el ejercicio, deducida la *desvalorización por inflación*. Como tal método presuntivo, la ficción sólo pretende simplificar una realidad extrajurídica y concretar una realidad distinta y propia para cumplir sus fines: Presumir una medida potencial de la renta a partir del valor de los activos destinados a la generación de aquélla. En el derecho tributario este proceso de concreción no puede separarse de los principios y garantías constitucionales asociados al ejercicio de la facultad de creación de los tributos. Por eso, si el impuesto al activo grava la renta y ésta tiene una medida legal en términos reales, esto es, depurada de los efectos causados por la inflación, la *desvalorización por inflación* no se refiere -ni puede referirse- exclusivamente al activo monetario. Por el contrario, se extiende a todas las partidas del balance por cuya virtud se puede medir el resultado por exposición a la inflación²³.

En *segundo* lugar, pretender la medición de la *desvalorización* de los activos monetarios en base a métodos que no tienen base legal, constituye una infracción a la garantía de la reserva legal que solo admite la regulación de la base de cálculo del tributo en base a normas de rango legal, aparte de que la ausencia de regulación legal sobre el asunto, es la prueba misma de que el legislador no limitó la *desvalorización por*

23. Debe recordarse que en los casos en que la Ley, para simplificar la determinación de la base imponible recurre a valores a *forfait*, si bien ésta puede venir impuesta por una exigencia de certeza y aplicabilidad de la Ley, lo cierto es que, ésta debe armonizarse con el principio de capacidad contributiva. Su realización más o menos precisa está en función de la recepción por la Ley, de los índices de aquella capacidad al definir los hechos y bases imponibles o parámetros de modo tal que se ajusten a las exigencias y naturaleza de los índices de capacidad económica. Tal exigencia puede formularse diciendo simplemente que los conceptos legales deben recoger, directa o indirectamente, en todos sus elementos esenciales, aquellos conceptos o categorías económico-financieras *naturales*, prejurídicos, o lo que es lo mismo, que la realización del principio de capacidad contributiva debe servirse por el legislador evitando en lo posible, entre otras cosas, incurrir en ficciones de derecho al definir en la Ley los hechos imponibles y los elementos de la base imponible teniendo presente que, *Si la desviación en el uso de la ficción de derecho se produce y el concepto legal difiere del económico o natural, puede sufrir gravemente el principio de capacidad contributiva. La ficción de derecho, puede ser antijurídica, inconstitucional, en la medida que, claramente contravenga el principio de capacidad contributiva y este principio esté definido en una norma de derecho positivo con rango constitucional.* Cf., PÉREZ DE AYALA, José Luis, *Las Ficciones en el Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1970, pp. 113 y 115.

inflación en cuestión con referencia exclusiva a los activos monetarios, sino a todas las partidas del balance de carácter monetario. Cualquier mecanismo de corrección que se utilice para pretender la reexpresión de las partidas monetarias a los fines de la Ley de Impuesto a los Activos, estaría al margen de la Ley y significaría una infracción a la garantía de la reserva legal tributaria, pues sólo la Ley y nada más que ésta puede regular extremos de la base imponible del impuesto. La utilización de un método de cálculo como el comentado se haría más infundada cuando se tiene presente que tampoco la Ley delega en el Reglamento la regulación de este particular y este último omite toda previsión sobre el asunto.

Resulta particularmente evidente en el sentido comentado, la opinión administrativa sobre el “*modo de cálculo de la desvalorización*” y en concreto el índice deflactor. La Administración Tributaria considera que: “...*la única forma de calcular los efectos inflacionarios que acepta [esa] Administración Tributaria, es la que viene dada por el uso de un índice inflacionario denominado índice de precios al consumidor, fijado por el Banco Central de Venezuela para el Área Metropolitana de Caracas, el cual se tomará como parámetro a tenor de lo establecido en las disposiciones regulatorias de los ajustes por inflación contemplados en la Ley de Impuesto sobre la Renta*²⁴. Citando a James Ottis Rodner señalan que: “...*la inflación está representada por un número que corresponde al cambio proporcional del precio de las cosas entre dos períodos de tiempo diferente, este número se denomina índice inflacionario o índice de inflación*”. Asimismo señala que “...*tales índices normalmente son calculados por la autoridad monetaria de un país, mismo (sic) que en Venezuela es calculado por el Banco Central y en base a las variaciones de precios al consumidor*.”

De lo antes expuesto es menester concluir que el contribuyente para el cálculo de la base imponible indicada en la norma, deberá tomar en consideración sólo lo allí expresado, por lo que la desvalorización por inflación sólo será aplicable a los activos monetarios y se calculará tomando como parámetro la variación ocurrida en el índice de precios al consumidor ocurrida en los períodos respectivos²⁵.

Obsérvese el apresuramiento de la Administración cuando concluye simplistamente que la única forma de calcular la inflación es la que viene dada por el índice de precios al consumidor. ¿Es qué acaso esa es la única forma de medir la inflación? ¿Es ese el único índice elaborado por el Banco Central de Venezuela? ¿Porqué la Administración selecciona el índice de precios al consumidor y no el índice general de precios al por mayor, o alguna de las especies de estos índices como el índice de precios del sector textil, de la construcción? Todas estas son también expresiones estadísticas de la inflación.

La Administración señala que el índice en cuestión, es el utilizado por la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de ajuste por inflación. Pero lo que omite considerar la Administración Tributaria es que las reexpresiones que ordena la Ley de Impuesto sobre la Renta en tal sentido y mediante el índice de precios al consumidor son para las partidas no monetarias del balance,²⁶ el patrimonio neto de comienzos del ejercicio²⁷ y los aumentos y disminuciones de patrimonio ocurridos durante el mismo²⁸. Sólo la

24. Cf., *op. cit.*, p. 3

25. *Op. cit.*, p. 4.

26. Artículos 91, 93 y 94.

27. Artículo 103.

28. Artículos 104 y 105.

primera reexpresión se traduce en una ganancia por exposición a la inflación; las restantes son ficciones legales que tienen por consecuencia jurídica pérdidas por exposición a la inflación, esto es, *desvalorización por inflación*. Lo decisivo, en todo caso, es que las mediciones en cuestión tienen plena base legal. En todos los casos la Ley de Impuesto sobre la Renta ordena estas reexpresiones y su cuantificación mediante el deflactor índice de precios al consumidor. En ningún caso se produce una improvisada medición y arbitraria selección de un deflactor que no regula la Ley de Impuesto al Activo Empresarial para el “*activo monetario promedio del ejercicio, según el I.P.C. del período en cuestión*”.

Tampoco consideramos que el supuesto vacío normativo -que no existe- sobre la calificación y cálculo de la “*desvalorización por inflación*” debe realizarse en atención a consideraciones de tipo contable. Ante todo la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales es una categoría jurídica y como tal debe ser interpretada. Las consideraciones contables sólo serán jurídicamente relevantes en la medida que la propia Ley o su Reglamento a estas reenvíen o mientras no exista formal prohibición legal (expresa o implícita) sobre el particular concepto o institución de que se trate: “*Cuando las normas tributarias de los impuestos a la renta o patrimonio neto no prevean la situación fáctica que se presente o debe interpretarse la medición de su base, serán de aplicación las normas de la contabilidad*”²⁹.

De otro lado, si el impuesto en consideración sólo gravase las cuentas del activo ajustado por inflación año a año, sin tomar en cuenta la desvalorización de los pasivos no monetarios y cuentas de patrimonio que financian esos activos, sean o no monetarios, entonces, los efectos del impuesto serían confiscatorios a los pocos años de aplicación del mismo, independientemente que la alícuota del tributo sea de un uno por ciento (1%). Al cabo de varios años el impuesto acabaría no solo con la renta, sino con el capital mismo, convirtiéndose en una exacción expoliatoria, prohibida por la Constitución *ex*-artículo 102 en concordancia con el 99³⁰.

Debe recordarse e insistirse en que el Impuesto al Activo Empresarial busca ser un tributo mínimo y complementario del Impuesto sobre la Renta. Un impuesto marcador. No persigue ser un sustitutivo del Impuesto sobre la Renta o ser más oneroso que tal. Si para fines Impuesto al Activo no se toma en cuenta la desvalorización por inflación en la forma dicha, se corre el riesgo que la presión del impuesto será por mucho más elevada que la del mismo Impuesto sobre la Renta del que pretende ser un impuesto mínimo y complementario³¹.

29. Cf., REIG, Enrique Jorge, “Conflictos entre Normas Impositivas y los Principios de Contabilidad” en *Revista de Derecho Tributario* n° 62, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas enero-marzo 1994, p. 23.

30. V., LEÁÑEZ BERRIZBEITIA, Eduardo, “El Impuesto a los Activos Empresariales y el proyecto de Ley” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 93, Año XXXIX, Caracas 1994, p. 367.

31. Con todo acierto se ha señalado que como impuesto mínimo a la renta empresarial, el Impuesto al Activo Empresarial funciona como una suerte de *impuesto de capitación empresarial (poll tax)*. V., VIDAL HENDERSON, Enrique, *op. cit.*, p. 8. Asimismo, estas formas de imposición que no consultan la capacidad real de pagos del ciudadano (capitación) son consideradas fenómenos históricos superados, precisamente porque son ajenas a las formas de racionalidad que exige el sistema fiscal. V., PADRÓN AMARÉ, Oswaldo, “Inflación y Tributación” en *Inflación y Derecho, XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 1994, p. 215.

Por eso, simétricamente deben descontarse del activo gravable las revalorizaciones del patrimonio neto inicial y las revalorizaciones de los aumentos de patrimonio y de los pasivos no monetarios, como tales desvalorizaciones por inflación.

A pesar de que consideramos que el término *desvalorización por inflación* es un concepto jurídico determinado, esto es, no existe límite impreciso en su enunciado, aún si se considera el término en cuestión como un *concepto jurídico indeterminado*, a todo evento su recepción estaría sometida a las rígidas exigencias de la reserva legal y de la legalidad administrativa, pues “...*el legislador al recibir dicho concepto, [le debe dar] un contenido técnico, que permita su determinación indirecta por referencia a las nociones elaboradas en las correspondientes disciplinas técnicas, al tiempo que [debe fijar] los medios y límites a los que deben ajustarse las oportunas facultades de apreciación y valorización de la administración*”³². Es de recordar que el *concepto jurídico indeterminado* requiere precisamente una aplicación de la Ley que admite una única solución justa y adecuada a Derecho y, que en consecuencia, no permite ningún tipo de discrecionalidad por parte de la Administración, a la hora de interpretar y aplicar dicho concepto en el ejercicio de su función pública.

Asimismo, en el supuesto de constituir un *concepto jurídico indeterminado*, la determinación del concepto es un esfuerzo exclusivo de interpretación, esto es, de estricto alcance declarativo. Nunca podría tener alcance constitutivo, pues aparte de implicar una usurpación de la función legislativa y una conculcación de la garantía de la reserva legal tributaria, la materia tributaria está absolutamente reglada. De la misma estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial demuestra el propósito *complementario* respecto del Impuesto sobre la Renta, cuando este último se dispone como un pago a cuenta del Impuesto al Activo Empresarial, asegurando un mínimo recaudatorio³³, de modo tal que si el Impuesto sobre la Renta efectivo del período es superior al Impuesto al Activo Empresarial, esto es, al Impuesto sobre la Renta *presuntivo* la primera determinación dará por satisfecha la obligación tributaria por concepto de Impuesto sobre la Renta.

De modo que no existe espacio a la discreción administrativa, ni a la integración analógica³⁴. En consecuencia, independientemente de la calificación del término *desvalorización por inflación* como un *concepto jurídico indeterminado* o no, la Administración se encuentra en la exigencia de interpretar y aplicar dicho término de una sola y única manera, en estricto apego al texto de la Ley, sin que le sea dable, reiteramos, introducir elementos de discrecionalidad extraños a la norma legal, a los fines de la aplicación del término en cuestión.

32. Cf., PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, tomo I, Editorial de Derecho Financiero, Sexta Edición, Madrid 1991, pp. 167-168.

33. *Artículo 11* de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial: “Al monto del impuesto determinado conforme a esta Ley, se le rebajará el Impuesto sobre la Renta del contribuyente causado en el ejercicio tributario, con excepción del tributo establecido en el Artículo 91 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. En tal virtud, el Impuesto a pagar según esta Ley, será la cantidad que exceda del total del Impuesto sobre la Renta causado en el ejercicio anual gravable, si lo hubiere. Luego este excedente se trasladará como crédito contra el Impuesto sobre la Renta que se cause solo en los tres ejercicios anuales subsiguientes”.

34. V., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Quinta Edición, Civitas, Madrid 1990, pp. 455 y ss. También VALDÉS COSTAS, Javier, *Instituciones de Derecho Tributario*, Depalma, Buenos Aires 1992, p. 145.

IV. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA OPINIÓN ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL

1. Contradicción con los fines del sistema de corrección monetaria a la renta

La interpretación de la Administración Tributaria sobre el sentido y alcance de la noción *desvalorización por inflación*, a los fines del Impuesto al Activo Empresarial como *deflación del activo no monetario*, deducible de la base de cálculo del tributo en cuestión, no sólo es *inexacta* jurídicamente -tal como hemos expuesto *in extenso supra*- sino que se traduce en una medida discriminatoria e incongruente con los fines de imposición a la renta, particularmente en su exposición a la inflación.

En la práctica, la forma de entender la desvalorización por inflación en la forma dicha, también desorbita la irracionalidad de suyo de esta forma presuntiva de imposición a la renta, lo cual exhibe paradigmáticamente su carácter máximamente injusto y en los hechos concreta perversos efectos de interferencia en la libre disposición de los recursos privados. Así las cosas, se hace más evidente que el Impuesto al Activo Empresarial conspira contra los principios más elementales de imposición.

El propósito del sistema de corrección monetaria por inflación de la base de cálculo consagrado en la Ley de Impuesto sobre la Renta, consiste en corregir las distorsiones de la inflación sobre las mediciones de la renta, de tal forma que el gravamen recaiga sobre una medida de la capacidad contributiva expresada en términos reales y no meramente nominales superados por la inflación. De esta forma, el impuesto pretende gravar al que se beneficia con la inflación y desgravar a aquél que se perjudica con la misma.

La tesis de la *desvalorización por inflación* como *deflación del activo monetario promedio* se traduce contradictoriamente en que esta forma de imposición indirecta a la renta, favorece, en oposición con los fines de la Ley de Impuesto sobre la Renta, a aquellos contribuyentes que se *benefician* con la inflación y desfavorece a aquellos que se *perjudican* por causa de ella.

Esa situación, aparte de constituir una inconsistencia entre la forma de imposición indirecta a la renta y aquella directa, configura, principalmente, una forma de *discriminación* contra los contribuyentes que invierten su patrimonio en activos no monetarios, esto es, aquellos que invierten sus propios recursos en la adquisición de activos que se protegen de la inflación, respecto de aquellos que, a su vez, se benefician porque invierten fondos ajenos o prestados en activos monetarios.

En efecto, los perjuicios o beneficios por exposición a la inflación dependen de la estructura patrimonial de cada contribuyente, particularmente de la composición monetaria o no de los activos y pasivos.

En principio, la tenencia de activos no monetarios implica un beneficio por exposición a la inflación, particularmente cuando la adquisición de dichos activos no está respaldada con fondos propios del contribuyente, sino con dinero de curso legal prestado por terceros, esto es, cuando el activo no monetario está financiado con un pasivo monetario.

A los fines de las ficciones legales del ajuste por inflación, el activo no monetario debe reexpresarse y tal corrección se traduce en los resultados del ejercicio como un

ingreso no disponible, pero gravable³⁵. Si el activo no monetario está financiado por el patrimonio, entonces, la corrección de esta magnitud, se reexpresa como un gasto (pérdida), deducible a los fines del cálculo del enriquecimiento neto global gravable del período³⁶. El resultado neto será neutro: Ni de ganancia, ni de pérdida, pues la ganancia en el activo por exposición a la inflación, se compensa con la pérdida en el patrimonio, igualmente expuesto a la erosión inflacionaria. La situación de ganancia por exposición a la inflación por tenencia de activos no monetarios, se afecta por la incidencia del impuesto cuando el ingreso que tal reexpresión supone no puede ser compensado con la misma reexpresión del patrimonio o de algún pasivo no monetario, justamente por el empleo de fondos ajenos en moneda de curso legal.

En el Impuesto al Activo Empresarial se gravan en igualdad de condiciones, tanto el contribuyente que financia el activo no monetario con fondos propios, como aquél que lo hace con fondos ajenos, cuando sólo el primero -el que se financia con su propio patrimonio- sufre perjuicios por exposición a la inflación. Se trata, precisamente, de la desvalorización por inflación, tal como nosotros la entendemos. El segundo contribuyente resulta gravado en la misma medida por el impuesto al activo, pero como la desvalorización por inflación se cuantifica erradamente como deflación del activo monetario promedio y no del patrimonio neto o de pasivos no monetarios, entonces, el beneficio por exposición a la inflación es inadvertido para fines de la imposición indirecta a la renta. Así las cosas, resulta que aquél contribuyente que expone sus propios recursos en la generación de la renta, a quien la Ley de Impuesto sobre la Renta reconoce la pérdida en su patrimonio por exposición a la inflación, en el impuesto complementario, mínimo y conceptualmente subordinado que pretende gravar la renta presuntivamente (el Impuesto al Activo Empresarial), se le penaliza contradictoriamente sin descontar ese efecto -la pérdida o desvalorización por exposición a la inflación- y se le trata en igualdad de condiciones con aquél contribuyente tenedor de activos no monetarios a quien, por contra, el impuesto directo a la renta le grava el beneficio por exposición a la inflación representado en la tenencia de activos no monetarios financiados con fondos ajenos en moneda de curso legal.

La situación de distorsión y contradicción se desorbita con mayor notoriedad en el caso de aquellos contribuyentes que, en vez de generar su renta de activos no monetarios, lo hacen de activos monetarios.

A los fines de las ficciones del ajuste por inflación, el activo monetario no se reexpresa. Si el activo monetario está financiado por el patrimonio, la corrección de esta última magnitud se traduce en los resultados como una pérdida por exposición a la inflación, la cual será deducible según se dijo con anterioridad. Si por el contrario, el activo monetario está financiado con fondos de terceros en moneda de curso legal, por

35. Artículos 99, 100 y 102 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. V., notas 17 y 18, *supra*.

36. Artículo 103 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. De conformidad con la Ley (Artículo 109) los incrementos de valor que resulten del reajuste del patrimonio neto, producen una modificación de pleno derecho de la cuenta respectiva, el cual sólo podrá tenerse como tal -como patrimonio neto- a partir del primer día del ejercicio siguiente, debiendo traspasar su valor al capital o reservas.

Contrariamente, el menor valor que eventualmente pudiera resultar de dicho reajuste, será considerado una disminución de capital o reservas a contar de la misma fecha en los mismos términos antes comentados (Artículo 109 *in fine*).

Finalmente, los valores reajustados deberán tomarse en cuenta a los efectos de la determinación del costo en el momento de la enajenación de cualquiera de los activos que conforman el patrimonio del contribuyente. (Artículo 109 Parágrafo Único).

tratarse de partidas monetarias, no habrá reexpresiones legales, por lo que jurídicamente no habrá ni ganancia, ni pérdida neta por exposición a la inflación. Esta situación es perfectamente congruente con la realidad económica subyacente, pues no siendo propios los fondos invertidos en activos monetarios, el contribuyente no es afectado por la inflación.

Sin embargo, siguiendo la criticada interpretación administrativa, en el Impuesto al Activo Empresarial se desgravaría en igualdad de circunstancias, tanto el contribuyente que se perjudica con la inflación por financiar el activo monetario con fondos propios, como aquél que lo hace con fondos ajenos. Contradictoriamente, el último resulta beneficiado porque se le permite el descuento de la *desvalorización por inflación*, sin ser afectado por la erosión monetaria, ya que, tal como se dijo, se financia con fondos ajenos en moneda de curso legal.

Claro está que, en la realidad, la estructura patrimonial de cualquier contribuyente no está exclusivamente conformada por activos no monetarios, o simplemente monetarios. Tampoco la estructura de activos se encuentra financiada exclusivamente con el patrimonio o exclusivamente con préstamos de terceros. Las combinaciones pueden variar, y de hecho varían, pero empíricamente podría generalizarse afirmando que la estructura patrimonial típica en economías subdesarrolladas y afectadas por inflación, está subpatrimonializada, esto es, el activo está financiado principalmente por fondos ajenos. Esta situación se radicaliza en épocas como la presente, de alta inflación (más de un 45% anual), y con tasas activas en el mercado financiero inferiores al 30% anual, esto es, tasas de interés reales negativas. Tal circunstancia extrafiscal obliga a los empresarios a preferir financiarse con fondos ajenos y a descuidar la capitalización de las empresas. Contraproducentemente, el Impuesto al Activo Empresarial favorece esa tendencia, particularmente si los fondos prestados se destinan a la inversión en activos monetarios: se reconoce un perjuicio por exposición a la inflación que no existe, a pesar de la existencia de un beneficio oculto en el pasivo por el diferencial entre la tasa de interés activa (o costo del dinero prestado) y la tasa de inflación, que ni siquiera es gravada para fines del Impuesto sobre la Renta.

Por su parte, el contribuyente que invierte fondos propios en la adquisición de activos no monetarios (*i.e.* inmuebles, activos fijos), no puede descargar la pérdida que le supone el deterioro por exposición a la inflación que sufre su patrimonio, cuando *vis-a-vis*, aquél que financia activos no monetarios con fondos ajenos, recibe fiscalmente el mismo tratamiento, a pesar de beneficiarse por exposición a la inflación.

Vaya de muestra un ejemplo para aclarar la situación: En el cuadro “1” que aparece *infra* se describe la estructura patrimonial de cuatro contribuyentes “A”, “B”, “C” y “D”. En el cuadro “2” se contrastan los efectos de la incidencia del impuesto al activo empresarial respecto de cada tipo de contribuyente y su estructura patrimonial, demostrando los inconsistentes y discriminatorios efectos del Impuesto al Activo Empresarial.

Cuadro "1"

Estructura Patrimonial Ejercicio 1/1/97 al 31/12/97	Empresa "A"		Empresa "B"		Empresa "C"		Empresa "D"	
	Activos Monetarios (AM)	5,00%	37.000.000	5,00%	37.000.000	95,00%	734.000.000	95,00%
Activos No Monetarios (ANM)	95,00%	734.000.000	95,00%	734.000.000	5,00%	37.000.000	5,00%	37.00000
TOTAL	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.00000
Pasivos Monetarios (PM)	5,00%	37.000.000	95,00%	734.000.000	95,00%	734.000.000	5,00%	37.00000
Patrimonio (PAT)	95,00%	734.000.000	5,00%	37.000.000	5,00%	37.000.000	95,00%	734.00000
TOTAL	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.000.000	100,00%	771.00000

Los contribuyentes "A" y "B", tienen el noventa y cinco por ciento (95%) de su activo representado en activos no monetarios. El primero, financia esa posición en un noventa y cinco por ciento (95%) con recursos propios, mientras que el segundo, en la misma magnitud financia el activo con fondos ajenos en moneda de curso legal. Los contribuyentes "C" y "D" presentan una preeminencia del activo representado en activos monetarios. El primero, financia esa porción en un 95% con recursos ajenos, mientras que el segundo lo hace con fondos propios en esa misma proporción.

El Cuadro N° 2, muestra los efectos comparativos de la medida de la *Desvalorización por Inflación* como (i) deflación del activo monetario promedio o como (ii) la reexpresión del patrimonio neto inicial. En ambos casos, la corrección monetaria se verifica para una medida de la inflación de un 45% en el período tributario en consideración. Para fines del ejemplo en cuestión, se asume que no hay variación del activo entre el inicio y cierre del mismo, de suerte que el promedio simple del activo es igual activo inicial, salvo el aumento por reexpresión del activo no monetario.

El *activo promedio* es el promedio simple del valor del activo inicial más el activo final, esto es, el activo inicial más el activo final (ambos de igual magnitud) dividido entre dos.

El *valor neto promedio del activo* es el promedio simple del activo menos la desvalorización del ejercicio.

El impuesto para el mismo período es el 1% sobre la base de cálculo o valor neto promedio del activo.

Cuadro "2"

IPC=45%	Empresa "A"		Empresa "B"		Empresa "C"		Empresa "D"	
	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio
(1) Activo Monetario Inicial (AMi)	37.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000
(2) Activo No Monetario Inicial (ANMi)	734.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000
(3) Activo Monetario Final (AMf)	37.000.000	37.000.000	37.000.000	37.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000	734.000.000
(4) Activo No Monetario Final (ANMf)	1.064.300.000	1.064.300.000	1.064.300.000	1.064.300.000	53.650.000	53.650.000	53.650.000	53.650.000
(5) Promedio Simple del Activo (1+2+3+4)/	936.150.000	936.150.000	936.150.000	936.150.000	779.325.000	779.325.000	779.325.000	779.325.000
(6) Desvalorización	-16.650.000	-330.300.000	-16.650.000	-16.650.000	-330.300.000	-16.650.000	-330.300.000	-330.300.000
(7) Valor Neto Promedio (5-6)	919.500.000	605.850.000	919.500.000	919.500.000	449.025.000	762.675.000	449.025.000	449.025.000
(8) IAE (7) x 1%	9.195.000	6.058.500	9.195.000	9.195.000	4.490.250	7.626.750	4.490.250	4.490.250
(9) Aumento o Disminución del IAE		-3.136.500		0		3.136.500		0

Obsérvese cómo bajo la interpretación administrativa que predica la desvalorización por inflación como *deflación del activo monetario promedio* tanto la empresa "A" como la "B", son impactadas por el Impuesto al Activo Empresarial en una igual medida; sin embargo, sólo la primera empresa se perjudica con la inflación, fundamentalmente por financiar el activo no monetario con el patrimonio. El perjuicio por exposición a la inflación que reconoce la Ley de Impuesto sobre la Renta, es inadvertido para fines del Impuesto al Activo Empresarial e implica un exceso de impuesto de *Tres millones ciento treinta y seis mil quinientos bolívares* (Bs.3. 136.500,00) al que, por el contrario, resultaría si la desvalorización se calcula -tal como predicamos- como reexpresión del patrimonio neto inicial.

En el caso exclusivo de la empresa "B" el cálculo del efecto de la desvalorización por inflación es indiferente cualquiera que sea la forma de cálculo, porque el activo monetario es igual al patrimonio neto inicial.

Asimismo, en el ejemplo de las empresas "C" y "D", con presencia fundamental de activos monetarios, sólo la empresa "C" se beneficia por exposición a la inflación por virtud del ingreso oculto existente en el pasivo monetario que financia fundamentalmente el activo monetario.

Como según la tesis administrativa la desvalorización se procura respecto al activo monetario, la disminución de la base de cálculo es sustancial y el Impuesto al Activo Empresarial resulta idéntico al de la empresa “D”, quien por el contrario se perjudica por exposición a la inflación al financiar fundamentalmente el activo monetario con recursos propios. Si la desvalorización se calcula como deflación del activo monetario, el descuento de la base de cálculo sería sustancialmente inferior y aumentaría la carga del impuesto en *Tres millones ciento treinta y seis mil quinientos bolívares* (Bs. 3.136.500,00). Así se consideraría el beneficio por exposición a la inflación en armonía con el tratamiento que asigna la Ley de Impuesto sobre la Renta a una medida efectiva de la renta.

En la empresa “D” el cálculo del efecto de la desvalorización por inflación es indiferente, cualquiera que sea la forma de cálculo, porque el activo monetario es igual al patrimonio neto.

Así las cosas, el Impuesto al Activo Empresarial revierte contradictoriamente el propósito que persigue el Impuesto sobre la Renta de inmunizar al contribuyente contra los perjuicios por exposición a la inflación representados en el uso de sus propios recursos invertidos en activos no monetarios.

2. Interferencia en la asignación de recursos

Todo impuesto como contribución al derecho de propiedad ha de pagarse sin derecho a contraprestación y afecta a la esfera privada, cercenando la libertades dispositivas de los recursos individuales. El tributo implica una transferencia coactiva de recursos económicos al sector público que puede tener consecuencias perjudiciales en el mecanismo competitivo de los mercados y en las decisiones sobre la asignación de recursos particulares³⁷. Por eso, el tributo debe ser *neutro* en su afectación sobre la inversión individual y no discriminar sobre la forma y tipo de inversión.

En este último caso, el castigo del Impuesto al Activo Empresarial se muestra más grave cuando se considera el efecto del impuesto en varios períodos impositivos: como el impuesto se calcula sobre el activo no monetario reexpresado año a año, sin descuento de la real pérdida por exposición a la inflación, suponiendo que el activo no monetario se mantenga bajo propiedad del contribuyente por varios períodos impositivos, la base imponible irá creciendo a lo largo de tales períodos sin consideración de si el activo produce renta o no, o de su valor real, esto es, de la real capacidad contributiva subyacente.

Vaya de muestra otro ejemplo para demostrar lo antes dicho:

En el Cuadro “3” se describe la estructura patrimonial de un contribuyente cuyo activo está representado únicamente por un activo no monetario, respaldado plenamente por el patrimonio. Se considera el efecto del Impuesto al Activo Empresarial a lo largo de un período de cuatro ejercicios fiscales consecutivos asumiendo que la inflación anual es del cincuenta por ciento (50%) cada año y la situación patrimonial del contribuyente no varía, salvo la reexpresión del activo no monetario y el patrimonio neto inicial, los cuales son cargados, la primera, a la cuenta del activo mismo y la segunda, abonado a la cuenta del patrimonio, tal como ordena la Ley de Impuesto sobre

37. Cf., NEWMARK, Fritz, *op. cit.*, p. 34.

la Renta en sus artículos 99 y 103, respectivamente, por reenvío que hace la Ley de Impuesto al Activo Empresarial en su artículo 4, ordinal 2°.

Cuadro "3"

PASIVO=0	Empresa "A" 1er. Año IPC= 50%		Empresa "B" 2do. Año IPC= 50%		Empresa "C" 3er. Año IPC= 50%		Empresa "D" 4to. Año IPC= 50%	
	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio
PATRIMONIO NETO INICIAL	100,00	100,00	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50
Activo Monetario Inicial (AMi)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	,00	0,00
Activo No Monetario Inicial (ANMi)	100,00	100,00	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50
Activo Monetario Final (AMf)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Activo No Monetario Final (ANMf)	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50	506,25	506,25
Promedio Simple del Activo (1+2+3+4)/2	125,00	125,00	187,50	187,50	281,25	281,25	421,88	421,88
Desvalorización	0,00	-50,00	0,00	-75,00	0,00	-112,50	0,00	-168,75
Valor Neto Promedio (5-6)	125,00	75,00	187,50	112,50	281,25	168,75	421,88	253,13
IAE (7 x 1%)	1,25	0,75	1,88	1,13	2,81	1,69	4,22	2,53
Aumento o Disminución del IAE		60,00		60,00		60,00		60,00

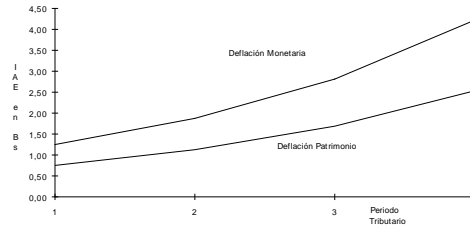


Gráfico "1"

Obsérvese como el Impuesto al Activo Empresarial, si la *desvalorización por inflación* es cuantificada como *deflación del activo monetario*, es superior año a año, al que, por el contrario, resultaría si el cálculo del impuesto se hiciera en función de la reexpresión periódica del patrimonio neto inicial. Para el ejemplo que estamos considerando, a una inflación constante interanual del 50%, la mayor presión del impuesto sería de un 40% más de impuesto. En el gráfico "1" se pueden contrastar las dos curvas del impuesto: la primera, una línea continua y ascendente que representa la medida del Impuesto al Activo Empresarial calculando la desvalorización por inflación como deflación del activo monetario promedio y la segunda, con una línea punteada, representa el Impuesto al Activo Empresarial calculando la desvalorización como reexpresión del patrimonio neto inicial.

El contraste exhibe como el Impuesto al Activo Empresarial castiga la inversión en activos no monetarios y como la presión del impuesto se hace más intensa si la desvalorización por inflación se calcula como deflación del activo monetario promedio y no como reexpresión de patrimonio neto.

El padecimiento reseñado se hace patético en el caso de aquellos contribuyentes que invierten en activos no monetarios de tipo inmobiliario, que se destinan al arrendamiento de terceras personas. Para estos activos la Ley de Impuesto sobre la Renta no admite la deducción por depreciación de los mismos. Esto obliga a que el cálculo del valor del activo para fines del impuesto al activo se verifique sobre el valor del activo ajustado por inflación, esto es, sin descuento de la depreciación acumulada y en olvido del deterioro o desgaste que es forzoso estimar para cuantificar el valor y la renta de un activo fijo, así como su reposición. Así las cosas, se hace evidente que, con el paso del tiempo, para los inmuebles arrendados a terceros, la corrección monetaria aleja los valores fiscales de los valores que realmente representan, por lo que la presión del Impuesto al Activo Empresarial tiende a ser exagerada y alejada de la realidad contributiva subyacente. Poca neutralidad, por no decir ningún estímulo brinda el Impuesto al Activo Empresarial a la inversión inmobiliaria en los arrendamientos a terceras personas³⁸.

38. En efecto, en el caso de bienes arrendados a terceros no es admitida la depreciación del activo, ya que la Ley de Impuesto sobre la Renta *ex- artículo 27, Parágrafo Noveno*, sólo permite la deducción de la depreciación de los bienes arrendados a los trabajadores de la empresa (excluyendo implícitamente la depreciación de los que no tengan ese destino). En este sentido, es útil señalar la existencia de una dispensa fiscal respecto a los activos inmobiliarios arrendados a terceros a los fines del Impuesto al Activo Empresarial. Nos referimos particularmente

De otro lado, en el Cuadro “4” se muestra la estructura patrimonial de un contribuyente cuyo activo está representado únicamente por un activo monetario, respaldado plenamente por el patrimonio. Se considera el efecto del Impuesto al Activo Empresarial a lo largo de un período de cuatro ejercicios fiscales consecutivos, asumiendo que la inflación es de un 50% cada año y la situación patrimonial del contribuyente no varía, salvo la reexpresión del patrimonio neto inicial, la cual es abonada a la cuenta del patrimonio.

Cuadro “4”

PASIVO=0	Empresa “A” 1er. Año IPC= 50%		Empresa “B” 2do. Año IPC= 50%		Empresa “C” 3er. Año IPC= 50%		Empresa “D” 4to. Año IPC= 50%	
	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio	Deflación Activo Monetario	Deflación Patrimonio
PATRIMONIO NETO INICIAL	100,00	100,00	150,00	150,00	225,00	225,00	337,50	337,50
Activo Monetario Inicial (AMi)	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Activo No Monetario Inicial (ANMi)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Activo Monetario Final (AMf)	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Activo No Monetario Final (ANMf)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Promedio Simple del Activo	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

al caso de la exención del 50% de impuesto para los activos destinados a la prestación de servicios cuyos precios estén regulados por la Ley (Artículo 3, ordinal 6°), tal como el caso de los inmuebles arrendados a terceros cuyo precio (canon) está regulado. En tal supuesto, la Administración Tributaria ha considerado que procede la dispensa parcial comentada hasta por tres años desde la vigencia de la Ley en comentarios, esto es, para los ejercicios que comenzaron a partir del 1° de diciembre de 1993. Este criterio está sustentado en la opinión del SENIAT, consignada en el Oficio n° HGIT-200-373 de fecha 31 de enero de 1996, que en la parte pertinente es como sigue: *En consecuencia, el activo (inmueble arrendado) se encuentra regulado por el Estado, entendiendo esto como las distintas manifestaciones territoriales (República, Estados y Municipios), con facultades para determinar regulación de materia de arrendamiento y siendo el mismo un bien que está destinado a la prestación de servicio productor del enriquecimiento goza de la exención prevista en la norma supranalizada por los tres períodos fiscales subsiguientes a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Impuesto al Activo Empresarial, siempre y cuando la normativa que dio origen a la regulación de (sic) dicho inmueble se encuentra vigente durante los períodos fiscales para los cuales procede el beneficio concedido por la Ley de Impuesto, de lo contrario perdería el mismo.*

(1+2+3+4)/2									
Desvalorización	-50,00	-50,00	-50,00	-75,00	-50,00	-112,50	-50,00	-168,75	
Valor Neto Promedio (5-6)	50,00	50,00	50,00	25,00	50,00	-12,50	50,00	-68,75	
IAE (7 x 1%)	0,50	0,50	0,50	0,25	0,50	-0,13	0,50	-0,69	
Aumento o Disminución del IAE		100,00		50,00		-25,00		-137,50	

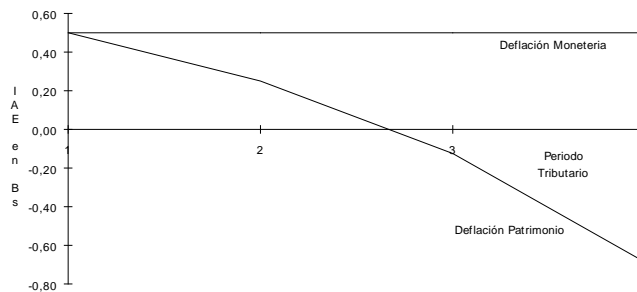


Gráfico "2"

Obsérvese como el Impuesto al Activo Empresarial es constante a lo largo del tiempo, si la desvalorización por inflación se calcula como deflación del activo monetario promedio. Asimismo, el impuesto sería igual, año a año, si el activo monetario estuviera respaldado por un pasivo monetario; sin embargo, la presión del impuesto debería ser inferior, año a año, si la desvalorización se calculara como reexpresión del patrimonio neto inicial, esto es, tomando en cuenta la pérdida por exposición a la inflación.

El gráfico No. 2 pone de manifiesto lo dicho con anterioridad. La línea continua representa la constancia del Impuesto al Activo Empresarial cuando la desvalorización se calcula como deflación del activo monetario promedio, mientras que la línea pespunteada muestra la presión descendente del impuesto si la desvalorización por inflación se cuantifica como reexpresión del patrimonio neto, esto es, descontando el efecto de la pérdida por exposición a la inflación.

Ambos ejemplos ponen de manifiesto una irrefutable conclusión: la errada interpretación administrativa conduce a *favorecer* (i) la inversión en activos monetarios, particularmente aquellos financiados con fondos ajenos y (ii) *penaliza* la inversión en activos no monetarios, particularmente aquellos financiados con el patrimonio. Un sistema fiscal razonable, teóricamente justo y prácticamente útil, exige congruencia entre las formas impositivas que la integran. La racionalidad supone la coherencia entre los fines y los medios técnicos que se utilizan para lograr esos fines. Por eso, no puede afirmarse que la imposición es justa o favorece la asignación racional de recursos disponibles, cuando existe un irrespeto a la consistencia lógica y a la razón. Por eso, no

sólo la creación, sino toda interpretación que se dirija a la aplicación del tributo dentro de un sistema racional, exige la coherencia de los efectos y repudia la inconsistencia³⁹. Esa exigencia se radicaliza en el Impuesto al Activo Empresarial respecto del Impuesto sobre la Renta, siendo el primero un tributo mínimo, complementario y conceptualmente subordinado al segundo.

Sin embargo, tal como hemos visto la interpretación administrativa que predica que la “*desvalorización por inflación*” consiste en el descuento de la deflación promedio del activo monetario gravable, es contradictoria con los fines de la corrección monetaria a la renta y se traduce en una medida discriminatoria que penaliza fundamentalmente a quien se perjudica por exposición a la inflación y favorece a quien se beneficia de la erosión monetaria en su interacción con la imposición a la renta, interfiriendo indebidamente las decisiones individuales de inversión.

Es por eso que, semejante postura -equivocada como se ha dicho- desquicia la debida racionalidad (coherencia) entre el Impuesto al Activo Empresarial como forma complementaria e indirecta de imposición a la renta y el impuesto directo a la misma materia gravable, así como la racionalidad del sistema impositivo como un todo.

V. IRRACIONALIDAD DE LAS FÓRMULAS PRESUNTIVAS ABSOLUTAS PARA EL CÁLCULO DE LA RENTA

En nuestra opinión, la causa profunda de las distorsiones anotadas -más allá de la errada interpretación administrativa- se localiza en la misma naturaleza indirecta del Impuesto al Activo Empresarial: la utilización de fórmulas presuntivas absolutas para determinar la renta del contribuyente.

Semejante técnica pretende el gravamen de lo que *debe ser* la renta sobre una base analítica y no lo que *realmente es* sobre una base sintética, descuidando flagrantemente la verdadera capacidad contributiva subyacente. Es por esto que, la base indiciaria se convierte en una base imaginaria, alejada de la verdad contributiva o, lo que es peor, creadora de su propia verdad.

Con razón la doctrina más autorizada ha señalado que la determinación de la base de cálculo de un tributo en función de fórmulas presuntivas o *forfaitarias* constituye expedientes contrarios a la igualdad tributaria y más concretamente al principio de capacidad contributiva, sino es posible conciliar la base presunta con la base efectiva (o sintética) representativa de la verdadera capacidad económica⁴⁰. Incluso se ha señalado que, las fórmulas presuntivas violan la garantía de certeza que se exige del derecho,

39. Cf., NEUMARK, Fritz, *op. cit.*, p. 399.

40. Así lo señala el profesor MOSCHETTI:

c) *Los mismos criterios deben servir, a nuestro juicio, en los casos en que la ley, para simplificar la determinación de la base imponible, recurre a valoraciones a forfait.*

*No hay duda de que estas simplificaciones pueden venir impuestas por una exigencia de certeza y aplicabilidad de la ley; pero también es cierto que ésta debe armonizarse con el principio de capacidad contributiva. Consideramos, por tanto, que las determinaciones a forfait deben también operar como simples presunciones relativas, que pueden ser desatendidas cuando el contribuyente logre demostrar la divergencia entre la esquematización legal y abstracta y situación real. De tal modo, se logra armonizar la exigencia de simplificación con el límite constitucional. Cf., MOSCHETTI, Francesco, *El Principio de Capacidad Contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1980, p. 401.*

porque ...la apariencia de verdad que su norma establece pone en cuestión la certeza del derecho. La presunción absoluta ensombrece los postulados de la seguridad jurídica de los hechos con trascendencia jurídica. “*La ficción irrumpe contra la certidumbre jurídica y sus consecuencias se proyectan sobre el destinatario de la norma quien observa que lo cierto no es aquello que se extrae de la realidad de las cosas y de los hechos, sino de la descripción que crea el Derecho a través de la norma*”⁴¹.

La irracionalidad anotada -el uso indiscriminado de la ficción legal- se ve radicalizada en la estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial cuando se tiene presente que, las mediciones del valor del activo que dimensionan la presunción de renta están referidas y sometidas a los ajustes por inflación que ordena la Ley de Impuesto sobre la Renta para el activo no monetario. Así las cosas, a la ficción de renta que implica el Impuesto al Activo Empresarial se suma la ficción de la corrección monetaria fiscal, por lo que esta indexación en un doble régimen presuntivo, configura una ficción indiscriminada que convierte al impuesto en una categoría prácticamente autónoma, contraria a los propósitos complementarios y de imposición mínima que lo justifican, totalmente alejado de la realidad contributiva a la renta.

Si a lo anterior se suma el carácter caprichoso y errático de la inflación, las indexaciones basadas en las simples variaciones del poder de compra, normalmente alejado de los valores reales que pretenden reflejar, licencian el uso indiscriminado de las ficciones legales que frustran la debida racionalidad, justicia y utilidad del Impuesto al Activo Empresarial⁴².

Tan perversa es la situación denunciada, que la inflación que se pretende neutralizar a los fines fiscales, se convierte en la causa misma de una imposición irreal: a mayor inflación, mayor desconexión con la realidad y presión del impuesto, paradójicamente, también mayor la tentación del Gobierno para depender de un tributo imaginario.

41. Cf., ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto, *Presunciones Legales y Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 25.

42. Como paliativo a la distorsión anotada, la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991 estableció en su Artículo 111 que cuando el valor reajustado del activo supera en más del 50% a su valor de mercado, el contribuyente podría, previa autorización de la Administración Tributaria, no efectuar el mencionado ajuste en dicho ejercicio.

Esta norma tenía por propósito evitar una aplicación irrestricta de la técnica de valoración *poder de compra corriente* particularmente respecto de aquellos activos cuyo valor era visiblemente afectado por el paso del tiempo, tal como los sometidos a rápida obsolescencia tecnológica o desgaste. En tal caso, si el valor de mercado se deprecia tanto como la mitad del valor ajustado del período para el mismo bien en -función de la técnica *poder de compra corriente*, se faculta al contribuyente para no registrar el reajuste. De esta forma, se busca armonizar los valores a precios constante y las mediciones de los mismos a valores corrientes (o de reposición). Esta norma fue eliminada en la reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994, privando el sistema de esta forma de relativizar la presunción de valor de los activos por los ajustes por inflación. La eliminación en cuestión demuestra la inflexibilidad del sistema actual y su proyección sobre el Impuesto al Activo Empresarial.

Una solución parecida se contempla en la República de Colombia en la norma del Artículo 12 del Decreto n° 2.687 del 26 de diciembre de 1988, relativo al régimen de corrección monetaria para fines del Impuesto sobre la Renta, sólo que mucho más clara en cuanto a su alcance y contenido, particularmente en lo que se refiere al efecto del silencio de la Administración Tributaria en caso de no contestar a la solicitud del contribuyente frente a las variaciones de valor comentadas. En tal caso se señala que la abstención de la Administración se estima -por ministerio de la Ley- con efecto positivo, en caso de falta de contestación oportuna de la Administración.

VI. CONCLUSIONES FINALES

1. El Impuesto al Activo Empresarial constituye una fórmula de imposición *indirecta* y *real* a la *renta*, que opera sobre una base indiciaria representada por el valor promedio de los activos destinados a la generación de la renta gravable. En vez de gravar la renta efectiva (o actual) se afinca en una presunción sobre la medida de la renta que se dimensiona sobre el valor bruto del activo (deducida la depreciación o amortización según corresponda), pero sin descuento de los pasivos asociados o que financian la adquisición de dichos activos, en el entendido que la tenencia de éstos es un indicador razonable de la medida de la renta del contribuyente.

2. Se trata de un gravamen a una renta *mínima* potencial de la empresa, resultando con ello irrelevante la renta real de la misma, al operar como un mínimo constante de toda empresa en funcionamiento

3. La misma estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial demuestra el propósito *complementario* respecto del Impuesto sobre la Renta, cuando este último se dispone como un pago a cuenta del Impuesto al Activo Empresarial, asegurando un mínimo recaudatorio, de modo tal que si el Impuesto sobre la Renta efectivo del período es superior al Impuesto al Activo Empresarial, esto es, al Impuesto sobre la Renta *presuntivo* la primera determinación dará por satisfecha la obligación tributaria por concepto de Impuesto sobre la Renta.

4. El Impuesto al Activo Empresarial no es un impuesto al capital. La base de cálculo revela que no son admisibles los descuentos de los pasivos que financian los activos del contribuyente. En un impuesto al capital o al patrimonio (como más apropiadamente se le refiere) la base de cálculo viene cifrada por el *patrimonio neto*, esto es, por el total del activo gravable menos los pasivos que lo financian. De otro lado, al Impuesto al Activo Empresarial se acredita el Impuesto sobre la Renta, lo que demuestra el gravamen de una sola manifestación de capacidad contributiva.

5. En nuestra opinión, la noción *desvalorización por inflación* como descuento de la base de cálculo del Impuesto al Activo Empresarial se identifica con aquellos supuestos en los que legalmente se presume existe una pérdida por exposición a la inflación y más concretamente, aquellos que la Ley de Impuesto sobre la Renta traduce como una disminución de la renta gravable.

6. Que el legislador de la Ley de Impuesto sobre la Renta no hable de la reexpresión de *cuentas monetarias* o de *desvalorización por inflación*, no quiere decir que no las tome en cuenta. En realidad lo hace en forma *indirecta* a través de la reexpresión de patrimonio neto inicial, de las variaciones del patrimonio y de los pasivos monetarios, ocurridas durante el ejercicio en la forma dicha.

7. Pretender la medición de la *desvalorización* de los activos monetarios en base a métodos que no tienen base legal, constituye una infracción a la garantía de la reserva legal que solo admite la regulación de la base de cálculo del tributo en base a normas de rango legal, aparte de que la ausencia de regulación legal sobre el asunto, es la prueba misma de que el legislador no limitó la "*desvalorización por inflación*" en cuestión con referencia exclusiva a los activos monetarios.

8. Debe recordarse e insistirse en que el Impuesto al Activo Empresarial busca ser un tributo mínimo y complementario del Impuesto sobre la Renta. Un impuesto marcador. No persigue ser un sustitutivo del Impuesto sobre la Renta o ser más oneroso que tal. Si para fines Impuesto al Activo no se toma en cuenta la desvalorización por inflación en

la forma dicha, se corre el riesgo que la presión del impuesto será por mucho más elevada que la del mismo Impuesto sobre la Renta del que pretende ser un impuesto mínimo y complementario.

9. La interpretación administrativa que predica que la “*desvalorización por inflación*” consiste en el descuento de la deflación promedio del activo monetario gravable, es contradictoria con los fines de la corrección monetaria a la renta y se traduce en una medida discriminatoria que penaliza fundamentalmente a quien se perjudica por exposición a la inflación y favorece a quien se beneficia de la erosión monetaria en su interacción con la imposición a la renta, interfiriendo indebidamente las decisiones individuales de inversión.

10. La causa profunda de las distorsiones anotadas -más allá de la errada interpretación administrativa- se localiza en la misma naturaleza indirecta del Impuesto al Activo Empresarial: la utilización de fórmulas presuntivas absolutas para determinar la renta del contribuyente.

11. La irracionalidad anotada -el uso indiscriminado de la ficción legal- se ve radicalizada en la estructura técnica del Impuesto al Activo Empresarial cuando se tiene presente que, las mediciones del valor del activo que dimensionan la presunción de renta están referidas y sometidas a los ajustes por inflación que ordena la Ley de Impuesto sobre la Renta para el activo no monetario. Así las cosas, a la ficción de renta que implica el Impuesto al Activo Empresarial se suma la ficción de la corrección monetaria fiscal, por lo que esta indexación en un doble régimen presuntivo, configura una ficción indiscriminada que convierte al impuesto en una categoría prácticamente autónoma, contraria a los propósitos complementarios y de imposición mínima que lo justifican, totalmente alejado de la realidad contributiva a la renta.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER CARÍAS, Allan, “Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias” en *Revista de Derecho Público* Nos. 57-58, Enero-Junio 94, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

BULUGIN, Eugenio, “Sobre la existencia de las normas jurídicas”, Universidad de Carabobo, Valencia 1978.

Exposición de Motivos de la Ley al Activo Empresarial propuesta al Congreso de la República en 1992.

Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, Declaración de Principios de Contabilidad N° 10, “El Ajuste de Estados Financieros por Efectos de Inflación”.

ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto, *Presunciones Legales y Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Quinta Edición, Civitas, Madrid 1990.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, volumen II, ediciones Depalma, Buenos Aires 1993.

LEÁÑEZ BERRIZBEITIA, Eduardo, “El Impuesto a los Activos Empresariales y el proyecto de Ley”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 93, Año XXXIX, Caracas 1994.

MOSCHETTI, Francesco *El Principio de Capacidad Contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1980.

NEUMARK, Fritz, *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1974.

PADRÓN AMARÉ, Oswaldo “Inflación y Tributación”, en *inflación y Derecho*, XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 1994.

PÉREZ DE AYALA, José Luis, *Las Ficciones en el Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1970.

PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I, Editorial de Derecho Financiero, Sexta Edición, Madrid 1991.

REIG, Enrique Jorge, Conflictos entre Normas Impositivas y los Principios de Contabilidad, en *Revista de Derecho Tributario*, N° 62, Enero-Marzo 1994, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas.

ROMERO-MUCI, Humberto, “Los Ajustes por Inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

ROMERO-MUCI, Humberto, “La garantía de la reserva legal tributaria, deslegalización y exceso reglamentario: el caso de los reglamentos de la Ley de Pilotaje”, en *Revista de Derecho Tributario* N° 73, octubre-diciembre 1996, A.V.D.T., Caracas.

VALDÉS COSTAS, Javier, *Instituciones de Derecho Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

VIDAL HENDERSON, Enrique, “El Impuesto al Activo Empresarial: La experiencia latinoamericana”, en *Revista de Derecho Tributario* N° 63, abril-junio 1994, A.V.D.T. Caracas.

SADKA, Efraim and TANZI, Vito, *A tax on gross assets of enterprises: A form of Presumptive Taxation*, International Monetary Fund, Working Papers, 1992.

YÁNES, José Alberto, *Manual de Ajustes por Inflación*, Valencia 1993.

§ 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?

Manuel Rachadell

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PRESENTACIÓN

Las presentes consideraciones tienen por objeto analizar el marco jurídico de dos figuras institucionales de reciente creación y cuyos perfiles se nos presentan plagados de confusión, hasta el punto de que para muchas personas constituyen una sola y misma cosa: el Distrito Capital y el Distrito Metropolitano de Caracas.

A estos fines estudiaremos, en una primera parte, el arreglo institucional del área metropolitana de Caracas que se desprende de la Constitución de 1999 y de sus desarrollos legislativos; en una segunda parte, el régimen de las operaciones que les competen a ambas instituciones con relación a los dineros públicos, particularmente en cuanto a la regulación de los ingresos y al régimen presupuestario, para concluir, en una tercera parte, considerando el proyecto de Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital que cursa en la Asamblea Nacional.

I. EL ARREGLO INSTITUCIONAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS

1. Los Antecedentes

Cuando el Congreso de la República se dispuso en 1960 a elaborar una nueva Constitución para el país, la cuestión institucional del valle de Caracas ya estaba planteada: la capital de la República había desbordado hacía décadas el territorio que se le había asignado para el asiento de los poderes públicos nacionales -el Distrito Federal- y su parte oriental, la de mayor dinamismo en su crecimiento, se había asentado sin solución de continuidad en territorio del Estado Miranda. Sobre la Gran Caracas ejercían competencias en ese momento, además del Poder Nacional, dos Gobernadores, el del Distrito Federal y el del Estado Miranda, y dos Concejos Municipales, el del Distrito Federal y el del Distrito Sucre del Estado Miranda. El primero de estos gobernadores y el primero de estos Concejos tenían una regulación especial, la contenida en la Ley Orgánica del Distrito Federal, mientras que los segundos en ambos casos estaban sometidos directamente a las normas constitucionales. No fue sino en 1978 cuando el legislador nacional desarrolló los principios constitucionales sobre los entes locales, con la aprobación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y hubo que esperar al final de la década de los ochenta para que se legislara sobre la elección de los Gobernadores de Estado y sobre las transferencias de competencias, en el marco del proceso de descentralización.

Pero volviendo al momento en que se discutía la Constitución que sería la de 1961, el Congreso se planteó en esa oportunidad el reto de buscar una fórmula institucional que permitiera el desarrollo de la ciudad en sus líneas maestras y le diera unidad a los servicios públicos que requirieran, por su naturaleza, una escala metropolitana, para que esos servicios se prestaran mejor y a un menor costo, es decir, para hacerlos más eficientes. El resultado se plasmó en el último aparte del artículo 11 de la Constitución de 1961, así: *“Una ley especial podrá coordinar las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal”*. Esto significó, simplemente, que el Congreso habilitó al legislador nacional para resolver un asunto que por su naturaleza es constitucional, en vista de que, en las discusiones sobre el tema, el órgano legislativo que actuaba en función constituyente no supo o no pudo dar una respuesta definitiva a la cuestión. Y también que lo único que tenía claro el constituyente de 1961 era que, cualquiera fuera la solución que se adoptara, debía garantizarse la autonomía municipal.

La ley de coordinación mencionada, que según la Exposición de Motivos de la Constitución buscaba atender “a urgentes y angustiosos problemas derivados del crecimiento de la ciudad, que desborda los límites que le fueron asignados cuando se creó el Distrito Federal”, nunca fue dictada. En su lugar, las municipalidades capitalinas acudieron a la figura de las mancomunidades municipales, también prevista en la Constitución, con relación a unos pocos servicios -urbanismo, transporte, policía-, y celebraron los acuerdos correspondientes para crear y gerenciar servicios metropolitanos en esos sectores. Pero así como se crearon las mancomunidades así también se disolvieron: las dos primeras al poco tiempo y la tercera en fecha reciente. La disolución de estas mancomunidades se debió, fundamentalmente, a la disposición de los organismos deliberantes municipales de afirmar su autonomía por encima de las necesidades de coordinación y de integración de determinados servicios en una escala más amplia, para hacerlos más eficientes.

También se dio el caso de la asunción de competencias municipales por el Poder Nacional, sin apoyo alguno -o con fundamentación discutible- en el texto constitucional. De esta forma, el Ejecutivo Nacional pasó a prestar los servicios de suministro de agua potable, de aseo urbano y de transporte subterráneo de pasajeros (metro) en el área metropolitana de Caracas. De estos servicios, la responsabilidad por la prestación de los dos primeros ha sido devuelta a los Municipios correspondientes.

En este estado, consideramos oportuno abrir un paréntesis para referirnos a la participación que tuvo el doctor Allan Randolph Brewer Carías en la formulación del arreglo institucional del área metropolitana de Caracas que se aprobó en la Constitución de 1999.

Entre 1965 y 1968, Brewer fue asesor del Gobernador del Distrito Federal y desde esa época comenzó a publicar artículos, ponencias y libros sobre materias relacionadas con el aspecto que nos ocupa. El primero de ellos fue el *Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestres*, editado por la Gobernación del Distrito Federal en 1965. Seguidamente presentó una comunicación a la II Ponencia en el IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios sobre *“El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano”* (1967), trabajo éste que amplió al año siguiente. En 1971, Brewer preparó una ponencia sobre *“Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas y del Desarrollo Regional y Urbano”* para el Foro sobre *Caracas Metropolitana problemas de una ciudad en crecimiento*, organizado por la

Asociación Venezolana de Ejecutivos. En este trabajo el autor que citamos presentó los primeros análisis sobre el tema de la integración de los servicios y las diferentes fórmulas de solución a la luz de las experiencias en el derecho comparado.

En 1983, Brewer recogió y amplió sus reflexiones sobre esta materia en el Capítulo II “*La reforma institucional de la Región Capital y del área metropolitana de Caracas*”, de su libro *Estudios de Derecho Público I*, editado por el Congreso de la República. En esas consideraciones se analizan diversas soluciones institucionales para el valle de Caracas, las cuales sirven de antecedente para estudiar la fórmula que se acogió en la Constitución que nos rige. En particular, en las bases para estas reformas, Brewer planteó diversas opciones:

Una de ellas fue la estructuración de un gobierno único para la Región Capital, integrada según el Decreto de Regionalización entonces vigente por el Distrito Federal y el Estado Miranda, lo cual podría lograrse o bien anexando el Estado Miranda al Distrito Federal o el Distrito Federal al Estado Miranda; o bien mediante un convenio de modificación de límites territoriales a celebrarse entre los Gobernadores del Distrito Federal y del Estado Miranda, el cual debía ser aprobado por el Senado y la Asamblea Legislativa del Estado Miranda, con fundamento en la Constitución en vigor. En cualquier caso, la supresión del Distrito Federal requeriría de una modificación de la Constitución entonces vigente.

Otra de las soluciones posibles fue expuesta por el autor que citamos en estos términos:

En segundo lugar, se plantea la fórmula de gobierno a dos niveles, los gobiernos locales en pequeñas áreas territoriales permanecen, y se crea, además, un gobierno metropolitano, como nuevo escalón a nivel de toda el área metropolitana. Esta es la fórmula concreta que se ha aplicado en Londres, París, Tokio y Toronto. Si se quiere, se trata de una especie de Federación de Municipios en la cual se produce una división de funciones, entre los aspectos que pertenecen a un régimen estrictamente local, para las pequeñas colectividades locales, con competencia en los aspectos esencialmente locales, y luego los que pertenecen al nuevo nivel de gobierno metropolitano, competencias metropolitanas (*op. cit.* p. 62).

En la oportunidad en que planteó las diversas opciones para resolver la cuestión institucional de Caracas, Brewer manifestó su inclinación hacia la conformación de un gobierno municipal a dos niveles, dado que el establecimiento de un gobierno único, que supone la abolición de todos los poderes locales existentes, no es otra cosa que “la figura de la anexión, que fue una fórmula muy común durante el siglo pasado en Europa, pero que ya no se utiliza en el mundo contemporáneo. La última gran experiencia de anexión fue la de Moscú en los años sesenta, viable por la autocracia, pero que no resulta posible en un sistema político democrático” (*Ibidem*, p. 62). Ya antes, en 1971, en su trabajo *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas*, Brewer había expresado que “En todo caso, en países como Venezuela, con gran autonomía local, políticamente la fórmula de la anexión no es viable, además de que difícilmente la población citadina la aceptaría” (p. 7). Y asimismo, había advertido que “En todo caso, lo que caracteriza la solución de estas *entidades metropolitanas*, es que no implican una solución global a los problemas administrativos del área” (p. 6).

Por último, en su trabajo sobre “El Régimen Constitucional del Distrito Capital y el Sistema de Gobierno Municipal de Caracas”, publicado en la *Revista Iberoamericana de Administración Pública* N° 5, (Julio-Diciembre de 2000, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Caracas, pp. 17 a 39) y publicado asimismo como un capítulo en el libro *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999* (Universidad

Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001), Brewer retoma el tema y formula interesantes consideraciones, incluso algunas de ellas críticas, sobre el régimen de gobierno que resultó de la ordenación jurídica del valle de Caracas por efecto de la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

2. El debate en la Asamblea Nacional Constituyente

La cuestión de la organización institucional del área metropolitana de Caracas se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente en dos oportunidades: cuando se redactaron las normas correspondientes de la nueva Carta Fundamental y cuando se dictó la ley especial prevista en la misma Constitución.

A. El debate sobre las disposiciones constitucionales

Las citas que se hacen a continuación sobre la discusión que se dio en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 (a la cual aludiremos también como ANC) se refieren, salvo indicación expresa en contrario, a la sesión del 20 de octubre de 1999, tal como aparecen en el Diario de Debates N° 24, correspondiente a ese día.

En el proyecto de Constitución sometido a la consideración de la ANC para la primera discusión, en el artículo correspondiente al número 15 se decía que *“El territorio nacional se divide en el de los Estados y las dependencias federales”*. En la discusión, Brewer expuso que era necesario completar el artículo con la mención de otras entidades federales y preguntó: *“¿o vamos a crear de nuevo el Distrito Federal, cuyo asiento es el Municipio Libertador, o vamos a plantear el tema del Distrito Capital?”*, y seguidamente expuso:

La solución se puede lograr por varias vías. La menos conflictiva políticamente es la solución de volver al esquema del Distrito Federal, incluso sin necesidad de que tenga gobernador, pero sí tiene que haber un espacio territorial que regule dentro de la división política al Municipio Libertador. Por supuesto, éste podría anexarse a Miranda. Pero sacando esto puede perfectamente quedar el Distrito Federal con el Municipio Libertador, el Estado Miranda con sus Municipios, y luego formalmente establecer que los Municipios que forman el área metropolitana de Caracas, serán organizados mediante ley orgánica en un sistema de Gobierno Municipal a dos niveles, en el cual se garantizará la autonomía municipal, con lo cual se establece un nivel metropolitano municipal y un nivel local municipal, y así se soluciona el problema del área metropolitana de Caracas (p. 47).

En la ANC se había planteado la posibilidad de crear una unidad política, el Distrito Capital, conformada por el Distrito Federal y parte del Estado Miranda. En este sentido, la Fundación Plan Estratégico de Caracas, integrada por distinguidos profesionales, se había dirigido al órgano constituyente para expresarle lo siguiente:

...hemos podido constatar que se ha venido fortaleciendo un nivel de consenso sobre una proposición expresada y mantenida por diferentes sectores y corrientes políticas, técnicas y sociales -por lo que suponemos no ha de producir mayores traumas a los administrados- con relación al área espacial que debe ocupar Caracas como capital de la República.

Esta proposición no es otra que la de considerar que el ámbito territorial de la ciudad de Caracas como capital de la República de Venezuela se extienda sobre el espacio que ocupa el llamado “Valle Mayor”, es decir, el territorio que hoy es sede de los municipios Libertador, Chacao, Baruta, El Hatillo y Sucre. (...)

La ventaja de esta solución es la de ofrecer un ámbito territorial que englobaría los grandes elementos infraestructurales de la metrópoli-capital, superaría los problemas jurisdiccionales que en la actualidad están presentes, operaría a favor de una más eficiente gestión de algunos componentes de los servicios, lograría mayor racionalidad económica y técnica en su operatividad, y permitiría el mejor aprovechamiento de los recursos invertidos. En otras palabras, se integraría bajo una misma visión, los temas de ordenación política, jurídica, económica y urbanística.

Su mayor debilidad se identifica con la merma territorial que sufre el estado Miranda. Sin embargo, ello debe sopesarse con el hecho de que el cambio de escala en la cobertura de ciertos servicios permitirá el desarrollo en forma ordenada y el logro de niveles en calidad de vida satisfactorios lo cual, a todas luces, beneficia directamente a sus moradores (*Gobernabilidad democrática de Caracas. Una propuesta a la Asamblea Nacional Constituyente*).

Pero esta idea no llegó a ser formulada como proposición en el seno de la Asamblea, fue descartada porque carecía de viabilidad política, tal como lo expresaron los constituyentes que se citan a continuación:

- *Aristóbulo Istúriz*: “Tenemos varias alternativas. Podemos buscar una unidad territorial autónoma, sabemos que tiene inviabilidad política, porque conllevaría a separar los municipios del estado Miranda de ese Estado” (p. 51).

- *Segundo Meléndez*: “...la (solución) más racional es esa, la que le dé un gobierno único a un territorio integrado, a una ciudad integrada; a una sociedad integrada; la que le dé un gobierno único a esa unidad fáctica es la solución más racional que puede existir. Pero, indudablemente, en el curso de este debate se ha demostrado que no hay viabilidad política para llegar a un acuerdo de este tipo...pero esta solución de un gobierno integrado a dos niveles me parece la solución viable en estos momentos; por eso suscribo esta propuesta” (p. 55).

La inviabilidad política a que aludieron varios de los oradores citados se había originado en la necesidad de preservar la integridad territorial del Estado Miranda, tal como lo recalcaron los siguientes oradores:

- *Aristóbulo Istúriz*: “No pido que dividamos a Caracas de Miranda, solicito que definamos un ámbito político administrativo para la ciudad de Caracas” (p. 50).

- *William Lara*: “...creo que todos estamos de acuerdo en que es pertinente y necesario que haya esa coordinación en los gobiernos municipales del área metropolitana de la ciudad de Caracas, sobre la base -lo repito porque es importante, y es uno de los puntos clave de este debate- de que no vamos a desmembrar el estado Miranda, de que vamos a respetar la integridad territorial del estado Miranda” (p. 52).

- *Luis Gamargo*: “Creo que el Constituyente William Lara con la proposición tiende a resolver ese problema, que sin desmembrar ninguna de las dos ni lo que hoy es Libertador ni lo que es el Estado Miranda, podamos resolver un problema que es real, que es cierto, que es el problema de los servicios, de la vida humana de los habitantes de toda esta zona, llámese Zona Metropolitana, llámese zona de la gran Caracas” (p. 53).

- *William Ojeda*: “En todo caso, nadie está planteando la desintegración del Estado Miranda, que quede claro como lo advirtió William Lara. Si así fuera sería otra nuestra posición...” (p. 56).

- *Rodolfo Sanz*: “El problema se ha desarrollado en la dirección de preguntarnos si es posible darle un gobierno a Caracas, sin desintegrar el Estado Miranda; ese es el primer elemento del debate. Creo que si es posible” (p. 59).

En definitiva, la ANC sancionó las siguientes normas que forman parte del texto constitucional vigente:

En primer lugar, en el artículo 16, que “*Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales...*”.

En segundo lugar, en el artículo 18, que “*La ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional*” y que “*Una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha ley establecerá su organización gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad. En todo caso la ley garantizará el carácter democrático y participativo de su gobierno*”.

Por último, en la Disposición Transitoria Primera, que “*La ley especial sobre el régimen del Distrito Capital, prevista en el artículo 18 de esta Constitución, será aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente y preservará la integridad territorial del Estado Miranda. Mientras se aprueba la ley especial, se mantiene en vigencia el régimen previsto en la Ley Orgánica del Distrito Federal y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal*”.

B. El debate sobre la Ley Especial

La ANC designó una comisión especial, presidida por el constituyente José Vicente Rangel Avalos, para la preparación de un proyecto de *Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital*, la cual presentó el proyecto, con su Exposición de Motivos, el 24 de enero de 2000. Al día siguiente se inició el debate, del cual cabe destacar los siguientes aspectos:

Una vez que el Presidente mencionado de la Comisión hizo su exposición inicial sobre el Proyecto, el doctor Brewer Carías expuso, entre otros razonamientos, los siguientes:

De manera que tenemos una clara distinción en la Constitución entre lo que es un distrito capital, que es una parte de esta ciudad, y la necesidad de establecer una unidad territorial entre ese Distrito Capital y los Municipios del Estado Miranda. Para eso se requiere, por tanto, una ley especial. Esa no es la ley del Distrito Capital, se trata de dictar una ley que organice a Caracas como una unidad político territorial, que comprende Distrito Capital y Municipios del Estado Miranda... [...]

Se dice en la Exposición de Motivos que esta Ley tiene por objeto crear el Distrito Capital, ¡Falso! El Distrito Capital está creado en la Constitución. [...] El Distrito Capital no es la unidad político territorial de la ciudad de Caracas. Se confunde el Distrito Capital con toda la ciudad de Caracas.

Después de advertir que en el Proyecto no se delimitan adecuadamente las competencias de las autoridades metropolitanas y las municipales y se convierte al Alcalde Metropolitano en simple coordinador de unas mancomunidades que no existen, concluye Brewer señalando que “en materia de organización este proyecto hay que cambiarlo radicalmente para poder cumplir con el cometido que está establecido en la Constitución” (p. 9 del Diario de Debates de la ANC correspondiente al día 25/1/2000).

Para el Constituyente García Ponce, lo importante es dividir el Municipio Libertador en tres Municipios y en cuanto a la ley en discusión señala que ésta debe llamarse “Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital Metropolitano” (p. 11), proposición que fue apoyada por Aristóbulo Istúriz. El Constituyente Segundo Meléndez señala que en el proyecto no se diferencian claramente las competencias municipales de las metropolitanas, critica la asignación de competencias tributarias al gobierno metropolitano y concluye en que “este proyecto de ley, definitivamente, no nos sirve para el propósito que nos dimos cuando establecimos la creación del Distrito Capital y de un gobierno a dos niveles en la ciudad de Caracas” (p. 12).

En definitiva, se aprobó el proyecto en primera discusión y la conformación de una nueva comisión para revisar los planteamientos hechos. La segunda discusión tuvo lugar el 28/1/2000, y se inició con la siguiente exposición del Presidente de la Comisión, José Vicente Rangel Avalos:

Más que todo la objeción es que había una equivocación con Distrito Capital y Distrito Metropolitano de Caracas. No estábamos haciendo la diferencia, y esa fue una de las observaciones que hizo el colega Brewer Carías, en lo que tenía razón, que es que donde sale “Distrito Capital”, siempre tiene que ser “Distrito Metropolitano de Caracas”, porque son dos niveles: capitalino que es Caracas y Metropolitano es toda la zona nueva que engloba a los cuatro municipios de Miranda, más el de Libertador. Eso es todo.

Sobre estos conceptos acotamos que los dos niveles a que se refiere la Constitución no son: *capitalino que es Caracas y metropolitano*, porque todo es Caracas, y si bien el segundo nivel es el metropolitano, el primero es el de los Municipios del área metropolitana. Sobre este aspecto, el artículo 3° de la Ley Especial definió claramente el ámbito de cada uno de los niveles.

En la continuación de la segunda discusión -en la que no estuvo presente Brewer- se debatió ampliamente sobre la proposición de dividir el Municipio Libertador en varios Municipios, lo que no fue aprobado que se realizara en esta ley, como lo proponía García Ponce. Se hicieron modificaciones menores al texto presentado y se suscitó un debate interesante sobre los recursos del Distrito Metropolitano, al cual nos referiremos posteriormente.

3. El diseño constitucional y su desarrollo legislativo

Como resultado de las deliberaciones de la ANC se dispuso en la nueva Constitución, por una parte, la creación del Distrito Capital como entidad federal dentro de la organización política de la República, y por la otra, la previsión a ser desarrollada por la ley de un sistema de gobierno municipal a dos niveles para asegurar la unidad político territorial de la ciudad de Caracas, figuras éstas a las que nos referiremos seguidamente.

A. El Distrito Capital

En el encabezamiento del artículo 16 de la Constitución se dispone que: “*Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales*”. De allí que el Distrito Capital es una de las entidades federales -junto con los Estados y los Territorios Federales que pudieran crearse en el futuro- que conforman la división política del territorio nacional.

En la misma Constitución se establece, entre las competencias del Poder Público Nacional, *“La organización y régimen del Distrito Capital y de las dependencias federales”* (art. 156.10). En este aspecto, mediante una norma de rango legal, se ha definido el territorio del Distrito Capital, mas no su régimen y organización. En efecto, en la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, dictada por la ANC el 8 de marzo de 2000, se dispone que *“Los límites del Distrito Metropolitano de Caracas son los del Municipio Libertador del Distrito Capital, el cual sustituye al Distrito Federal...”*. De allí que, en la actualidad, coinciden los límites del extinto Distrito Federal con los del Distrito Capital y con los del Municipio Libertador del Distrito Capital, pero con respecto a esta última igualdad, la situación podría cambiar si se crearan nuevos municipios en el ámbito del antiguo Distrito Federal.

También dispone la Constitución que la entidad federal Distrito Capital participará, al igual que los Estados, en la distribución del situado constitucional, así: *“El situado es una partida equivalente a un máximo del veinte por ciento del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restante en proporción a la población de dichas entidades”* (numeral 4 del artículo 167).

Ahora bien, como en la Constitución de 1999 desaparece el Distrito Federal, la Comisión Legislativa Nacional, creada en el Decreto de la ANC mediante el cual se establece el Régimen de Transición del Poder Público, dictó el 23 de mayo del mismo año la *Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de la ciudad (sic) de Caracas* (en adelante Ley de Transición). En ella se determina que el Distrito Metropolitano de Caracas es el continuador de los derechos y obligaciones que correspondían al Distrito Federal y se regulan los aspectos prácticos que comporta esta decisión, entre otros, que *“Se declara la transferencia de las dependencias y entes adscritos a la Gobernación del Distrito Federal a la Alcaldía Metropolitana...”* (art. 4).

Conforme a lo señalado, el Distrito Capital es una entidad federal, que sustituye al Distrito Federal, que tiene un territorio definido correspondiente al que anteriormente tenía el Distrito Federal (que es el mismo del Municipio Libertador, mientras no se creen otros Municipios en la entidad federal a que nos referimos), territorio éste que se divide en Municipios, al igual que el de las demás entidades federales. Como entidad federal, el Distrito Capital tiene asignado entre sus ingresos el situado constitucional, el cual se le transfiere directamente del Poder Nacional, en la misma forma y proporción que a los Estados. Ni en la Constitución ni en la Ley se definen las competencias y las autoridades del Distrito Capital, pero en la Ley de Transición se dispone que entre las atribuciones del Alcalde Metropolitano está la de *“asumir las competencias que correspondían al Gobernador del Distrito Federal”* (art. 8, numeral 14).

En las consideraciones que siguen, referidas al Distrito Metropolitano de Caracas, aprovecharemos para establecer, en cada uno de los aspectos a estudiar, las diferencias con el Distrito Capital.

B. El Distrito Metropolitano de Caracas

En el artículo 18 de la Constitución se consagra claramente que la unidad político territorial del valle de Caracas, que se buscaba desde la Constitución de 1961, se debe lograr mediante la integración de algunas de las competencias de determinados

Municipios pertenecientes a las entidades federales Distrito Capital y Estado Miranda. La fórmula encontrada significa que en la ciudad de Caracas se mantienen dos jurisdicciones, correspondientes a las entidades federales mencionadas, y que para asegurar la unidad político territorial de la Gran Caracas se debe crear un nuevo nivel, el metropolitano, al cual se le asignarían algunas de las competencias municipales, las que se determinan en la ley especial, pero dejando a salvo las competencias que pertenecen a las entidades federales y asimismo las que corresponden a los Municipios de la jurisdicción que no hayan sido expresamente trasladadas al ámbito metropolitano.

De este arreglo consagrado por el Constituyente debemos ahora destacar dos aspectos: en primer lugar, en el artículo 18 de la Constitución no se prevé una ley especial sobre el régimen del Distrito Capital (como se afirma erróneamente en la Disposición Transitoria Primera) sino que “Una ley especial establecerá la unidad político territorial del ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles...”, es decir, esta disposición se refiere a la figura que en la Ley Especial se llamó Distrito Metropolitano de Caracas y no al Distrito Capital. El error proviene de que para muchos de los constituyentes y para otras autoridades no quedó clara la figura institucional aprobada por la ANC, y esa confusión se refleja incluso en el texto constitucional. En tal sentido, por ejemplo, se observa que el constituyente *Freddy Bernal* expresa en su intervención del 20-10-99, que. “Sin duda alguna en esta decisión que vamos a tomar hoy hay que incorporar la creación de un distrito capital o distrito metropolitano, el nombre es lo de menos, y también la elección popular de ese gobierno que debemos tener obligatoriamente en la región capital”.

El otro aspecto a destacar de la Disposición Transitoria Primera es el relativo a la preservación de la integridad territorial del Estado Miranda. Esta expresión significa que la regulación que se haga sobre la figura jurídica destinada a establecer la unidad político territorial de la ciudad de Caracas (que resultó ser el Distrito Metropolitano) no puede afectar, menoscabar o alterar en forma alguna las competencias del Estado Miranda y de sus autoridades, puesto que, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, la integración sólo se realiza mediante “*un sistema de gobierno municipal a dos niveles*”. Sobre este aspecto, que es fundamental para entender la figura jurídica que se adoptó para asegurar la unidad de la Gran Caracas, volveremos posteriormente.

Seguidamente nos referiremos a la naturaleza jurídica del Distrito Metropolitano de Caracas, a su ámbito territorial y a su régimen organizativo.

(a) *La naturaleza jurídica*

El Distrito Metropolitano de Caracas es un ente de naturaleza municipal, y en eso se diferencia del Distrito Capital, que es una entidad federal. En realidad, el Distrito Metropolitano de Caracas es un distrito metropolitano, con algunas particularidades.

En efecto, entre los mecanismos que se han considerado en el pasado para darle unidad administrativa a Caracas y a otras áreas metropolitanas, en el primer Congreso de Cooperación Intermunicipal celebrado en Caracas en 1967 se aprobó la siguiente recomendación: “Que es necesario prever expresamente la posibilidad de constitución de Distritos Metropolitanos en las diversas áreas metropolitanas de la República en las que tengan jurisdicción diversas municipalidades, con un gobierno municipal a dos niveles, y cuya constitución no quede a la sola iniciativa de las municipalidades a integrarse, sino también de los cuerpos deliberantes del Poder Estatal y del Poder

Nacional” (cit. por A.R. Brewer-Carías en *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas y del Desarrollo Regional y Urbano*, op. cit., p. 10).

Esta propuesta fue acogida en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, en la que se creó la figura de los distritos metropolitanos, que en la última versión de dicha ley se definen así: “*Los Distritos Metropolitanos son entidades de carácter público formadas por la agrupación de dos o más Municipios en razón de la conurbación de sus centros urbanos capitales en forma tal que han llegado a constituir una unidad urbana, económica y social con más de doscientos cincuenta mil (250.000) habitantes*” (art. 24). En la ley que citamos se incluyen diversas regulaciones sobre esta entidad local (como se califica en el artículo 13, eiusdem) y se dispone que su creación se hará por ley de la Asamblea Legislativa. Pues bien, desde que entró en vigencia esta ley, ningún distrito metropolitano ha sido creado con fundamento en sus disposiciones.

No obstante, en la Constitución vigente se acoge la figura de los distritos metropolitanos cuando se pauta que: “*Cuando dos o más Municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como distritos metropolitanos*” (art. 171), de conformidad con la ley orgánica que se dicte al efecto. Esta ley orgánica, que deberá garantizar “*el carácter democrático y participativo del gobierno metropolitano y establecerá sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control*”, por ahora es la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual será sustituida por una Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de conformidad con un proyecto que se discute en la Asamblea Nacional.

Asimismo se dispone en la Constitución que el Consejo Legislativo de cada Estado creará y organizará los distritos metropolitanos, dentro del marco de la ley orgánica y previa consulta popular a la población afectada. Y asimismo que “*Cuando los Municipios que deseen constituirse en un distrito metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, corresponderá a la Asamblea Nacional su creación y organización*” (art. 172), en forma similar (con sus diferencias) a como lo ha hecho la ANC con el Distrito Metropolitano de Caracas.

La relación del Distrito Metropolitano de Caracas con los otros distritos metropolitanos es doble: por una parte, la creación del primero se inspiró en la figura que, sin utilización, había sido prevista en la Ley Orgánica de Régimen Municipal; por la otra, la solución caraqueña, según se desprende de las discusiones en la ANC, a su vez, debería servir de modelo para la creación de otros distritos metropolitanos en el país.

Ambas figuras se originan de la conurbación de centros poblados sometidos a jurisdicciones diferentes. En tal sentido, afirmó el Constituyente *Claudio Fermín*: “Entre Barquisimeto y Cabudare eso ocurre, entre Maracaibo y San Francisco eso ocurre, entre Acarigua y Araure eso ocurre, pero en cada uno de esos sitios el Consejo Legislativo del Estado puede resolverlo, el gran drama y William Lara lo acaba de expresar, es que entre Miranda y el Distrito Federal, que son dos entidades federales, necesitamos una instancia superior que lo resuelva, por eso este tema es constitucional” (p. 59). Por ello, la Constitución introduce la norma a que antes nos referimos, de que en este supuesto la creación y organización del distrito metropolitano corresponderá a la Asamblea Nacional. Con este fundamento jurídico hubiera podido perfectamente crearse el Distrito Metropolitano de Caracas, como un gobierno municipal a dos niveles que abarca un ámbito territorial compartido entre el Distrito Federal y el Estado Miranda (incluso ha podido incluirse parte del Estado Vargas), y cuya creación y organización correspondería a la Asamblea Nacional. En su lugar, se prefirió prever en

la Carta Fundamental la existencia de un distrito metropolitano para Caracas, sin mencionarlo como tal, lo que le confiere un carácter particular al régimen de la Gran Caracas, sin llegar a desvirtuar su naturaleza municipal.

Pero además, se expresó en la ANC que la decisión que se adoptara para organizar el área metropolitana de Caracas serviría de modelo para otros supuestos de conurbación, lo que refleja que todos los distritos metropolitanos son similares en su naturaleza jurídica. En tal sentido, en el debate sobre el tema que se dio en la ANC había expresado *William Lara* que: "...es una oportunidad dorada que tiene la Asamblea Nacional Constituyente para instituir un patrón de organización de estas megalópolis venezolanas porque es posible que en el futuro tengamos otras en el país" (p. 52). En esa oportunidad el constituyente *Saúl Ortega* dijo que "Creo que es una gran oportunidad de que definamos en el artículo 15, el concepto de los órganos del Poder Público, en el cual abrimos la posibilidad de lo que serían los distritos metropolitanos que en la ley futura se crearían" (p. 53).

No obstante, el Distrito Metropolitano de Caracas aparece configurado con un régimen especial, lo cual se desprende no solamente de la circunstancia de que fue previsto en la Constitución, sino de que está sometido a reglas particulares como son: i) en la Constitución se limitan los Municipios que conformarán el sistema de gobierno municipal a dos niveles: los pertenecientes al Distrito Capital y los correspondientes al Estado Miranda; ii) la ley especial sobre el régimen de gobierno municipal a dos niveles para la ciudad de Caracas "será aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente"; iii) en dicha ley especial se "preservará la integridad territorial del Estado Miranda".

(b) El ámbito territorial

De acuerdo a la Ley Especial sobre el Distrito Metropolitano de Caracas (en adelante la Ley Especial), "Los límites del Distrito Metropolitano de Caracas, son los del Municipio Libertador del Distrito Capital, el cual sustituye al Distrito Federal, y de los Municipios Sucre, Baruta, Chacao y el Hatillo del Estado Miranda" (art. 2).

Por otra parte, en las Disposiciones Finales de la misma Ley Especial se prevé que "La integración de nuevas entidades territoriales al Distrito Metropolitano de Caracas será aprobado por la Asamblea Nacional, mediante acuerdo suscrito al efecto" (art. 29). Con base en esta disposición, el ámbito territorial del Distrito a que nos referimos puede ser extendido a otros Municipios, pero exclusivamente pertenecientes a las entidades federales Distrito Capital y Estado Miranda. En efecto, aún cuando el área metropolitana de Caracas abarca en la actualidad parte del Estado Vargas y pudiera llegar a extenderse hasta el Estado Aragua (por un hipotético crecimiento de El Junquito hacia la Colonia Tovar o de los Teques hacia la Victoria), el artículo 18 de la Constitución contempla únicamente la posibilidad de integrar en la unidad político territorial de Caracas a "los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda".

De lo expuesto se desprende claramente que los ámbitos territoriales del Distrito Capital y del Distrito Metropolitano de Caracas son diferentes. El territorio de este último es más amplio que el del Distrito Capital y es susceptible de ser extendido por acuerdo de la Asamblea Nacional, con la limitación señalada.

(c). *El régimen organizativo*

En la Ley Especial se determinan las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas en los dos niveles municipales que se mencionan en la Constitución, en la siguiente forma:

Con respecto al nivel metropolitano se dispone que: “El gobierno y administración del Distrito Metropolitano de Caracas corresponde al Alcalde Metropolitano. La función legislativa del Distrito Metropolitano de Caracas corresponde al Cabildo Metropolitano, integrado por Concejales Metropolitanos por un período de cuatro (4) años, pudiendo ser reelegidos para un período inmediato, por una sola vez” (art. 4). En la elección de los Concejales Metropolitanos y del Alcalde Metropolitano participan los electores residentes en los Municipios que integran el Distrito Metropolitano de Caracas. La determinación del número de Concejales Metropolitanos se hizo en las elecciones de diciembre de 2000 conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En la Ley Especial se contempla la existencia de un Consejo de Gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas, como órgano superior de consulta y asesoría del Alcalde Metropolitano. Este Consejo será presidido por el Alcalde Metropolitano e integrado por los Alcaldes de los municipios que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas (artículos 9 y 10). Hasta ahora, este órgano colegiado no ha comenzado a ejercer sus funciones.

Con respecto al nivel municipal, se dispone en la Ley Especial que “En cada Municipio el poder ejecutivo lo ejerce el Alcalde Municipal y el legislativo el Concejo Municipal, con sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en la Constitución y leyes de la República” (art. 5).

Señalado lo anterior, consideramos oportuno referirnos de una vez al tema de las autoridades del Distrito Capital, para establecer el contraste con las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas.

Del debate a que hemos hecho referencia se desprende que la idea de aprobar el Distrito Capital evolucionó en el curso de la discusión. En un primer momento, el Distrito Capital fue el nombre que se le dio a la figura político territorial (entidad federal) que se formaría por la integración del Municipio Libertador y de varios Municipios del Estado Miranda, pero que ni siquiera llegó a ser considerada como proposición en la Asamblea Nacional Constituyente. Posteriormente, dado el propósito de mantener la integridad territorial del Estado Miranda, el Distrito Capital pasó a ser el nuevo nombre del anterior Distrito Federal, por lo cual la unidad político territorial de la ciudad de Caracas se trasladó al plano municipal: se crearía un Distrito Metropolitano como el previsto en la Ley Orgánica de Régimen de Municipal y en los artículos 171 y 172 de la Constitución. A ese Distrito Metropolitano se le dotó de autoridades municipales con un ámbito territorial metropolitano: el Alcalde Metropolitano y el Cabildo Metropolitano.

Pero ¿cuáles son las autoridades del Distrito Capital? Ni en la Constitución ni en la Ley Especial se da una respuesta a esta cuestión. En tal sentido, nos atrevimos a expresar en octubre de 2000, en un escrito dirigido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión del recurso de interpretación incoado por el Alcalde Metropolitano de Caracas, y al cual luego nos referiremos, lo siguiente:

...en el numeral 14 del artículo 8 de la ley especial, relativo a las atribuciones del Alcalde Metropolitano de Caracas, se le ordena a éste: “*Asumir las competencias que correspondían al Gobernador del Distrito Federal*”. Esta atribución, que tiene una naturaleza distinta a las demás, que no se refiere a competencias municipales y que por su importancia ameritaba estar en un artículo aparte, tiene el significado siguiente: el Alcalde Metropolitano de Caracas es, en el ámbito territorial del Distrito Capital, el órgano ejecutivo de la entidad federal, por lo tanto es, sin que se diga, el Gobernador del Distrito Capital. Pero ello no implica que pueda extender esas competencias sobre el Estado Miranda. Por ahora nos interesa destacar que una entidad federal sin gobernador, o mejor, teniendo como gobernador a una persona que ejerciera otras funciones, con lo cual se evitan complicaciones y sobre todo, se ahorra el costo de dos estructuras burocráticas superpuestas, estuvo planteado en el debate de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que *Brewer Carías* expresó: “La (vía) menos conflictiva políticamente es la solución de volver al esquema del Distrito Federal, *incluso sin necesidad de que tenga Gobernador...* (Debate del 20-10-99, p. 47).

El Cabildo Metropolitano ejerce las funciones de Consejo Legislativo del Distrito Capital, aunque ello no esté dicho en ninguna parte. De lo contrario ¿cuál sería el órgano legislativo de esta entidad federal? ¿o es que puede existir una entidad federal sin órgano legislativo? El Concejo Municipal del Municipio Libertador no puede cumplir tal papel, porque probablemente existirán otros Municipios en el Distrito Capital (el artículo 38 de la Ley Especial lo anuncia). Por ello es necesario concluir que, así como la primera autoridad ejecutiva en el Distrito Capital es el Alcalde Metropolitano de Caracas, de igual modo el Cabildo Metropolitano es el órgano legislativo del Distrito Capital, sin que ello esté expresado en la Constitución ni en la ley, lo que nos obliga a leer entre líneas a la Ley Especial para conocer su sentido.

Conforme a lo expuesto, y de acuerdo a la legislación actualmente vigente, el Distrito Metropolitano de Caracas es una figura asimétrica en el sentido de que sus autoridades tienen competencias diferentes según el ámbito territorial de que se trate: en el territorio del Distrito Capital, el Alcalde Metropolitano y el Cabildo Metropolitano acumulan sus funciones propias (municipales) con las que corresponden a las autoridades de las entidades federales. En el ámbito de los Municipios mirandinos del Área Metropolitana de Caracas, en cambio, las autoridades mencionadas sólo tienen competencias municipales de carácter metropolitano, y no pueden ejercer funciones que pertenecen al Distrito Capital, porque las competencias estatales están atribuidas a las autoridades del Estado Miranda. Al examinar el régimen de la hacienda pública del Distrito Metropolitano de Caracas se pondrá en evidencia, con mayor fuerza, el carácter asimétrico que le asignamos al arreglo institucional del área metropolitana de Caracas y la incompreensión que ha habido a este respecto.

Debemos observar también que el esquema resultante de la transacción que se dio en la ANC para establecer el régimen institucional del valle de Caracas ha sido objeto de críticas. Por una parte, la doctora María de los Ángeles (Maruja) Delfino ha expresado lo siguiente:

Así, a diferencia del Distrito Federal que tenía su propio ejecutivo (el Gobernador), el Distrito Capital no cuenta con uno exclusivo de la entidad pues el Alcalde Metropolitano, que pasa a ser el jefe ejecutivo y superior jerárquico del Distrito Capital, asume, por disposición expresa de la Ley que crea al Distrito Metropolitano y la Ley de Transferencia, las competencias que correspondían al Gobernador del Distrito Federal. Ello no significa otra cosa que el órgano ejecutivo del Distrito Capital es “compartido” con los cuatro municipios mirandinos ubicados en el valle de Caracas. Y si a esta circunstancia unimos el hecho de que en la selección del Alcalde Metropolitano también intervienen electores distintos a los del Distrito Capital, tanto la elección de sus propias autoridades como el disfrute de un gobierno propio son, hasta el momento, frases huecas. Pero además de jefe del ejecutivo, el Alcalde Metropolitano es el superior jerárquico de los órganos y funcionarios de la Administración del Distrito Capital y, en consecuencia, administra su hacienda

pública, elabora su proyecto de presupuesto y decreta y contrata la ejecución de obras públicas, con el agravante de que la entidad Capital no cuenta con un propio ni autónomo órgano de control para vigilar e inspeccionar a su ejecutivo. Por si fuera poco, el Distrito Capital tampoco posee órgano legislativo alguno. Su situado constitucional pasa a formar parte de los ingresos metropolitanos, deducido el aporte correspondiente al Municipio Libertador. Y sus activos y pasivos sirven para la determinación de los elementos originarios que constituirán la Hacienda Pública metropolitana, de lo que resulta que dentro del territorio propio del Distrito Capital coexisten dos ámbitos de gobierno -el metropolitano y el municipal- pero no el propio o exclusivo del Distrito Capital. *No deja de ser una paradoja el que, hoy por hoy el Distrito Capital esté desprovisto de competencias, bienes y recursos propios*, vaciándolo de cometido estatal, sin deberes ni derechos y sin órganos autónomos de gobierno (Documento mimeografiado producido por la Asociación Plan Estratégico de Caracas con el nombre de “*Gobernabilidad de Caracas: el Distrito Federal/Capital*”)

Particularmente perspicaz es la observación de Maruja Delfino de que en la elección del Alcalde Metropolitano intervienen electores diferentes a los habitantes del Distrito Capital, de modo que cuando dicho funcionario actúa como Gobernador del Distrito Capital su investidura no proviene exclusivamente de los electores de la entidad federal. En cambio, debemos acotar que los recursos por concepto de situado que corresponden al Distrito Capital no pasan, al menos en teoría, a formar parte de los ingresos metropolitanos, porque en el artículo 23 de la Ley Especial se dispone que “El ingreso referido en el numeral 3 del artículo 22 (situado del Distrito Capital), deberá ser destinado a gastos en el ámbito territorial del Distrito Capital”. Pero además, el Distrito Capital no está desprovisto de competencias, bienes y recursos propios, sino que los mismos se ejercen o se administran por las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas, en el ámbito territorial del Distrito Capital.

La otra crítica al esquema institucional finalmente adoptado para la Gran Caracas provino del doctor Brewer. En su libro *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*, antes citado, este autor expresó lo siguiente:

En las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Constitución de 1999, la propuesta original no fue cambiarle el nombre al Distrito Federal, sino crear un “Distrito Capital” en un territorio que abarcara mucho más que el del antiguo Distrito Federal, es decir, además de éste, el de los territorios de los Municipios Chacao, Sucre, Baruta y el Hatillo del Estado Miranda, equivalente al territorio geográfico del valle de Caracas y sus zonas más próximas. Se propuso así, inicialmente, separar del Estado Miranda esos Municipios e integrarlos territorialmente al Distrito Capital, como una nueva entidad política en el territorio nacional. Lamentablemente, factores políticos circunstanciales impidieron la solución definitiva para Caracas, y el debate terminó con el establecimiento del Distrito Capital *única y exclusivamente en el territorio del antiguo Distrito Federal*, pero con la mención expresa de que debía preservarse “la integridad territorial del Estado Miranda (Disposición Transitoria Primera)” (p. 109).

Con relación a estos conceptos debemos expresar algunas observaciones:

En primer lugar, en la configuración adoptada sí influyeron factores políticos, pero no solamente circunstanciales. Ya en 1971, como antes dijimos, el mismo Brewer había expresado en su trabajo *Problemas Institucionales del Área Metropolitana de Caracas*, que “En todo caso, en países como Venezuela, con gran autonomía local, políticamente la fórmula de la anexión no es viable, además de que difícilmente la población citadina la aceptaría” (p. 7). De allí se desprende que los factores políticos eran más bien de carácter estructural. La cuestión de fondo radica en que los habitantes del este de Caracas tienen concepciones e intereses diferentes a los del oeste, independientemente

del nivel socioeconómico en que se encuentren, y que esas diferencias tienden a profundizarse, tal como se observa de los acontecimientos políticos recientes. Un ejemplo de esta afirmación es que en los días 13 y 14 de abril de 2002 no hubo saqueos en el este de la ciudad.

En segundo lugar, la segregación de los Municipios del este de Caracas para pasarlos al Distrito Capital habría tenido consecuencias financieras muy graves para el Estado Miranda. Dado que el situado constitucional se otorga principalmente en proporción a la población, si la mayor parte de los habitantes del Estado Miranda pasaba al Distrito Capital, el situado de dicho Estado se habría disminuido proporcionalmente. El Estado Miranda habría dejado de ser la entidad federal con el mayor situado para convertirse en una entidad de octavo nivel, lo que la colocaría en un rango de ingresos por este concepto similar al que actualmente corresponde al Estado Vargas. Y nadie podría garantizar que se aseguraría un mejor nivel de vida para los habitantes que anteriormente habrían pertenecido al Estado Miranda.

En tercer lugar, en un sistema democrático, participativo y referendario como el que se aspira a instaurar con la nueva Constitución, las poblaciones involucradas debían ser consultadas si se pensaba introducir un cambio de tanta magnitud como la segregación de una parte importante de una entidad federal para anexársela a otra, y seguramente el resultado de la consulta habría sido negativo. Por ello, el doctor Rafael Caldera había expresado en una oportunidad que era más fácil anexar el Distrito Federal al Estado Miranda.

El mismo Brewer había sugerido en la ANC la creación de un gobierno municipal a dos niveles para el área metropolitana de Caracas porque, como había expresado en 1983, “La última gran experiencia de anexión fue la de Moscú en los años sesenta, viable por la autocracia, pero que no resulta posible en un sistema político democrático”. Por ello, si la fórmula finalmente adoptada era la única políticamente viable, no hay por qué lamentarse de lo decidido.

De modo que la inviabilidad política de la creación del Gran Distrito Capital y la desmembración del territorio del Estado Miranda no fue puramente circunstancial, a lo que se agrega que no llegó a presentarse formalmente una proposición en tal sentido, ni se sometió al órgano constituyente un estudio sobre las consecuencias que traería la adopción de una fórmula de esa naturaleza. Pero también influyeron factores del momento: el más importante de ellos fue la proximidad de las elecciones llamadas de *relegitimación*, en el año 2000, evento al que aspiraban a concurrir como candidatos a Gobernador del Estado Miranda y a Alcalde Metropolitano de Caracas algunos de los más influyentes diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, quienes habrían visto mermadas sus posibilidades electorales si daban su voto para aprobar la anexión a que nos referimos.

4. El debate en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El 11 de octubre de 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admitió el recurso de interpretación ejercido por el ciudadano Alfredo Peña, en su carácter de Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas. El recurso solicitaba la opinión del máximo Tribunal en los siguientes aspectos:

1. Interpretación de la aplicación o no del procedimiento de las enmiendas o reforma constitucional a la modificación de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano.
2. Interpretación respecto de la aplicación de la Disposición Derogatoria Única de la Constitución.
3. Interpretación con respecto al procedimiento aplicable para la Transferencia.
4. Interpretación respecto al Régimen de las Mancomunidades.
5. Interpretación respecto al Sistema de Acueducto Metropolitano de Caracas.
6. Interpretación respecto al Servicio de Transporte del Distrito Metropolitano de Caracas.
7. Interpretación respecto a otras competencias generales.

El recurso interpuesto tenía por objeto afirmar las competencias y la posición del Distrito Metropolitano de Caracas frente al Poder Nacional, frente a los Municipios del area metropolitana de Caracas y frente al Estado Miranda. Por tal razón, se hicieron parte en el juicio representantes de cada uno de los Municipios mencionados, del Consejo Legislativo y del Gobernador del Estado Miranda, un grupo de diputados a la Asamblea Nacional por dicho Estado y el Vicepresidente del Cabildo Metropolitano, todos los cuales consignaron sus opiniones sobre los aspectos del debate que les interesaba particularmente.

En el procedimiento a que nos referimos se ventilaron aspectos de sumo interés: unos relacionados con la facultad misma de la Sala de realizar la interpretación solicitada, otros referidos a la naturaleza y a las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas y a su régimen hacendístico. El 13 de diciembre de 2000 la Sala Constitucional dictó su sentencia, sobre la cual haremos seguidamente algunos comentarios.

A. La competencia de la Sala

En la solicitud de interpretación se afirma que la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas tiene *naturaleza constitucional*, para justificar la competencia de la Sala para efectuar la interpretación solicitada, toda vez que en dicha Ley no se prevé la figura del recurso de interpretación con respecto a sus disposiciones. Por tanto, dado que la jurisprudencia de la Sala Constitucional había establecido su competencia para interpretar la Constitución con fundamento en el artículo 335 del Texto Fundamental, el recurrente consideró necesario asimilar la Ley Especial al texto constitucional.

En su sentencia la Sala expresó que “Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, tiene que ostentar al menos, el carácter de Ley Orgánica, así no se le haya dado tal denominación”; que “la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, emanada de la Comisión Legislativa Nacional, es una ley ordinaria” y que “el procedimiento para la modificación de las leyes mencionadas es el de la formación de las leyes y no el de las enmiendas o reformas constitucionales”.

No obstante lo anterior, la Sala afirma su competencia para interpretar las leyes mencionadas con el argumento de que “Es la Sala Constitucional el intérprete auténtico de la Asamblea Nacional Constituyente una vez que dicho cuerpo quedó disuelto, por lo

tanto, le corresponde a la Sala la interpretación del régimen legislativo, que en uso del poder que le otorgó el pueblo soberano, fue dictando la Asamblea Nacional Constituyente. Ello significa que la interpretación de los actos legislativos del Poder Constituyente forman parte de la interpretación constitucional, a ella, según los casos se equipara, y así se declara”.

B. Sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano de Caracas

En la sentencia de interpretación se expresan criterios a veces adecuados, a veces contradictorios, pero siempre incompletos sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano de Caracas, en la siguiente forma:

De un lado, se asientan correctamente criterios como los siguientes: “la Asamblea Nacional Constituyente, dentro de su poder creativo y sin salirse de los límites de la mencionada Disposición Transitoria Primera, conjugó al gobierno municipal de dos niveles, previsto en el artículo 18 para la unidad territorial de la ciudad de Caracas, en un Distrito Metropolitano, el cual es una entidad estrictamente municipal, y así se declara”. Y también que “El Distrito Metropolitano de la Ciudad de Caracas, se refiere a una fórmula de administración a nivel municipal, y no puede confundírsele con un territorio federal autónomo, ya que el Constituyente no sólo no lo expresó así, sino que obró conforme al artículo 18 constitucional, que tomó en cuenta al Distrito Capital, como parte de la organización política del territorio nacional, diferenciado de otras entidades político-territoriales, como los Estados”.

Pero la Sala comienza a introducir nociones confusas cuando se refiere al arreglo institucional previsto para Caracas, cuyo “objeto es fusionar varios municipios y entes territoriales (Distrito Capital) para un nuevo desarrollo de gobierno municipal”, cuando la creación de Distritos Metropolitanos no implica la fusión de Municipios, y menos de éstos con una entidad federal, sino que es simplemente una distribución de competencias entre entes municipales, los cuales conservan cada uno su individualidad.

C. Sobre el Distrito Capital

Con relación al Distrito Capital se señala en la sentencia que: “La Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, refiere claramente que se trata de una integración a nivel municipal, entre el Distrito Capital (sic) y los Municipios del Estado Miranda que la ley señala en su artículo 2, por lo que no puede pretenderse que ha surgido dentro de la división político-territorial presente en el artículo 16 de la vigente Constitución, un nuevo componente de la organización político-territorial de la República, distinta a la formada por los Estados, el Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales”.

Expresa también la Sala al referirse al conjunto normativo que crea el Distrito Metropolitano de Caracas que es necesario que se dicte la ley sobre el régimen del Distrito Capital, aspecto éste al que nos referiremos en la tercera parte de estas consideraciones.

De lo expuesto se infiere claramente que el Distrito Capital no es un ente componente del Distrito Metropolitano, sino una entidad federal autónoma y que ese carácter no se pierde por la circunstancia de que ambos Distritos tengan unas autoridades comunes.

D. Sobre el carácter asimétrico del Distrito Metropolitano de Caracas

La sentencia que comentamos expresa correctamente la naturaleza municipal del Distrito Metropolitano y el carácter de entidad federal del Distrito Capital, pero la Sala no llegó a pronunciarse sobre el alegato que presentamos en el juicio, de que las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas tienen una doble condición, porque en el ámbito territorial del Distrito Capital ejercen adicionalmente las competencias que corresponden a una entidad federal. Esa ausencia de precisión sobre un aspecto fundamental para aclarar muchos de los temas en discusión originó incoherencias en la sentencia y no contribuyó a clarificar los conceptos de la Asamblea Nacional, sobre todo en cuanto al régimen hacendístico del Distrito Metropolitano, tal como lo veremos posteriormente. En su lugar, se desprende de la sentencia que para la Sala Constitucional las autoridades del Distrito Metropolitano tienen competencias homogéneas en todo su ámbito territorial, producto de la fusión de entes municipales con una entidad federal, lo cual no es cierto.

E. El régimen de las competencias

El pedimento fundamental que hizo el Alcalde Metropolitano de Caracas a la Sala Constitucional se refiere a la delimitación de competencias entre las autoridades metropolitanas y las nacionales, y entre aquéllas y las municipales. El tema es complejo, sobre todo por defectos de la Ley Especial, y el abordaje de aspectos sectoriales rebasa la intención de las presentes consideraciones. Brewer destaca que todas las competencias metropolitanas y locales son concurrentes entre ambos niveles y sin embargo la Sala decidió que, con respecto a la enumeración de las competencias que asignan a los Municipios tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Régimen Municipal, existen unas que son exclusivamente metropolitanas, mientras que otras son exclusivamente municipales, lo cual es incorrecto. Para Brewer, “La Sala debió sólo interpretar en las mismas competencias municipales, conforme al artículo 19 [de la Ley Especial], qué ámbito *macro* correspondía al nivel distrital metropolitano y qué ámbito ‘micro’ correspondía al nivel municipal” (*Federalismo y Municipalismo, cit.*, p. 129).

Seguidamente, Brewer presenta la distribución de los ámbitos competenciales que, en su opinión, ha debido hacer la Sala entre el nivel municipal y el metropolitano y se refiere a las siguientes materias: ordenación territorial, arquitectura civil, viviendas de interés social, parques y recreación, vialidad urbana, circulación y ordenación del tránsito de vehículos, transporte urbano, protección del ambiente, tratamiento de residuos sólidos, protección civil, salud, los servicios públicos domiciliarios (agua potable, electricidad y gas doméstico), alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas y servicios de policía.

Con respecto a este último servicio, Brewer expone que se trata de una competencia que corresponde a los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano y establece la distinción entre las competencias metropolitanas, que son las que se señalan en el numeral 8 del artículo 19 de la Ley Especial (“Servicios de policía de orden público en el ámbito metropolitano, así como de policía administrativa con fines de vigilancia y fiscalización en las materias de su competencia”), lo que no implica la extinción de los servicios de policía de orden público en el ámbito municipal local, ni la extinción de los servicios de policía administrativa en relación con los bienes y actividades de cada Municipio (*ibidem*, p. 148). Por nuestra parte, consideramos

conveniente formular algunas consideraciones sobre un aspecto que aborda la Sala en su sentencia y con respecto al cual no se había solicitado interpretación: se trata de la delimitación de los servicios de policía metropolitanos y los correspondientes al Estado Miranda.

En este caso, el interés del Alcalde Metropolitano era el de obtener la reiteración de que la Policía Metropolitana dependía de la Alcaldía Metropolitana y no del Poder Nacional. La respuesta de la Sala fue positiva para sus pretensiones, pero la sentencia se extendió en consideraciones que no estaban en debate y que ameritan un comentario especial. Afirmó la Sala lo siguiente:

No tiene dudas la Sala, que la Policía Nacional a ser creada, puede obrar en los Distritos Metropolitanos, debido a su carácter nacional, mas no la Policía Estatal, cuando un Distrito Metropolitano, como el de la ciudad de Caracas, esté formado por entes político-territoriales correspondientes a dos entidades diferentes, ya que si la finalidad de los Distritos Metropolitanos es la armonía de los servicios de la metrópolis, resulta un contrasentido que en un territorio, funcionen policías locales con direcciones distintas, que hasta podrán ser opuestas. Por ello, considera la Sala que los Distritos Metropolitanos con territorios en diversas entidades político-territoriales, escapan de la previsión del numeral 6 del artículo 164 de la Constitución de 1999, ya que las leyes estatales no podrán determinar las ramas del servicio policial atribuidas a la competencia municipal, y cuáles en el mismo territorio del Estado corresponderán a las policías estatales, ya que ello chocaría o pudiera contradecir con lo que los Cabildos Metropolitanos han decidido para ordenar la metrópolis.

Las afirmaciones que anteceden significan un desconocimiento de la naturaleza de los Distritos Metropolitanos, en particular del de Caracas, y una infracción al mandato contenido en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución en cuanto ordena preservar la integridad territorial del Estado Miranda. En efecto, ha quedado sentado que la figura del gobierno municipal a dos niveles para establecer la unidad político territorial de la ciudad de Caracas no puede afectar, limitar ni restringir en forma alguna las competencias de las entidades federales involucradas. Si tal fuera el caso, no se trataría de una figura municipal sino de la creación de una nueva entidad federal y ello infringiría lo dispuesto en los artículos 16 y 18 de la Constitución. El primero de los artículos mencionados, porque es el que enumera las entidades federales (los Estados y el Distrito Capital), y allí no cabe una figura mixta, que englobe competencias municipales y estatales. El segundo, precisamente porque se refiere a *un gobierno municipal a dos niveles*, es decir, que lo que se regula es una figura exclusivamente municipal, por lo cual no puede asumir competencias de los Estados vecinos.

Pero además, el criterio expuesto de la Sala Constitucional configura una lesión a la integridad territorial del Estado Miranda. Este concepto no lo entendemos solamente como la prohibición de sustraer un pedazo de territorio de dicho Estado para anexarlo a otra entidad federal o a un distrito metropolitano, sino sobre todo, como la orden del Constituyente de preservar la integridad de las competencias y potestades de dicho Estado, que no pueden verse afectadas por la conformación de una mancomunidad obligatoria de algunos de sus Municipios con el o los Municipios del Distrito Capital.

En efecto, de acuerdo al ordenamiento constitucional (art. 164, numeral 6), los Estados tienen dos competencias con respecto al servicio público de policía: “La organización de su policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable”. Por otra parte, la Constitución atribuye al Poder Nacional la competencia para crear la policía nacional (art. 156, numeral 6), lo cual debía haber hecho la Asamblea Nacional dentro del primer

año, contado a partir de su instalación, conforme lo dispone el numeral 9 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución.

Como consecuencia de lo expuesto, en un mismo ámbito territorial pueden existir servicios de policía nacional, estatal o municipal, porque así lo dispone la Constitución. Pero además, cuando la policía municipal se separa en dos niveles municipales, el local y el metropolitano, como ocurre en los casos de creación de los distritos metropolitanos previstos en los artículos 170 al 172 de la Constitución y en el Distrito Metropolitano de Caracas, existen cuatro niveles para la prestación de dichos servicios: el nacional, el estatal, el metropolitano y el municipal. La necesaria coordinación de los servicios en esos niveles debe ser motivo de preocupación para las autoridades competentes, pero ese no es el objeto de estas consideraciones.

Lo cierto es que la Sala Constitucional actuó incorrectamente al establecer el criterio, que nadie le había solicitado, de que la Policía del Estado Miranda no puede ejercer sus funciones de vigilancia en una parte del territorio del Estado, el que corresponde a los Municipios Chacao, Baruta, el Hatillo y Sucre. La Sala no tiene facultad para modificar las competencias que la Constitución asigna a un Estado, y menos al Estado Miranda, cuya integridad territorial debe ser preservada por mandato constitucional. Pero además, impedir que la Policía del Estado Miranda ejerza sus labores de vigilancia en una parte de su territorio significa que se priva a los habitantes de esos Municipios de un servicio público que se financia con recursos que son de todos los mirandinos.

Afortunadamente, el criterio erróneo de la Sala en este aspecto no tiene el carácter vinculante que a sus interpretaciones otorga el aparte único del artículo 335 de la Constitución, porque se trata de menciones incidentales, que están fuera del objeto de la consulta y sobre las cuales no existió, por tanto, la posibilidad de que los interesados expusieran su criterio.

F. El régimen de las transferencias de competencias

En este aspecto también se observan incoherencias en la sentencia que examinamos, por la negativa de la Sala Constitucional a admitir el carácter asimétrico de la solución institucional que se adoptó para Caracas. En tal sentido, expone la Sala el criterio general de que “los Distritos Metropolitanos, al no ser Estados, no pueden recibir transferencias del poder público nacional, sobre las materias enumeradas en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público”. Esa misma fórmula la aplica al Distrito Metropolitano de Caracas cuando expresa, refiriéndose a la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, lo siguiente:

...el artículo 2 extendió los efectos de dicha ley a la Gobernación del Distrito Federal. En consecuencia, las competencias nacionales que se hubieren transferido a la Gobernación del Distrito Federal, Distrito que era un ente *sui generis*, con un régimen jurídico distinto al de los Estados, se trasladarán de pleno derecho al Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas, conforme a la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas; pero las competencias que prestaba el Poder Nacional en el Area Metropolitana de Caracas, que no hubieren sido transferidas al Distrito Federal, conforme al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, no podrán serle trasladadas al Distrito conforme a esa ley, *ya que el Distrito Metropolitano no es una entidad estatal*, a las cuales se refiere la última ley citada (destacado nuestro).

No obstante lo anterior, en forma contradictoria, la Sala expresa en otra parte de su sentencia que “...es necesario que hacia el futuro *las transferencias de competencias del Poder Público Nacional al Distrito Metropolitano de Caracas, deben ser producto de mecanismos de transferencia (formales)*” (destacado nuestro).

Las contradicciones de la Sala apuntadas, a pesar de que el asunto está resuelto en el artículo 32 de la Ley Especial, se explican porque la Sala no admitió el carácter asimétrico de esta figura. De haberlo hecho, resultaría claro que, en la situación actual del ordenamiento resultante de la Constitución y de la Ley Especial, las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas, en tanto que autoridades del Distrito Capital, pueden recibir las mismas transferencias que los Estados (y que el extinto Distrito Federal, cuyo continuador es el Distrito Capital), para ser ejercidas exclusivamente en el ámbito del Distrito Capital. Asimismo, dichas autoridades pueden recibir las mismas transferencias que los Municipios, para ser ejercidas en todo el ámbito territorial del Distrito Metropolitano de Caracas.

II. EL RÉGIMEN HACENDÍSTICO DEL DISTRITO CAPITAL Y DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS

La acumulación de funciones municipales metropolitanas y las correspondientes al Distrito Capital en unas mismas autoridades ha originado posiciones encontradas y criterios contradictorios o incoherentes en legisladores y jueces.

1. El inicio de la controversia

En la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del 28 de enero de 2000, con ocasión de la segunda discusión del proyecto de Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, se debatió sobre el financiamiento de esta figura. El constituyente Segundo Meléndez planteó su preocupación por algunas disposiciones del proyecto, en los siguientes términos: “De acuerdo con lo previsto en este artículo 22, el aporte central, y yo diría que casi determinante en el funcionamiento del Distrito Metropolitano de Caracas, son los ingresos por situado del hoy Distrito Federal o de lo que conforma el Municipio Libertador. O sea que con los ingresos por situado de los pobladores de lo que fue el Distrito Federal se va a poner a funcionar y administrar toda la ciudad de Caracas”. En vista de que tal distribución poco equitativa de los recursos limitaba la calidad de vida de la parte oeste de la ciudad, propuso Meléndez que “de la cuota parte [del situado] que le corresponde al Estado Miranda por ese concepto sea destinada al Distrito Metropolitano de Caracas lo que corresponda al número de pobladores asentados en los municipios que se integran al Distrito Metropolitano de Caracas”.

La preocupación expresada por este constituyente con relación al proyecto en discusión era justa, pero revelaba al mismo tiempo desconocimiento de la naturaleza de la figura adoptada en la Constitución. El constituyente Luis Camargo le respondió que “...es un viejo concepto que tiene Segundo, de crear un estado, pero nosotros, lamentablemente para Segundo y afortunadamente para mi criterio, no conformamos un estado; conformamos otra cosa. Esa tesis de él, de crear un estado no triunfó. Ahora él quiere, en desmedro de un Municipio, intentar crear del Distrito Metropolitano una Gobernación. Eso es incorrecto”.

Después de una amplia discusión sin llegar a un acuerdo, se nombró una Comisión para estudiar las normas en debate y al final de la misma sesión se sometió a consideración una nueva propuesta sobre los ingresos del Distrito Metropolitano, en la siguiente forma:

El artículo 22, numeral 3, quedaría redactado así: “El Situado Constitucional que corresponda al Distrito Capital deducido el aporte correspondiente al o los Municipios de esta entidad” y, además, agregar un nuevo artículo redactado de la siguiente manera: “*Artículo 23. El ingreso referido al numeral 3 del artículo 22 deberá ser destinado a gastos en el ámbito territorial del Distrito Capital*”.

Esta discusión, y la fórmula final a que se llegó -igual a la propuesta-, puso de manifiesto la diferencia entre el Distrito Capital y el Distrito Metropolitano: al primero le correspondía una asignación por concepto de situado igual a la de un Estado, pero esos recursos no podían ser utilizados por las autoridades metropolitanas sino en el ámbito de la entidad federal. Ello equivale a decir a decir que una entidad federal no debe gastar los recursos del Situado en otra entidad federal, lo que hubiera sido innecesario si en la Ley Especial se hubiera definido, con carácter general, la naturaleza asimétrica del Distrito Metropolitano: en la parte de éste que ocupa el Distrito Capital, las autoridades metropolitanas tienen las competencias y los recursos del Distrito Capital, además de las que les corresponden por el Distrito Metropolitano.

En la redacción de la Ley Especial el criterio expuesto quedó claro con respecto a la distribución del situado, mas no con relación a otros aspectos, como son los que examinaremos seguidamente.

2. El Régimen Tributario

Diversas cuestiones se han suscitado con relación al régimen tributario del Distrito Metropolitano y que no han sido debidamente resueltas, a causa de las confusiones que han existido sobre la naturaleza y las competencias de esta figura institucional. Examinaremos algunas de ellas.

A. Aspectos generales

En el artículo 20 de la Ley Especial se enumeran los elementos que integran la Hacienda Pública Metropolitana y en el numeral 3 del mismo artículo se incluyen “Los ingresos provenientes de su competencia tributaria, inclusive el producto de las tasas administrativas y las derivadas del uso o aprovechamiento de sus bienes”. En el artículo 22, *eiusdem*, referido a los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas, se señalan “las tasas por el uso de sus bienes y servicios”, que en principio son ingresos de naturaleza tributaria y, en el artículo 24, *eiusdem*, se dispone lo siguiente:

El Distrito Metropolitano de Caracas podrá crear, recaudar e invertir ingresos de naturaleza tributaria conforme a la ley, y en particular:

1. *Los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución de la República, así como los que sean asignados de acuerdo con la Ley prevista en el numeral 5 del artículo 167 de la Constitución de la República;*
2. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que determine la ley.

Conforme a estas normas, el poder tributario del Distrito Metropolitano de Caracas se refiere a las tasas por el uso de sus bienes o por los servicios que preste y los tributos que tiene asignados los Estados y los que el futuro se les atribuyan. Las tasas suscitan cuestiones de muy diversa naturaleza que no podemos discutir ahora, nos limitaremos a señalar que las tasas propiamente tributarias se causan por la prestación de servicios inherentes al Estado, pero nunca por el uso de bienes. En este último caso se trataría de precios o contraprestaciones, de modo que incluso el texto constitucional (art. 179, numeral 2), utiliza la expresión *tasas* en sentido amplio, poco técnico.

En términos generales, los distritos metropolitanos no tienen poder tributario (poder para crear tributos), éste está reservado a las personas públicas territoriales: la República, los Estados, el Distrito Capital y los Municipios. En el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución se dispone, en su parte final, que es de la competencia del Poder Público Nacional “los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución y la ley”, de donde resulta: i) que no hay tributos metropolitanos y ii) que la competencia residual en materia tributaria es del Poder Nacional. Obsérvese que en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se regulan los ingresos de los distritos metropolitanos (art. 26) y en el numeral 26 se menciona “El cincuenta por ciento (50%) de los impuestos creados y recaudados por los municipios agrupados”, pero no se alude a los tributos que pudieran recaudar estas figuras municipales. En la Constitución (art. 171), por su parte, no se menciona el poder tributario de los distritos metropolitanos. Luego, éstos no pueden pretender competir con los municipios en el ejercicio de poderes tributarios y crear, en consecuencia, tributos municipales, además de que reciben una parte de la recaudación tributaria del Municipio. Tampoco pueden pretender los Distritos Metropolitanos que se les asignen o transfieran poderes tributarios de los Estados, porque, como dijo la Sala Constitucional, los Distritos Metropolitanos no son Estados.

Cabe entonces interrogarse sobre cuáles son los tributos estatales que puede crear y recaudar el Distrito Metropolitano de Caracas según la Ley Especial. Después de lo dicho anteriormente, la respuesta es obvia: el Cabildo Metropolitano de Caracas, que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico tiene a su cargo las funciones legislativas que corresponden al Distrito Capital, puede crear tributos estatales para ser recaudados en el ámbito territorial del Distrito Capital, mas no en el de los municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas. Es cierto que cuando en la Ley Especial se alude al poder tributario del Distrito Metropolitano de Caracas no hace el señalamiento que este poder se limita al ámbito del Distrito Capital, pero la interpretación no puede ser otra, pues de lo contrario se infringirían principios constitucionales.

En efecto, si el Cabildo Metropolitano pudiera crear tributos estatales en el territorio del Estado Miranda se habría producido un desmembramiento jurídico de dicho Estado, en infracción a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, además de que sobre unos mismos habitantes y sobre un mismo territorio se estarían ejerciendo simultáneamente dos poderes tributarios estatales.

Por supuesto que los ingresos tributarios que recaude el Distrito Metropolitano en el territorio del Distrito Capital deberán ser invertidos en este mismo ámbito, en forma similar a como se hace con el situado que corresponde al Distrito Capital y que recibe la Alcaldía Metropolitana de Caracas. El criterio expuesto, sin embargo, no ha sido entendido así, hasta ahora, ni por la Sala Constitucional ni por la Asamblea Nacional.

B. El Criterio de la Sala Constitucional

El Alcalde Peña en su solicitud de interpretación pide a la Sala Constitucional que se pronuncie sobre el pretendido derecho de la Alcaldía Metropolitana a percibir ingresos en toda la jurisdicción del Distrito Metropolitano de Caracas por concepto de timbres fiscales, por minerales no metálicos y por una participación en el peaje que recauda el Estado Miranda en la Autopista Regional del Centro. Nos referiremos a estos aspectos separadamente.

(a) La recaudación por venta de especies fiscales

La Sala Constitucional parte del principio de que el numeral 3 del artículo 167 de la Carta Fundamental incluye entre los ingresos de los Estados “el producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales” y de allí deduce que:

Entre las formas de pago de los tributos se encuentran las especies fiscales, entre los cuales se cuentan los ramos de papel sellado y estampillas (artículo 39 del Decreto N° 363 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal, de fecha 22 de octubre de 1999) por lo que este rubro podría ser explotado, pero sólo para pechar servicios metropolitanos, y no otros distintos. Las especies fiscales como instrumentos de pago, pueden ser creadas por cualquier municipalidad (sic), y por el Distrito Metropolitano, pero estas especies sólo pueden ser usadas para cancelar los impuestos, tasas o contribuciones que el Distrito Metropolitano o el Municipio puedan aprobar al no colidir con otros impuestos nacionales o estatales.

Los criterios expuestos de la Sala son errados por las siguientes razones:

Los timbres fiscales son unos tributos -o mejor, instrumentos para cancelar determinados tributos- que pertenecieron a los Estados desde la Constitución Federal de 1864 hasta que se promulgó la Constitución de 1947. En este último texto se transfirió el timbre fiscal al ámbito nacional, y así se mantuvo en las Constituciones de 1953 y 1961. Al iniciarse el proceso de descentralización, en 1989, se devolvió el papel sellado a los Estados que aceptaran la transferencia, como competencia exclusiva, conforme a lo dispuesto en el ordinal 3° del artículo 11 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. En la Constitución vigente se incluye, entre los ingresos de los Estados, el producto de lo recaudado por los ramos de papel sellado, timbres y estampillas (art. 167.3), aunque según la Disposición Transitoria Decimotercera de la misma Constitución, se mantiene el régimen vigente sobre estos ramos de ingresos, hasta tanto los Estados asuman por ley estatal las competencias referidas.

Luego, desde la última Constitución, los tributos que según la Ley de Timbre Fiscal se recaudan mediante la venta de especies fiscales, pertenecen a los Estados que han asumido esa competencia, con carácter exclusivo, a pesar de que esos servicios son nacionales. Por lo tanto, el Distrito Capital, como entidad federal, tendría competencia para percibir el producto de lo recaudado por ese concepto, si asumiera tal competencia, pues según el artículo 32 de la Ley Especial “La Asamblea Nacional podrá atribuir al Distrito Metropolitano de Caracas determinadas competencias nacionales con el fin de promover la descentralización política y administrativa”. Pero si la recaudación a que nos referimos la hicieran las autoridades metropolitanas en el Estado Miranda se produciría una infracción al principio de preservación de la integridad territorial de dicho Estado.

En lugar de declarar un criterio de este tenor, la Sala Constitucional construye la tesis de que los timbres fiscales son simples instrumentos de pago, y que tanto los Municipios, como el Distrito Metropolitano de Caracas, pueden exigirlos por los servicios que presten. Este orden de razonamiento conduce a que todos los organismos públicos que presten servicios, así sean Ministerios, institutos autónomos o servicios autónomos sin personalidad jurídica, tienen también derecho a emitir especies fiscales como medio de pago de los servicios que presten, desde el momento en que no se exige un poder tributario territorializado. El criterio escogido por la Sala Constitucional desconoce el principio de la territorialidad de los tributos, consagrada en el Código Orgánico Tributario, conforme al cual “Las normas tributarias tienen vigencia en el ámbito espacial sometido a la potestad del órgano competente para crearlos” (art. 11), puede generar una múltiple imposición sobre un grupo de ciudadanos y desconoce el ordenamiento jurídico que regula el régimen de los timbres fiscales, que se refiere exclusivamente a la prestación de servicios nacionales como hecho imponible del tributo.

Para evidenciar la incongruencia del criterio judicialmente adoptado, basta con hacer un ejercicio de imaginación e interrogarse sobre lo que ocurriría si se dictara una Ley del Distrito Capital, en la que se asignaran a este ente autoridades distintas a las del Distrito Metropolitano. En esta hipótesis, que no es descabellada porque el proyecto correspondiente ha sido introducido en la Asamblea Nacional, se evidenciaría que las autoridades metropolitanas no pueden exigir tributos estatales, salvo cuando actúan en ejercicio de competencias del Distrito Capital y únicamente en el ámbito territorial de éste.

(b) El caso de los minerales no metálicos

Con relación a los tributos sobre los minerales no metálicos y otros, ramo tributario asignado a los Estados por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Competencias del Poder Público, la Sala interpreta que “Mal puede entenderse que, porque el numeral 2 del citado artículo 176, exprese entre los ingresos estatales las tasas por el uso de sus bienes y servicios, o los procedentes de la administración de sus bienes (numeral 1), se pretenda que como los Estados tienen acceso a la explotación de los minerales no metálicos, el Distrito Metropolitano de Caracas pueda pechar su explotación”. Ello en virtud de que “Los minerales no metálicos (ordinal 2º del artículo 11 de la Ley Orgánica bajo análisis), pueden ser transferidos por el Poder Público Nacional a los Estados, quienes pueden administrar y explotar los yacimientos, y pechar las explotaciones realizadas por terceros, pero tales impuestos nacen de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, y no de la Constitución, que es a quien se remite el numeral 1 del artículo 24 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas. En consecuencia, carece en este rubro el Distrito Metropolitano de Caracas de poder impositivo, y así se declara”.

Por nuestra parte consideramos que la Ley de Descentralización se encuentra vigente y que las autoridades del Distrito Metropolitano pudieran establecer tributos sobre la materia a que nos referimos -en el ámbito territorial del Distrito Capital-, si cumplieran los procedimientos requeridos en la ley mencionada, de acuerdo a las adaptaciones necesarias para suplir la ausencia del Senado.

(c) *La participación en el peaje*

El Alcalde Peña expresó a la Sala Constitucional su criterio de que al Distrito Metropolitano de Caracas le correspondía un porcentaje de la recaudación del peaje de la Autopista Regional del Centro, que percibe actualmente el Estado Miranda, dado que una parte de dicha autopista transcurría por el Municipio Baruta, cuyo territorio pertenece al Distrito Metropolitano. La Sala respondió que “Con relación a las autopistas y bienes nacionales, que forman parte de las transferencias que hiciera el poder público nacional a los Estados, son éstos quienes exclusivamente pueden explotarlas y fijar las tasas por su uso, y así se declara”. Debemos observar que los ingresos por peajes no tienen en Venezuela carácter tributario -como se califica en el recurso de interpretación-, pero en cuanto a la decisión de fondo el criterio de la Sala es correcto. Ello no excluye que las autoridades del Distrito Metropolitano, en ejercicio de competencias propias del Distrito Capital, pudieran establecer peajes en vías terrestres que pasen por el territorio de éste, en cuyo caso los ingresos así obtenidos deberían ser invertidos en este ámbito territorial.

C. El criterio de los proyectistas de la Asamblea Nacional

En el proceso de formulación de la Constitución que nos rige se discutió sobre la posibilidad de determinar los ramos tributarios que se asignarían a los Estados para promover la descentralización. No obstante, se prefirió mantener la situación anterior -disminuida en algunos aspectos- y efectuar tal asignación en una ley para desarrollar la hacienda pública estatal, a ser dictada dentro del primer año de instalación de la Asamblea Nacional (art. 167.5 de la Constitución y Disposición Transitoria Cuarta, numeral 6). Con este propósito, la Oficina de Asesoría Económica de la Asamblea Nacional preparó un anteproyecto de Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal, el cual fue presentado por parlamentarios del gobierno, aprobado en primera discusión el 27/3/2001 y cuyo proceso legislativo se encuentra paralizado desde esa época.

En este proyecto se regulan los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano de Caracas y se hace la debida distinción entre las competencias de dicho Distrito cuando sus autoridades actúan en nombre del Distrito Capital, es decir, que al parecer se entendió el carácter asimétrico de la figura adoptada por el Constituyente. En efecto, en el artículo 220 se incluyen las siguientes disposiciones relativas a los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano:

En primer lugar, en el numeral 3 se menciona el “Recargo sobre el impuesto sobre la renta de las personas naturales...” y se aclara seguidamente que tal recargo se refiere a las personas mencionadas “...cuyo domicilio fiscal se encuentre en el territorio del Municipio Libertador”.

En segundo lugar, en el numeral 5 del mismo artículo del proyecto se incluye entre los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano de Caracas “La cesión del impuesto sobre sucesiones y donaciones y demás ramos conexos, cuando los factores de conexión a las que se refiere el artículo 211 tengan lugar en el territorio del Municipio Libertador”.

En tercer lugar, se enumera entre los ingresos a que nos referimos el “Impuesto al consumo de combustibles derivado de hidrocarburos cuyo hecho imponible tenga lugar en territorio del Municipio Libertador” (numeral 6).

En todos estos casos, el proyectista ha tenido presente que el Distrito Metropolitano de Caracas, actuando en ejercicio de las competencias que corresponden al Distrito Capital, *no puede crear ni cobrar tributos estatales en el ámbito territorial del Estado Miranda*, porque ello distorsionaría el orden de las competencias constitucionalmente establecido y constituiría una infracción al principio que ordena preservar la integridad territorial del Estado Miranda. Por ello, las competencias tributarias mencionadas deben ser ejercidas por el Distrito Metropolitano exclusivamente en el territorio del Municipio Libertador, aun cuando para ser más preciso debería decir en “el ámbito territorial del Distrito Capital”, dado que en este espacio podrían crearse otros Municipios.

No obstante la claridad demostrada por el proyectista en los numerales mencionados del artículo 220 antes considerados, sin embargo subsisten confusiones que se reflejan en los numerales 7 y 8 del mismo artículo y en el artículo 221, *eiusdem*, por lo que de ser aprobados en la forma actual introducirían elementos de inconstitucionalidad en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal, en la forma que se expresa a continuación.

En el encabezamiento del artículo 221 del proyecto se dispone lo siguiente:

La recaudación de los Tributos asignados por esta Ley al Estado Miranda, corresponderá al Distrito Metropolitano de Caracas, en caso de que los factores de conexión establecidos por esta Ley o por ley estatal tengan lugar en la jurisdicción de municipios que integren al Estado Miranda y formen parte del Distrito Metropolitano de Caracas.

Conforme a esta disposición, corresponde al Distrito Metropolitano de Caracas la recaudación de los tributos asignados al Estado Miranda y que se generen en el ámbito de los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y El Hatillo, mencionados en el artículo 167 del proyecto, así:

1. La creación de contribuciones especiales por mejoras o plusvalías por obras o servicios públicos estatales.
2. La creación de un impuesto al consumo de combustibles derivados de hidrocarburos.
3. Los impuestos de exploración y explotación de minerales no metálicos, no reservados por la Constitución al Poder Nacional, las salinas y ostrales de perlas.
4. Un recargo sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Naturales.
5. La cesión del rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos.
6. La cesión parcial del rendimiento del Impuesto al Valor Agregado.

La norma a que nos referimos es inconstitucional y conduce a situaciones absurdas, por las siguientes razones:

En primer lugar, es inconstitucional porque una entidad federal, como es el Distrito Capital (o el Distrito Metropolitano actuando en el ámbito competencial y territorial del Distrito Capital), *no puede ejercer actividades de naturaleza estatal en otra entidad federal, como es en este caso el Estado Miranda*. Al redactar este numeral, el proyectista revela un desconocimiento de la naturaleza del Distrito Metropolitano y del significado del mandato constitucional de preservar la integridad territorial del Estado Miranda, que como antes dijimos, impone que en el ámbito espacial del Estado Miranda no puede tener validez el ordenamiento jurídico de otra entidad federal.

Si el legislador pudiera disponer que una entidad federal recaudara los tributos que corresponden a otra entidad federal, y dado que la única integridad territorial que garantiza la Constitución es la del Estado Miranda, *lo lógico sería que el Estado Miranda recaudara los tributos asignados al Distrito Capital, porque de esta forma se mantendría la integridad territorial aludida*.

Pero además de ser inconstitucional, la norma a que nos referimos conduciría a situaciones absurdas, como sería el caso de que el Distrito Metropolitano de Caracas recaudara las contribuciones especiales por mejoras que se generen en el Municipio Baruta por obras realizadas por la Gobernación del Estado Miranda, con sus recursos, cuando el principio general es el consagrado en la vigente Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social en el sentido de que dicha contribución la cobrará la entidad pública que hubiera ejecutado los trabajos (art. 15). Pero además, es absurdo que se incluya entre los tributos cuya recaudación se encomendaría al Distrito Metropolitano de Caracas, una parte del recargo del impuesto sobre la renta que establezca el Estado Miranda a las personas naturales cuyo domicilio se encuentre ubicado en su jurisdicción, *porque tal recaudación está asignada a la Administración Tributaria Nacional*, conforme a lo previsto en el artículo 207 del proyecto.

En el proyecto que examinamos, además de que se confiere al Distrito Metropolitano de Caracas la competencia para recaudar en el Estado Miranda los tributos que corresponden a esta entidad federal, se autoriza al Distrito mencionado a apropiarse del 50% de la recaudación de los tributos que en el proyecto se denominan “asignados” al Estado Miranda, cuando los mismos se generen en los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas.

En efecto, en el numeral 7 del artículo 220 del proyecto a que nos referimos se incluye, entre los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas, la “Participación del 50% en los tributos asignados por esta Ley a los Estados, a ser aplicada sobre lo recaudado por tales conceptos en los términos que establece el artículo 221 de esta Ley”. Y en el aparte único del artículo 221, *eiusdem*, se dispone que “La participación a que se refiere el ordinal 7 del artículo anterior, ingresará directamente al Tesoro del Distrito Metropolitano de Caracas, y el 50% restante habrá de ser transferido al Estado Miranda, en la oportunidad que fije la Ley o en su defecto dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para el pago por la legislación aplicable”.

Conforme a lo expuesto, la mitad de la recaudación de los tributos llamados “asignados a los Estados”, -y que son los mencionados en el artículo 167 del proyecto, antes transcrito- que se generen en el territorio del Estado Miranda, pasaría al Tesoro del Distrito Metropolitano de Caracas, si se aprobara el proyecto en su forma actual. *De esta manera no sólo se desmembraría jurídicamente el territorio del Estado y se alteraría el orden de las competencias establecido en la Constitución, sino que se causaría un perjuicio económico al Estado Miranda y también a los Municipios que lo integran, los cuales verían disminuida la asignación que les corresponde por el situado.*

Por lo demás, es absurdo que se asigne al Distrito Metropolitano de Caracas la mitad del recargo que haga el Estado Miranda a los contribuyentes del impuesto sobre la renta ubicados en los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas, si tomamos en cuenta que *el Distrito Metropolitano no ha intervenido en forma alguna en el establecimiento del recargo (cuya decisión y costo político corresponde al Estado Miranda), ni tampoco en su recaudación (que como antes dijimos está atribuida en el proyecto a la Administración Tributaria Nacional).*

Como si lo anterior fuera poco, en el numeral 8 del artículo 221 del proyecto se incluye entre los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas, el “10% de la participación determinada a favor del Estado Miranda respecto de la recaudación de

los impuestos a la producción y consumo de cigarrillos, fósforos y alcoholes, así como de Impuesto al Valor Agregado". Esta hipótesis debe ser precisada.

En el proyecto de ley que comentamos se incluye una Sección denominada "*De las participaciones de los Estados en los Tributos Nacionales*", en la que se contempla que los Estados tienen derecho a una participación sobre la *recaudación nacional* de diversos impuestos, así: el 4% de la recaudación nacional del impuesto al Valor Agregado, y la totalidad de los impuestos al consumo de fósforos, licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, además de otras participaciones que pueda crear la ley en la recaudación de ciertos tributos nacionales no delegados o cedidos a los Estados (art. 214). Esas participaciones no las reciben directamente los Estados, sino que se transfieren al Fondo de Compensación Interterritorial, para ser distribuidas entre aquéllos de acuerdo a los índices compensatorios que se determinen en la Ley de creación del Fondo, a ser dictada.

Pues bien, *aún cuando al Distrito Metropolitano de Caracas no le compete función alguna en la recaudación ni en la administración de los tributos que generan las participaciones a que nos referimos*, se prevé en el aparte único del artículo 221 del proyecto que un 10% de la recaudación de dichos tributos que se haga en la jurisdicción de los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas, se excluirá de la transferencia que debe hacerse al Fondo de Compensación Interterritorial y se ingresará directamente al Tesoro del Distrito Metropolitano de Caracas. Conforme a lo expuesto, si el proyecto que examinamos fuera aprobado en su forma actual, los contribuyentes por concepto de tributos que corresponderían al Estado Miranda estarían financiando servicios del Distrito Metropolitano de Caracas, el cual, por su parte, recibe el situado del Distrito Capital, pero estos recursos no pueden ser invertidos en el ámbito territorial de los Municipios mirandinos, tal como antes lo señalamos.

Ante esta situación, el Gobernador del Estado Miranda se dirigió a la Asamblea Nacional para formularle las advertencias del caso y para sugerirle que, en lugar del articulado contenido en este Título Sexto del proyecto, relativo al Régimen Tributario del Distrito Metropolitano de Caracas, y con el fin de adecuarlo a los preceptos constitucionales, este Título se reduzca a un solo artículo, que sería el siguiente:

Artículo 221.- El Distrito Metropolitano de Caracas podrá crear y recaudar, en el ámbito territorial del Distrito Capital, los mismos tributos que se asignan a los Estados conforme a la Constitución y a esta Ley.

Los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano de Caracas deberán ser destinados a gastos en el ámbito territorial del Distrito Capital.

3. Transferencias de recursos y Régimen Presupuestario

La particular configuración del Distrito Metropolitano de Caracas, cuyas autoridades tienen competencias diferentes según el ámbito territorial de que se trate, debe ser tenida en cuenta a los fines de las transferencias de recursos que se hacen conforme a leyes vigentes o de acuerdo a leyes futuras, mientras se mantenga el carácter asimétrico de esta figura.

A. El Situado

La primera y la más importante de las transferencias de recursos es el situado constitucional. En este aspecto, el ordenamiento jurídico es coherente: el situado se distribuye entre los Estados y el Distrito Capital (art. 167.4 de la Constitución) y el situado que corresponde a este último sólo puede invertirse en su ámbito territorial (art. 23, Ley Especial). En general, todas las entidades federales deben invertir el situado en sus respectivos ámbitos territoriales.

El monto del situado de los Municipios está actualmente regulado en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, así:

En las leyes de Presupuesto de los Estados se incorporará una partida destinada a las Municipalidades (sic) y denominada Situado Municipal, que para 1990 será del diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios estimados de la Entidad Federal. Tal porcentaje se incrementará anual y consecutivamente en un uno por ciento (1%), hasta alcanzar un veinte por ciento (20%).

El Situado Municipal se distribuirá entre los Municipios de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En la ley citada en último lugar se pauta que “El Situado que de conformidad con la ley corresponda a los Municipios, será distribuido por los estados en la forma siguiente: un cincuenta por ciento (50%) en partes iguales y un cincuenta por ciento (50%) en proporción a la población de cada uno de ellos” (art. 128). Con relación a los distritos metropolitanos, se dispone en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM) que “Los Distritos Metropolitanos percibirán el cincuenta por ciento de la cuota parte del Situado asignado a los Municipios que lo integran, el cual será invertido en forma proporcional al número de habitantes de cada Municipio” (art. 129).

La parte de los ingresos por situado que deben destinar los Municipios al financiamiento de los distritos metropolitanos, conforme a la LORM, es muy elevada: el 50%. Tal vez esa desproporción explique que, bajo el imperio de esta ley, no se haya creado ninguno de estos distritos desde 1978 hasta el presente. Con vista de esa experiencia, probablemente, en la Ley Especial se reduce la contribución de los Municipios al 10% del situado que reciben de los Estados y al 10% de los ingresos propios efectivamente recaudados por cada uno de ellos en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior (art. 22, numerales 4 y 5).

Nótese que el Distrito Capital (es decir, las autoridades del Distrito Metropolitano en ejercicio de las competencias del Distrito Capital) debe transferir al Municipio Libertador la parte del situado que le corresponde, y a su vez las mismas autoridades perciben de este Municipio la cuota que éste debe aportarle al Distrito Metropolitano, sin que pueda entregársele al Municipio el saldo neto después de deducir lo que debe cobrar, porque así lo decidió la Sala Constitucional en su sentencia de interpretación. En todo caso, debemos destacar que la Ley Especial regula adecuadamente la inversión del situado del Distrito Capital, lo cual sólo puede hacerse en su ámbito territorial, pero veremos en seguida que no ocurre lo mismo con relación a otras transferencias de recursos.

B. El FIDES

El Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) tiene su origen en que los Diputados y Senadores al Congreso consideraban que, bajo la Constitución

entonces vigente, el impuesto al valor agregado era estatal, porque no estaba asignado ni a la República ni a los Municipios. Producto de una negociación política, los parlamentarios accedieron a aprobar la ley habilitante para la creación del IVA como tributo nacional y el 25/11/93 el Ejecutivo Nacional dictó el correspondiente Decreto Ley, el cual ha sido objeto de varias reformas hasta llegar a la actual Ley que crea el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), del 30/10/2000. La idea inicial, y así se convino en la negociación, era que el 50% de la recaudación del IVA se transferiría a los Estados y Municipios, pero por regateos del Ejecutivo Nacional los aportes al Fondo se disminuyeron y actualmente deben ser aprobados por la Asamblea Nacional en un porcentaje no inferior al 15% del producido del impuesto mencionado. Esos recursos se entregan a los entes beneficiarios, conforme a una metodología inspirada en los procedimientos de la banca multilateral: elaboración de proyectos que deben ser aprobados por el Directorio del Fondo, coparticipación de los Estados y Municipios en el financiamiento de los proyectos (“pari passu”), desembolsos según el ritmo de ejecución de las obras o servicios (por valuaciones).

Los recursos del Fondo, una vez descontados sus gastos de funcionamiento, hasta un máximo del 2%, se distribuyen así: 60% para la Cuenta de Participación de los Estados y el 40% restante para la Cuenta de Participación de los Municipios (art. 5). Las sumas resultantes se reparten de acuerdo a los siguientes criterios: 45% en proporción a la población de cada Estado y de cada Municipio; 10% en proporción a la extensión territorial de cada Estado y cada Municipio y el 45% restante de acuerdo a un indicador de compensación interterritorial, el cual debe beneficiar a los Estados y Municipios de menor desarrollo relativo y que es aprobado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, estableciendo mecanismos pertinentes para su revisión periódica (art. 6).

En el aparte único del artículo 5° se dispone que “Los recursos correspondientes al Distrito Metropolitano de Caracas serán calculados mediante una metodología especial diseñada al efecto, para lo cual se deberá tomar en cuenta lo establecido en la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas”. La norma que venimos de transcribir revela el desconocimiento del legislador sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano. Los recursos del FIDES deben ser asignados al Distrito Capital, con criterios similares a los aplicados para los Estados, y los fondos deben ser invertidos en el ámbito territorial de la entidad federal. Los Municipios del Distrito Capital y del Estado Miranda que forman parte del Distrito Metropolitano de Caracas deben recibir los recursos del FIDES que les corresponden, cuantificados por la aplicación de criterios iguales a los definidos para los demás Municipios.

C. La LAEE

Desde 1947 se había previsto en la Constitución que por ley se establecería un sistema de asignaciones económicas especiales para los Estados en cuyos territorios se encontraran riquezas naturales que eran estatales en la Constitución Federal de 1864 y que habían pasado a la administración del Poder Nacional. Igual disposición se repite en la Constitución de 1961, pero no fue sino hasta el 27/11/96 cuando el Congreso sancionó la ley correspondiente. La misma previsión la encontramos en la Constitución de 1999 (art. 166.16), por lo que la ley citada tiene fundamento en la Carta actual. Dicha ley sufrió dos reformas en el año 2000, la última de ellas con la finalidad de cambiarle el título, que ahora se llama Ley de Asignaciones Económicas Especiales

para los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas Derivadas de Minas e Hidrocarburos, del 27/11/2000, para regular la participación del Distrito Metropolitano y para, en general, disminuir los aportes del Poder Nacional.

Pues bien, en dicha ley se dispone que de las sumas recaudadas por concepto de los tributos nacionales previstos en la Ley de Hidrocarburos (impuesto superficial, impuesto de exploración, impuesto de explotación de petróleo, impuesto de explotación de gas e impuesto de transporte) y la Ley de Minas (impuesto de exploración e impuesto de explotación), se destinará el 25 %, una vez deducido de dichos ingresos el porcentaje correspondiente al Situado Constitucional, a los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas (art. 2º). Éstos, a su vez, destinarán a sus Municipios una suma no menor al 40% de lo que reciban por este concepto, el cual se distribuirá entre ellos conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (art. 3º, aparte único).

El error del legislador, en este caso, reside en que la transferencia a que nos referimos debe tener como destinatario el Distrito Capital y no el Distrito Metropolitano. De lo contrario, los Municipios Sucre, Chacao, Baruta y el Hatillo, deberían percibir las asignaciones a que nos referimos tanto del Distrito Metropolitano como del Estado Miranda, lo cual no es lógico ni justo. Esto al menos en teoría, porque en la práctica ninguna de las entidades federales ni los Municipios han recibido nuevos aportes por este concepto en el año 2002, pese a que, en la última reforma de la Ley de Hidrocarburos se aumentó el porcentaje que corresponde al Poder Nacional por concepto de impuesto de explotación o regalía.

En todo caso, lo que ha debido disponer la ley que contempla las asignaciones económicas especiales es que las mismas corresponden al Distrito Capital y que las autoridades del Distrito Metropolitano no podrán invertir dichos recursos sino en el ámbito territorial del Distrito Capital.

D. El Fondo de Compensación Interterritorial

En el artículo 185 de la Constitución se regula el Consejo Federal de Gobierno, del cual dependerá el Fondo de Compensación Interterritorial (FCI), “destinado al financiamiento de las inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo”. Aún no se ha dictado la ley que regule a este Fondo, y ni siquiera se ha iniciado el proceso legislativo para sancionar un proyecto en esta materia.

Entendemos que como la Constitución se refiere a las *regiones y comunidades*, los fondos para apoyar la dotación de obras y servicios en estos ámbitos deben ser invertidos por medio de los Estados y los Municipios. El hecho mismo de que el Consejo Federal de Gobierno esté compuesto, entre otros, por todos los Gobernadores de Estado y un Alcalde por cada Estado, abona la tesis que exponemos.

Pues bien, con fundamento en las consideraciones anteriores, el Distrito Capital debe estar incluido entre los beneficiarios del Fondo, a título de entidad federal, y asimismo los Municipios que integran el Distrito Metropolitano, mas no este Distrito. En todo caso, las autoridades metropolitanas deben recibir para el Distrito Capital las transferencias que se pudieran hacer por este concepto, las cuales deben ser invertidas en el ámbito territorial de la entidad federal.

E. El Régimen Presupuestario

El carácter asimétrico del Distrito Metropolitano, en el sentido de que sus autoridades tienen competencias diferentes según el ámbito territorial de que se trate, y la obligación de invertir determinados recursos exclusivamente entre los linderos del Distrito Capital, se refleja necesariamente en el régimen presupuestario de aquella figura, la cual tiene características sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas deben elaborar y sancionar dos presupuestos diferentes para que los recursos a invertir no se confundan: uno para todo el ámbito territorial metropolitano, y otro para el ámbito del Distrito Capital. De igual manera, se deben establecer sistemas contables, de tesorería y de control interno, de evaluación de resultados, que tengan en cuenta la diversidad de ámbitos. Las autoridades metropolitanas deben rendir cuenta de la gestión realizada con los fondos respectivos a los electores del Distrito Capital y a los del Distrito Metropolitano, según el caso.

Los fondos particulares del Distrito Capital, y que deben ser invertidos en su ámbito territorial, son: el situado del Distrito Capital, los tributos que corresponden a los Estados y que se asignen a aquél por ser una entidad federal y las transferencias de recursos del Poder Nacional hacia las entidades federales por efecto de leyes especiales: el FIDES, la LAEE, el FCI y cualquier otro fondo que se se cree en virtud del principio de la solidaridad interterritorial y en el que se prevean transferencias de recursos para las entidades federales.

Los fondos que deben ser invertidos en todo el ámbito del Distrito Metropolitano de Caracas son particularmente los aportes que hacen los Municipios que lo integran, el subsidio de capitalidad, los ingresos propios que obtenga el Distrito Metropolitano por los bienes que posee o por los servicios que preste y los provenientes de donaciones o legados que pueda recibir.

En este aspecto se suscita una cuestión que nos limitaremos a plantear: los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas aspiran lógicamente que sus aportes al Distrito Metropolitano se inviertan en el ámbito territorial de cada uno de ellos, al menos en una parte sustancial. Sin embargo, el sector oeste de la ciudad es el que tiene necesidades más ingentes, porque allí es más bajo, en promedio, el nivel socio-económico, mientras que la cantidad de habitantes es mayor. En la Ley Especial no se establece ningún principio que permitan vincular los aportes de los Municipios y las inversiones que se hagan, como sí existe en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en cuyo artículo 129 se dispone que: “Los Distritos Metropolitanos percibirán el cincuenta por ciento (50) de la cuota parte del Situado asignado a los Municipios que lo integran, *el cual será invertido en forma proporcional al número de habitantes de cada Municipio*”. Este principio general debe ser aplicable al Distrito Metropolitano de Caracas, con la advertencia de que no es posible una proporcionalidad rígida en la inversión, porque los servicios que corresponden al ámbito metropolitano muchas veces no son divisibles e individualizables, sino que tiene un carácter general para todo el valle de Caracas. Por otra parte, desde el punto de vista de la justicia social, el Distrito Metropolitano de Caracas tiene recursos propios diferentes a los aportes municipales e incluso el subsidio de capitalidad (art. 22.6 de la Ley Especial), los cuales puede orientar preferentemente hacia las zonas más necesitadas, entre las cuales se encuentran también algunas áreas del Municipio Sucre mirandino.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE NUEVO RÉGIMEN PARA EL DISTRITO CAPITAL

1. Consideraciones previas

En la Carta Fundamental se dispone en el artículo 156 que “Es de la competencia del Poder Público Nacional ...(omissis)...10. La organización y régimen del Distrito Capital...” En esta parte consideramos procedente preguntarnos si con la sanción de la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas se ha cumplido ya esa atribución, o si aún es necesario que la Asamblea Nacional dicte una ley sobre la entidad federal Distrito Capital, y cuál sería, eventualmente, el contenido de ésta.

A estos efectos debemos considerar que en la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de diciembre de 2001 se hacen reiteradas alusiones a la necesidad de dictar la ley sobre el régimen del Distrito Capital, en los siguientes términos: “... La Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, no impide a la Asamblea Nacional, legislar sobre la organización y régimen del Distrito Capital, ente componente del Distrito Metropolitano, ya que ello es competencia del Poder Público Nacional, conforme al numeral 10 del artículo 156 de la vigente Constitución. En criterio de esta Sala la organización del Distrito Capital es una necesidad urgente que debe cumplir la Asamblea Nacional...”. Y más adelante expresa que “la existencia del Distrito Capital no ha quedado eliminada, por la creación del Distrito Metropolitano, y es más, el artículo 156 de la Constitución contempla que la Asamblea Nacional legisle sobre el Distrito Capital, como entidad autónoma”.

Si bien es cierto, como ha quedado establecido, que el Distrito Capital es diferente del Distrito Metropolitano, sin embargo, expresó la Sala Constitucional en otra parte de la sentencia a que nos referimos que “la Asamblea Nacional Constituyente, con su poder de creación y aceptando su propio mandato establecido en la Disposición Transitoria Primera de la vigente Constitución, procedió de una vez a cumplir en extenso el artículo 18 de la Carta Magna, señalando cuáles son los límites territoriales del Distrito Capital (Municipio Libertador del antiguo Distrito Federal), y *dándole de una vez a dicho Distrito el régimen de Distrito Metropolitano* (artículo 171 de la vigente Constitución)”. El párrafo transcrito parece significar que, aunque las dos figuras son distintas, la Asamblea Nacional Constituyente las fundió en una sola, y podía hacerlo por su poder de creación y conforme al mandato constitucional que ella misma se había dado, concepto éste que hemos criticado anteriormente.

A. Ley del Distrito Capital como ley de división políticoterritorial

Sentado lo anterior, cabe entonces interrogarse sobre el contenido que podría tener la Ley a ser dictada sobre el Distrito Capital. A estos efectos debe tenerse presente que, en el párrafo siguiente de la sentencia que venimos de citar, la Sala expone que: “Ello, sin perjuicio que la Ley del Distrito Capital, divida al actual Municipio Libertador en otros Municipios y le imponga un particular régimen municipal, circunscrito al Distrito Capital”.

La posibilidad de crear varios Municipios en el ámbito del antiguo Distrito Federal, ahora Distrito Capital, quedó consagrada en la Constitución cuando se previó en el

artículo 18 que la unidad político territorial se establecerá mediante la integración de “*Los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda...*”. Ante el planteamiento que se hizo en la ANC de dividir de una vez el Distrito Capital (o sea, el ámbito del Municipio Libertador) en varios Municipios, como antes expusimos, se dejó la decisión sobre este aspecto a una ley posterior. Por ello se incluyó en la Ley Especial un artículo del tenor siguiente: “*Corresponde a la Asamblea Nacional, en el lapso no mayor de un (1) año a partir de su instalación dictar las medidas para la reorganización político territorial del Municipio Libertador, de conformidad con los principios de descentralización y participación contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*” (art. 38).

Esta disposición tiene la importancia adicional de que reserva para la Asamblea Nacional la facultad de dictar la ley de división políticoterritorial del Distrito Capital, en lugar de permitir que lo haga el Consejo Legislativo (que sería el Cabildo Metropolitano en este caso), como ocurre en los Estados. En tal sentido, se continúa la tradición que venía desde la conformación del Distrito Federal, cuyo Municipio o Municipios estaban sometidos a un régimen especial establecido por el órgano legislativo nacional.

En todo caso, debemos destacar que en la discusión sobre la figura institucional para el área metropolitana de Caracas, en la ANC estuvo planteada siempre la posibilidad, incluso la conveniencia, de dividir el Municipio Libertador en varios Municipios para permitir una mayor participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos locales, en forma similar a como se hace en los municipios mirandinos del área metropolitana.

B. La cuestión de las autoridades del Distrito Capital

En el seno de la ANC en ningún momento se planteó que el Distrito Capital pudiera tener sus autoridades propias, distintas de las del Distrito Metropolitano. Cuando Brewer-Carías expuso la tesis del gobierno municipal a dos niveles, que venía manejando desde hacía décadas, planteó que la fórmula menos conflictiva era la de “volver al esquema del Distrito Federal, *incluso sin necesidad de que tenga gobernador*”, como antes dijimos.

En el mismo sentido, en la primera discusión del proyecto de Ley Especial, que tuvo lugar en la ANC el 25 de enero de 2000, Aristóbulo Istúriz expuso que la “forma de gobierno tenía que tener dos niveles de gobierno, y esos dos niveles de gobierno, dentro del ámbito municipal, nos llevaban a un gobierno metropolitano y a un gobierno municipal coexistiendo. Eso nos generaba de todas maneras un problema al cual no teníamos respuesta, que era que nos desprendíamos del nivel intermedio de gobierno, *porque desaparece y sustituye la gobernación del Distrito Federal*”.

El criterio de mantener el Distrito Capital sin autoridades propias se evidencia, además, de los siguientes señalamientos que se hacen en la Ley Especial: i) se atribuye al Distrito Metropolitano “el Situado Constitucional que corresponde al Distrito Capital” (Art. 22.3) y “Los tributos que tienen asignados los Estados en la Constitución...” (art. 24.1), ii) las autoridades del Distrito Federal cesan al tomar posesión de sus cargos las autoridades metropolitanas (art. 37) y iii) el Gobernador del Distrito Federal debía presentar la rendición de cuentas de su gestión al Cabildo Metropolitano (art. 39).

Adicionalmente, debemos señalar que el mismo criterio se mantiene en todas las disposiciones de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de

Caracas, dictada por la Comisión Legislativa Nacional (*el Congresillo*), la cual “regula el régimen de transición administrativa, orgánica y de gobierno del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución y en la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas” (art. 1). En esta ley “se declara la transferencia de las dependencias y entes adscritos a la Gobernación del Distrito Federal a la Alcaldía Metropolitana, así como la reorganización y reestructuración de los mismos” (art. 4).

Es evidente que si hubiera existido la idea de crear unas autoridades específicas para el Distrito Capital, no se hubieran asignado las competencias y los recursos, ni transferidos los bienes, servicios y el personal al Distrito Metropolitano, sino que se hubiera mantenido transitoriamente la figura del Distrito Federal.

Por último, para la Sala Constitucional, la dicotomía de autoridades en ningún momento estuvo presente en su análisis, pues según ella la Asamblea Nacional Constituyente le dio *de una vez a dicho Distrito el régimen de Distrito Metropolitano*.

Conforme a lo expuesto, ni para la Asamblea Nacional Constituyente, ni para la Comisión Legislativa Nacional, ni para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia existió la idea de que, con el fin de resolver el problema institucional del área metropolitana de Caracas, debían crearse autoridades propias en el Distrito Capital.

2. El proyecto de Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital

El 1º de agosto de 2002 se dio entrada en la Asamblea Nacional al proyecto de Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital presentado por los diputados Juan José Mendoza, Darío Vivas, Carlos Delgado, Cilia Flores, Nicolás Maduro, Desirée Santos Amaral y José Salamat Khan, y en cuyo artículo 2 se prevé que “El Distrito Capital es una entidad federal autónoma dentro de la organización político-territorial de la República, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente en lo político, administrativo y financiero, con plena capacidad para adquirir y poseer toda clase de bienes que le sean necesarios en el desarrollo de sus propias actividades, funciones y prestación de los servicios públicos a su cargo”.

El objeto principal de esta parte es el de examinar la significación que tendría para el marco constitucional y legal vigente la aprobación de este proyecto, para lo cual debemos previamente presentar un resumen de sus aspectos más importantes.

A. Contenido del proyecto

Nos limitaremos a considerar algunos aspectos del proyecto que son de interés para enriquecer las cuestiones a que antes nos hemos referido.

(a) La fundamentación

Conforme se señala en la Exposición de Motivos del proyecto, “La Ley Orgánica del Régimen del Distrito Capital tiene su génesis en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fundamentada en los artículos 16, 18 y 156, Numeral 10, y la Disposición Transitoria Primera ejusdem; e igualmente en los artículos 2 y 38 de la Ley

Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de fecha 13 de diciembre de 2000; en razón de ello se justifica esta iniciativa legislativa”. La jurisprudencia que se menciona se refiere al criterio expuesto de la Sala Constitucional de que “la organización del Distrito Capital es una necesidad urgente que debe cumplir la Asamblea Nacional...”.

Se expresa igualmente en la Exposición de Motivos que: “La justificación y criterios de legislar sobre esta especial entidad llamada Distrito Capital obedece a razones estratégicas de gobernabilidad, por cuanto en su seno alberga el asiento de los poderes públicos, situándose así fuera de la órbita jurisdiccional de cualquiera de los estados que integran la Federación”. Sobre este aspecto observamos que, conforme a la Constitución, el asiento de los órganos del Poder Nacional es la ciudad de Caracas y no el Distrito Capital y que aquélla desborda los límites de éste, por lo cual la ley cuyo proyecto examinamos, al no poder extender el ámbito del Distrito Capital hacia el Estado Miranda, no cumple la justificación que se menciona en la Exposición de Motivos.

Al indagar sobre el contenido del proyecto veremos que tanto las normas como la jurisprudencia antes citadas fueron emitidos en un contexto distinto y con una significación diferente a la que ahora se pretende.

(b) La figura del Municipio único en el ámbito del Distrito Capital

En el proyecto que examinamos se consagra, en la forma más reiterada posible, que el Distrito Capital tendrá un solo Municipio. En el artículo 31 se dispone que “Es de la competencia del Distrito Capital: 1. La organización de su Municipio...”. Pero además, se prohíbe que el Consejo Legislativo Distrital pueda crear otros Municipios, cuando se pauta que: “Los principios de integridad territorial del Municipio del Distrito Capital, ...son vinculantes con las atribuciones del Consejo Legislativo Distrital y demás órganos del Poder Público...” (art. 34, aparte único). La existencia de un único Municipio en el Distrito Capital se reitera en normas como las contenidas en los artículos 12.3; 34, 38.2, 93 al 99, 102 al 105, 108, 109, 120, 133, del proyecto que comentamos.

(c) La organización del Distrito Capital

En el proyecto de ley orgánica sometido a examen se crea un Gobernador del Distrito Capital (art. 19) y un Consejo Legislativo Distrital (art. 33), a ser electos por cuatro años, en forma similar a las autoridades de los Estados, cuyas competencias, en general, son coincidentes con las de éstos.

Pero además, se regula un conjunto de órganos también iguales a los de los Estados, como es el Secretario de Gobierno (art. 42), los directores del Despacho (art. 45), el Procurador del Distrito Capital (art. 47), la Contraloría Distrital (art. 52), la cual ejerce el control sobre la administración central distrital y sobre los institutos autónomos y demás establecimientos públicos y personas jurídicas de derecho público que se creen, así como sobre fundaciones, asociaciones civiles, empresas y demás instituciones de derecho privado que se constituyan en el ámbito distrital (art. 57).

(d) La hacienda pública distrital

En el proyecto se incluye entre los ingresos propios del Distrito Capital: el subsidio de capitalidad y el situado constitucional, los cuales se asignan al Distrito Metropolitano de Caracas en la Ley Especial. Es lógico que si se llegaran a crear autoridades exclusivas para el Distrito Capital sean éstas las que reciban el situado, pero la cuestión del subsidio de capitalidad es diferente. En la Ley Especial se incluye entre los ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas: “La transferencia por concepto de subsidio de capitalidad que se le acuerde en el Presupuesto Nacional para cada ejercicio fiscal” (art. 22.6). Pero la capital de la República no está en el Distrito Capital sino parcialmente, es el Distrito Metropolitano el que persigue asegurar la unidad política territorial de Caracas, que es la capital de la República, y al que le corresponde, en consecuencia, el subsidio de capitalidad.

Además, se definen en el proyecto como ingresos del Distrito Capital (del fisco capital, como se denomina en el proyecto): el producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales y los impuestos, tasas y contribuciones especiales que sean asignados por esta ley y por otras leyes nacionales (art. 70, numerales 8 y 9). Pero en el artículo 12.3 del proyecto se había advertido que corresponde al Distrito Capital “La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales sin menoscabo de las conferidas a la autoridad de gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas”. Es lógico también que si se llegaran a crear autoridades propias para el Distrito Capital se les asigne la recaudación de los tributos que corresponden a la entidad federal, pero es difícil entender cómo en este supuesto no se menoscabarían las atribuciones del Distrito Metropolitano, el cual tiene asignadas tales competencias según la Ley Especial.

(e) Otras disposiciones del Proyecto

El proyecto que examinamos es muy amplio (tiene 138 artículos, 5 disposiciones transitorias y una disposición final) y regula materias muy diversas. Nos limitaremos a mencionar estas últimas.

Además de los aspectos organizativos y hacendísticos a que nos hemos referido, se establecen pautas especiales sobre los bienes distritales, su clasificación y administración, sobre los actos administrativos, su régimen jurídico, su vigencia y su impugnación; aspectos éstos en los que se repiten normas que están en leyes nacionales; sobre el estatuto de la función pública en el ámbito distrital-capital, a pesar de que en la reciente ley sobre la materia se somete a los empleados estatales y municipales a las mismas disposiciones nacionales. Se regula en el proyecto el régimen municipal en el Distrito Capital, sin tomar en cuenta que se discute actualmente un proyecto de Ley Orgánica del Público Municipal, en el que se establecerán las pautas fundamentales para todo ese ámbito, entre otras el perfil jurídico y administrativo de las parroquias.

Por último, en el proyecto se repite un conjunto de disposiciones que están en la Constitución vigente sobre la participación ciudadana, incluyendo una amplia regulación sobre distintos tipos de referendos.

3. Nuestra opinión sobre la reforma proyectada

Ante la incompresión casi generalizada que se ha observado sobre el carácter asimétrico que resultó de la regulación actual del esquema institucional del área metropolitana de Caracas, debemos señalar que la sanción del proyecto de Ley Orgánica sobre el Régimen del Distrito Capital vendría a simplificar el esquema conceptual, a hacerlo más accesible al entendimiento, pero a un costo muy elevado.

A. La simplificación del esquema conceptual

El proyecto, en la forma como está concebido, elimina el carácter asimétrico de la figura institucional adoptado para la Gran Caracas. Se restablece el Distrito Federal (manteniendo el nombre de Distrito Capital), ahora con un Gobernador y un Consejo Legislativo electivos. De ello resulta que se crea nuevamente el nivel intermedio cuya ausencia hacía difícil entender la figura actual.

Las competencias y los recursos del Distrito Capital, según el proyecto, son sustancialmente iguales a los de los Estados. El Distrito Capital, como los Estados, tiene su situado constitucional, que es recibido por el Gobernador de la entidad. Luego el Consejo Legislativo sanciona la ley de presupuesto para invertir los recursos en su ámbito territorial y no en otro. Igual ocurre con otras transferencias de recursos: la del FIDES, de la LAEE, del Fondo de Compensación Interterritorial y las demás que se establezcan. Conforme al proyecto, el Consejo Legislativo crea en el ámbito del Distrito Capital los tributos que corresponden a los Estados o los que se les transfieran, sin posibilidades de superposición con las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas, ni con el Estado Miranda.

De aprobarse el proyecto, el Distrito Metropolitano de Caracas, al no tener sus autoridades competencias adicionales a las municipales, pasaría a ser un distrito metropolitano más, con las particularidades que se derivan exclusivamente del texto constitucional y con la circunstancia de que debe ser creado por ley nacional, dado que se trata de un centro poblado que se extiende entre dos entidades federales. Bajo el nuevo marco legal, el carácter municipal del Distrito Metropolitano se haría más evidente, y también resultaría más obvio que las autoridades de éste no pueden pretender asumir competencias que son del Estado Miranda.

La ley proyectada tendría una ventaja adicional: las autoridades del Distrito Capital serían electas por los ciudadanos de su ámbito territorial, y no como ocurre ahora, que en la elección participan habitantes de los Municipios mirandinos del área metropolitana de Caracas. Con la reforma, se pondría fin a la objeción que hace la doctora Maruja Delfino, desde el punto de vista político, a la figura institucional adoptada.

B. El costo de la reforma

La vigencia de una ley sobre el Distrito Capital como la que examinamos se traduciría en un aumento considerable de los costos derivados de la creación de nuevas estructuras administrativas, adicionales a las metropolitanas, y haría mucho más complejo el funcionamiento del aparato público. Además de crearse nuevos cargos en la Administración central, con su Gobernador, su Secretario de Gobierno y sus Directores,

se designarían funcionarios para la Procuraduría, la Contraloría y el Consejo Legislativo, por una parte, y se formarían nuevas estructuras descentralizadas: institutos autónomos, establecimientos públicos y otras personas jurídicas de derecho público distritales, fundaciones, asociaciones civiles, empresas distritales y otras instituciones de derecho privado. Pero no se trata solamente del incremento de costos por sueldos, salarios e indemnizaciones laborales, sino por nuevos locales, por materiales y por servicios que requeriría la nueva burocracia.

Cuando se dictó la Ley Especial, y luego la Ley de Transición, se incurrió en costos elevados para que los servicios y dependencias del Distrito Federal fueran trasladados al Distrito Metropolitano de Caracas. Ahora habría que incurrir en nuevos costos -y en el descontrol que produce toda mudanza- para devolver los servicios que eran del Distrito Federal al Distrito Capital. Piénsese en la situación de los funcionarios que prestaban servicios en el Distrito Federal y que fueron retirados al comenzar a aplicarse la Ley Especial. Por la Ley de Transición los pasivos laborales que se ocasionaron debían ser cancelados por la República (art. 8.1), pero la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia declaró la responsabilidad de la Alcaldía Metropolitana por tales deudas, y ahora se decidiría que las mismas deberían ser cubiertas por el Distrito Capital, todo lo cual alejaría la posibilidad de hacer efectivas las acreencias.

En todo caso, el incremento de los costos difícilmente se traduciría en un aumento de la eficiencia, normalmente ocurre todo lo contrario, porque entra en funcionamiento la ley de rendimientos decrecientes. En la actualidad, en el ámbito del Distrito Capital no se hace distinción entre los servicios que corresponden a la entidad federal y los que competen a las autoridades metropolitanas, porque los atienden los mismos funcionarios. De aprobarse la reforma proyectada, las tramitaciones se harían más complejas porque a las autoridades nacionales, municipales y metropolitanas, se agregarían las distritales.

Pero además, desde el punto de vista de la teoría de la organización no se justifica que existan unas autoridades en el Distrito Capital que se superpongan a otras autoridades que tienen exactamente el mismo ámbito territorial. En tales casos, lo que se plantea de ordinario es la fusión de organizaciones.

C. Otra opción

Si en definitiva se considera que es necesario hacer reformas legales para debilitar políticamente la autoridad del Alcalde Metropolitano de Caracas, una posibilidad a estudiar sería hacer coincidir la figura del Alcalde del Municipio Libertador con la del Gobernador del Distrito Capital, en cuyo caso la Cámara Municipal de este Municipio haría las veces de Consejo Legislativo. En este supuesto se mantendrían las autoridades metropolitanas, con su ámbito correspondiente, se eliminaría el carácter asimétrico de la solución institucional de Caracas y se resolvería la objeción de que en la elección de las autoridades del Distrito Capital participan electores de otra entidad federal. Y sobre todo, el incremento del costo burocrático no sería tan alto. Con una reforma de esta naturaleza se volvería al esquema que se acaba de abandonar: un Gobernador que hacía las veces de Alcalde en el Distrito Federal y una Cámara Municipal que fungía de Consejo Legislativo.

Esta opción, sin embargo, tiene dos inconvenientes graves con relación a los propósitos que se adoptaron en el proceso constituyente. El primero es que se impediría la creación de otros municipios en el ámbito del actual Municipio Libertador. El

segundo es que habría que renunciar definitivamente a lograr la unidad político-territorial del valle de Caracas, porque existirían dos autoridades en competencia: el Alcalde del Municipio Libertador y Gobernador del Distrito Capital, de un lado, y el Alcalde Metropolitano de Caracas, del otro. Igual rivalidad existiría entre los respectivos cuerpos deliberantes, todo lo cual impediría la anhelada unidad en la planificación urbana y en la gestión de los servicios metropolitanos.

En cualquier caso, esta fórmula u otras que surjan deben ser consideradas con mucho cuidado por las implicaciones que pudieran tener. Si lo que se busca es resolver una situación política de carácter coyuntural, debe tenerse presente que existe un marco constitucional que es necesario respetar, de donde resultaría, por ejemplo, que la Policía Metropolitana debe mantenerse en el nivel metropolitano, porque una reforma legal no podría cambiar la adscripción de servicios o actividades que, por su naturaleza, requieren un ámbito superior al municipal.

IV. REFLEXIONES FINALES

Los razonamientos anteriores nos llevan al convencimiento de que, por ahora, lo más conveniente es mantener y perfeccionar el esquema institucional que aprobó la Asamblea Nacional Constituyente para el área metropolitana de Caracas. No creemos que el proyecto de crear autoridades propias para el Distrito Capital esté viciado de inconstitucionalidad, porque la Carta Fundamental no prohíbe un desarrollo legislativo como el que comentamos. Nuestra objeción es más bien desde el punto de vista de la eficiencia de las instituciones, que se vería lesionada por un cambio de rumbo antes de haber ensayado las estructuras creadas. El diseño aprobado en la Ley Especial satisfizo al constituyente -"creador de la Constitución y por tanto de su mismo espíritu", como lo afirmó la Sala Constitucional- actuando como legislador. Sería irrespetuoso con ese constituyente, mas no inconstitucional, cambiar su creación antes de haber sido puesta en práctica, pero eso no es lo más grave.

Una solución institucional para el valle de Caracas que satisfaga todas las aspiraciones y todos los intereses no es fácil de encontrar, la mejor prueba de ello es que no se ha podido lograr hasta ahora. Convenimos en que la ANC de 1999 estudió el tema en forma apresurada y que muchos constituyentes -casi todos- levantaron la mano para aprobar unas normas cuyo significado ignoraban. Pero lo cierto es que la Carta Fundamental contiene un conjunto de disposiciones que se desarrollan en la Ley Especial, las cuales que deben ser aplicadas.

El marco jurídico actual de la Gran Caracas puede funcionar con eficiencia si se entienden las implicaciones de la figura institucional adoptada y su naturaleza asimétrica, a pesar de que la Ley Especial no es particularmente clara en este aspecto. No se trata ahora de propugnar una reforma de dicha ley, sino de alertar a la Asamblea Nacional y al Tribunal Supremo sobre las consecuencias que traerían nuevas interpretaciones y nuevas leyes divorciadas del recto entendimiento de la fórmula institucional consagrada para el valle de Caracas.

En este sentido, le atribuimos especial importancia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto a distinguir correctamente los ámbitos competenciales respectivos de los Municipios de la Gran Caracas y del Distrito Metropolitano, por una parte, y los que pertenecen a éste y al Estado Miranda, por la otra. Pero además,

esperamos que la Asamblea Nacional reflexione sobre la naturaleza de la figura a que nos referimos, antes de aprobar leyes pendientes como la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estatal o la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial y antes de reformar leyes como la del FIDES o la Ley de Asignaciones Económicas Especiales y, sobre todo, antes de sancionar el proyecto de Ley Orgánica del Distrito Capital.

De igual manera, las autoridades metropolitanas de Caracas deben tener claras las grandes posibilidades de acción y también las limitaciones que otorga el diseño institucional consagrado en la Constitución y en la legislación vigente para el valle de Caracas, el cual no les autoriza a extender sus competencias en detrimento de las autoridades del Estado Miranda. Estimamos, por último, que las posibilidades de concertación con los Alcaldes y los Concejos Municipales del área metropolitana, para definir ámbitos de acción conjunta o, en todo caso, coordinada, no han sido debidamente exploradas.

Lo que definitivamente descartamos es la idea de cambiar el marco legal vigente antes de haber evaluado sus resultados y de sustituirlo por otro que no ha sido debidamente estudiado ni consultado. Esto no significa que debamos resignarnos a aceptar lo que tenemos, con sus imperfecciones. El debate sobre la solución institucional para el valle de Caracas sigue abierto y debemos hacer seguimiento al proceso de instrumentación de la fórmula originada del proceso constituyente de 1999, para obtener experiencias que puedan servir para una próxima reforma constitucional.

SEXTA PARTE
VARIA

§ 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL

José del Rey Fajardo sj
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

La pasión por el aporte y el conocimiento de las corrientes del pensamiento jurídico-público de las Américas y Europa ha convertido al Dr. Allan Randolph Brewer-Carías en un lugar de encuentro y de diálogo para los investigadores que sueñan y tratan de diseñar la arquitectura de un nuevo Estado y de una nueva sociedad.

Pero más allá de las provincias del derecho administrativo, A.R. Brewer ha venido descubriendo al hombre que ama, sufre y espera un amanecer que lo libere de sus esclavitudes de cien años de soledad.

Un camino nuevo de acercamiento ha sido su meditación sobre la génesis histórico-jurídica de *La ciudad ordenada*¹ ya que como asienta Luciano Parejo “la trascendencia de tal concepto es clara pues sin él no se entiende ni el inmediato florecimiento en suelo americano de una intensa vida cultural y política propia, ni el edificio de gobierno político-administrativo capaz de articular tan vastos y diversos territorios”².

Se trata de un reto para recrear un nuevo renacimiento que inspire a los hombres preocupados por el verdadero futuro de nuestros pueblos una reflexión serena y comprometedor que aliente los cambios a la luz de la razón jurídica, de la arquitectura, de la poesía del paisaje humano y de la historia.

Todas estas razones me han motivado a aceptar la invitación para colaborar en este Libro-homenaje con un tema, al parecer intrascendente, pero generoso en la comprensión de nuestro indígena y su presencia geográfica en el subcontinente.

I. LA GEOPOLÍTICA JESUÍTICA EN LA SUDAMÉRICA COLONIAL

El tema de las *reducciones jesuíticas* trae de inmediato a la mente las Reducciones del Paraguay y en el fondo significa acercarse a la utopía que zurcieron los miembros de la Compañía de Jesús durante los siglos XVII y XVIII en el corazón de Sudamérica.

Esta hipótesis goza de una explicación histórica adecuada. Los Jesuitas ingresaron a los espacios americanos cuando las otras órdenes religiosas llevaban varias décadas de acción evangelizadora en el Nuevo Mundo. Todavía más, el primer campo misional de la Compañía de Jesús no fueron las Indias Occidentales, sino las Orientales a donde

1. BREWER-CARIAS, Allan R., *La ciudad ordenada. (Estudio sobre -el orden que se ha de tener en descubrir y poblar- o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela)*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997.

2. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Prefacio: sobre el Autor y la Obra” en BREWER-CARIAS, Allan R., *ob. cit.*, p. 21.

partió Francisco de Javier en 1540, el mismo año de la fundación de la Compañía de Jesús.

En consecuencia, la cronología de ingreso de la Orden de Loyola en la América hispana es tardía y doblado el siglo XVI: En 1566 llegan a la Florida, en 1567 al Perú, en 1572 a Méjico, en 1586 a Ecuador, en 1593 a Chile y posteriormente a la región del Plata, al Paraguay y al Nuevo Reino.

Por ello, los jesuitas entendieron que su utopía se proyectaba no en la corteza del continente sino en los grandes espacios irredentos, es decir, en el corazón y en las entrañas de América³.

En 1604 se fundaba la Provincia jesuítica del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús⁴. Por un lado surgía como una manifestación americana de la occidentalidad de la Orden; y por otra parte nacía al amparo de la Provincia del Perú donde los jesuitas habían ensayado ya su primera experiencia colombina.

Su grupo fundador así lo atestigua. América venía respresentada por el primer Vice-Provincial, P. Diego de Torres y la Compañía de Jesús universal en el científico Juan Bautista Coluccini, en el humanista José Daddey y en el teólogo Martín de Funes⁵.

El contenido de la personalidad del P. Diego de Torres se manifiesta en dos grandes trazos de su biografía. En el Perú, a donde llegó en 1581, entiende la posición del P. José de Acosta, quien tuvo la audacia de releer el proyecto de América una vez que se acallaron las voces suscitadas por los “Justos Títulos” y que las meditaciones de Vitoria y la Escuela de Salamanca habían desplazado su quehacer teológico hacia una legislación indiana más humana y cristiana. Su *Historia natural y moral de las Indias Occidentales* marca una nueva época en la historia del americanismo por la cualidad de sus fuentes, su sentido crítico y sobre todo porque propone una teoría del hombre americano y un cuadro general de los pueblos amerindios⁶. El segundo, más encarnado, lo convertirá en uno de los artífices de las Reducciones del Paraguay⁷.

Martín de Funes, aunque nacido en España, ejerció la docencia de la teología en Austria donde publicó varias obras y en la Biblioteca Nacional de Bogotá permanece inédita su *Tabulae methodicae totius moralis theologiae* que recoge 15 años de docencia⁸. Con José Daddey introducían los jesuitas la elocuencia latina así como la enseñanza de “los meteoros y la esfera del del P. Clavio”⁹ y la pasión por las lenguas indígenas. Y sería Coluccini el testigo que supo transplantar el barroco jesuítico y adaptarlo a la realidad santafereña¹⁰. Al decir de Tüchle “esta arquitectura quiere ser la expresión de lo espiritual, al principio de un modo austero y claro, despojado de todo ropaje simbólico, más tarde cargado con toda la riqueza de imágenes y símbolos llenos

3. MATEOS, Francisco, “Antecedentes de la entrada de los jesuitas españoles en las Misiones de América” en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1944, pp. 109-166.

4. MERCADO, Pedro de, *Historia de la Provincia del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús*, Bogotá 1957.

5. PACHECO, Juan M., *Los jesuitas en Colombia*, I, Bogotá 1959, pp. 88-90.

6. MENGET, Patrick, “Notes sur l’ethnographie jésuite de l’Amazonie portugaise (1653-1759)” en BLANCKAERT, Claude, *Naissance de l’ethnologie?*. Les Editions du Cerf, París 1985, p. 190.

7. HERNÁNDEZ, Pablo, *Organización social de las doctrinas guaraníes de la Compañía de Jesús*, I, Barcelona 1913, p. 7.

8. PACHECO, *ob. cit.*, I, Biblioteca Nacional de Bogotá, Sección de Manuscritos n° 137, pp. 88-89.

9. MERCADO, *ob. cit.*, I, p. 183. PACHECO, *ob. cit.*, I, pp. 581-583.

10. PACHECO, *ob. cit.*, I, pp. 578-581.

de contenido, pero siempre abierto de par en par hacia el espíritu, la idea, la fe. El auténtico objetivo es Dios”¹¹.

Pero viniendo al tema que nos ocupa podemos partir de la afirmación que planteaba en 1941 Manuel Aguirre Elorriaga, a saber, que “la historia de los grandes ríos americanos está vinculada de modo singular, y por extraña y persistente coincidencia, a grandes misioneros, escritores y descubridores jesuitas”¹².

En verdad, la Compañía de Jesús americana se impuso un ritmo histórico tan apremiante¹³ en las primeras décadas del XVII que se puede afirmar con Esteve Barba que, de facto, a cargo de los jesuitas correrá la ciencia geográfica de la época desde California hasta la Argentina o los valles de Chile¹⁴.

Similares aseveraciones podríamos establecer en lo que se refiere al conocimiento de las lenguas de los indígenas que poblaron el corazón de Sudamérica, a la cartografía y a la historia¹⁵.

Pero, quien analice la geografía histórica de nuestro subcontinente durante el período hispánico observará la existencia de un cinturón de misiones jesuíticas que se iniciaba en el alto Orinoco y pasaba por Mainas, Mojos, Chiquitos y el Paraguay¹⁶ y el cual significaba un bloqueo y una tentación para el avance portugués siempre ajeno al espíritu de Tordesillas. Esta evidente realidad le llevó a declarar en 1646 al conde de Salvatierra, virrey del Perú, que los indígenas de las reducciones jesuíticas eran los *custodios de la frontera*¹⁷.

Sin embargo, la política territorial del virreinato del Perú, lamentablemente, le dio la espalda a esta utopía del corazón de América y el virrey Chinchón desoyó el consejo de la reunión resolutoria de Lima para que inaugurara la vía fluvial Napo-Amazonas, como vía formal de enlace con España y de esa forma evitar la ruta continental y marítima que trajinaba el océano Pacífico y atravesaba el Istmo de Panamá¹⁸.

En la historia de la formación y deformación de nuestras nacionalidades la visión amazónica española acabaría ignorando las posiciones estratégicas y la diligencia mostrada por la Compañía de Jesús para mantener los extensos territorios que le había conferido a la corona hispana el Tratado de Tordesillas.

No sin cierta suspicacia anotaba en 1850 el historiador colombiano D. José A. Plaza al descubrir este ensueño jesuítico: “La idea de establecer una escala de comunicaciones mercantiles desde las márgenes del Meta hasta las posesiones portuguesas y las aguas

11. TÜCHLE, “Es el Barroco la raíz del triunfalismo de la Iglesia?” en *Concilium*, 7, 1965, p. 145.

12. AGUIRRE ELORRIAGA, Manuel, *La compañía de Jesús en Venezuela*, Caracas 1941, p. 3.

13. Para una visión general de todas las misiones jesuíticas en ambas Américas, V., a SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, “Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano” en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 7-137.

14. ESTEVE BARBA, Francisco, *Cultura virreinal*, Salvat Editores, Barcelona-Madrid 1965, p. 636.

15. V., HERVÁS Y PANDURO, Lorenzo, *Catálogo de las lenguas de las naciones conocidas, y numeración, división y clases de éstas según la diversidad de sus idiomas y dialectos*, Madrid 1800-1805, 6 vols.

16. Para una información sistemática, V., SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, “Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano” en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 34-56; 65-83.

17. BAYLE, Constantino, “Las Misiones, defensa de las fortalezas de Mainas” en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1951, pp. 417-503.

18. VARGAS UGARTE, Rubén, *Historia General de Perú*, III, Lima 1971, pp. 223 y ss. Citado por BARANDIARÁN, Daniel de, “Brasil nació en Tordesillas. (Historia de los límites entre Venezuela y Brasil). Primera parte: 1494-1801”, en *Paramillo*, Universidad Católica del Táchira, 13, 1994, pp. 412-413.

del Atlántico, surcando el Orinoco y el Amazonas, proyectada por los jesuitas, espantó al Gabinete de Madrid y aceleró la muerte del Instituto. Este plan portentosamente civilizador hubiera variado la faz del continente suramericano y revela lo grandioso del genio que no pide elementos sino libertad para obrar¹⁹.

En definitiva, la presencia jesuítica en los espacios profundos americanos durante la época colonial marcó huellas indelebles en el alma y en el cuerpo de su geografía y de sus hombres.

La penetración de los miembros de la Compañía de Jesús a los espacios profundos sudamericanos se lleva a cabo, desde el lado hispano, al mediar el siglo XVII.

En 1646 llegaban los jesuitas neogranadinos a Santo Tomé de Guayana, capital de la Provincia de Guayana con la intención de remontar aguas arriba el Orinoco²⁰. A tales efectos llama poderosamente la atención la concepción continental que subyace en algunas de las instrucciones dadas a sus protagonistas. Una de ellas expresaba: "...procuren Vuestras Reverencias con toda diligencia saber si en este río Orinoco entra algún brazo del caudaloso Pará, o si los indios que viven desta banda de la cordillera se comunican con los otros de la ribera del dicho Pará, que sería de gran importancia saber si se puede haber comunicación de una banda a la otra sin salir al mar"²¹.

La misma Provincia jesuítica del Nuevo Reino de Granada, a través de su sede de Quito, iniciaría sus actividades, en 1638, en el área denominada Misiones de Mainas²². El papel jugado por los seguidores de Ignacio de Loyola en estas regiones del Marañón y sus luchas territoriales frente al Brasil portugués²³ así como su aporte escrito para el conocimiento de sus hombres, de su historia y de su geografía²⁴ constituyen un arquetipo de lo que fueron y significaron las misiones jesuíticas en el corazón de Sudamérica.

También la Provincia del Perú se hacía presente en 1674 en los espacios que la colonia designó como Alto Perú y hoy pertenecen a la República de Bolivia. Nos referimos a la Misión de Mojos²⁵ cuya vitalidad ha venido siendo resucitada a través de los estudios realizados en el siglo XX. La preocupación por la geografía profunda la consignaba en 1648 el P. Manuel Rodríguez cuando escribía: "*De estas naciones y ríos, que llaman de la Madera los portugueses y los indios que le habitan Cuyarí, tengo por cierto, según el dicho de los prácticos tupinambas, que se continúan con las naciones*

19. PLAZA, José A., *Memorias para la Historia de la Nueva Granada*, Bogotá 1850, p. 314.

20. DEL REY FAJARDO, José, "Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia", en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 406-411.

21. APQU. Leg., 3. *Instrucción y órdenes por el Padre Pr. Rodrigo Barnuevo a los padres Andrés Ignacio y Alonso Fernández para la misión de Guayana, donde son embiados por la Santa obediencia, en 4 de junio de 1646.*

22. Para una visión general V., SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 40-47.

23. BAYLE, Constantino, "Notas sobre bibliografía jesuítica en Mainas" en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1949, pp. 277-317.

24. BAYLE, Constantino, "Las Misiones, defensa de las fortalezas de Mainas" en *Missionalia Hispánica*, Madrid 1951, pp. 417-503.

25. Para una visión general V., SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 52-55. V., también BARNADAS, Josep M., "Introducción", EDER, Francisco Javier, sj., *Breve descripción de las Reducciones de Mojos*, Traducción y edición de BARNADAS, Josep M., *Historia Boliviana*, Cochabamba 1985, III-CIV.

de los chiriguano, moxos y otros de azia Potosí, a cuya reducción han entrado ya misioneros de la Compañía por Santa Cruz de la Sierra, y que descendiendo por sus ríos al que se compone de ellos y subiendo otros por el de la Madera, podrán juntarse o continuarse grandes reducciones, en tantas leguas como corre aquel río, desde tanta altura de el Perú asta lo más baxo de el Marañón. El nombre que dize el padre Acuña le dan los naturales manifiesta que es río de el Perú, porque es de la lengua inga la palabra cuyarí, que sale del verbo cuayní, que significa 'amar'...²⁶.

Todavía más al sur y en territorios bolivianos la Compañía de Jesús estableció en 1692 la Misión de Chiquitos pero dependiente de la Provincia del Paraguay. Su territorio se extendía al sudeste de los llanos de mojos, desde las fuentes del Baures hasta la sierra de Santiago y hasta los países pantanosos de los guaycurús²⁷.

Cerraban este semicírculo geográfico que atenazaba los territorios brasileros las Misiones del Paraguay que se habían iniciado en 1609²⁸.

No entramos aquí a estudiar la contrapartida geográfica establecida por la Compañía de Jesús brasileras tan rica en historia y lingüística como la hispana ya que desborda los límites de nuestro estudio²⁹.

Pero el climax de la visión jesuítica de los hombres y tierras que definen la geopolítica del corazón de Sudamérica la escribiría la actuación de la Compañía de Jesús en la aplicación del Tratado de Límites de 1750³⁰. En estas líneas nos circunscribiremos a la referencia obligada a tres núcleos de problemas sin los cuales sería imposible comprender el contexto en el que hay que situar los hechos que se desarrollaron en la zona orinoqueña y amazónica.

Un primer círculo se centra en la antinomia que se dio entre la posición de las máximas autoridades romanas de la Orden jesuítica y la respuesta de los misioneros de las reducciones guaraníicas. Sin lugar a dudas se llegó a una situación límite entre un mandato de la obediencia y la imposibilidad de su cumplimiento pues los derechos humanos de los indígenas se erigían como una genuina objeción de conciencia.

Tras largas y secretas conversaciones entre los dos países ibéricos se llegó al *Tratado firmado en Madrid a 13 de enero de 1750 para determinar los límites de los Estados pertenecientes a las coronas de España y Portugal en Asia y América*³¹. En esas

26. RODRÍGUEZ, Manuel, *El descubrimiento del Marañón*, Madrid 1648, pp. 225-226.

27. Para una visión general V., SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 55-57.

28. Para una visión general V., SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 65-83.

29. Para una visión general V., SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 112-137.

30. KRATZ, Guillermo, *El tratado hispano-portugués de límites de 1750 y sus consecuencias*, Institutum Historicum S.I., Roma 1954. Dentro del campo venezolano hay que citar, entre otros, a OJER, Pablo; BARANDIARÁN, Daniel; GONZÁLEZ, Herman; RÍOS, Donís. Entre los investigadores españoles señalamos la obra tradicional de RAMOS, Demetrio, *El tratado de límites de 1750 y la expedición de Iturriaga al Orinoco*, Madrid 1947 y la de LUCENA GIRALDO, Manuel, *Laboratio tropical*, Monte Ávila Editores-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Caracas 1992.

31. ASTRAIN, Antonio, *Historia de la Compañía de Jesús en la Asistencia de España*, VII, Madrid 1925, pp. 640. Según el autor el documento se encuentra en AGI. 124-4-9.

mismas fechas se dirigía el P. Francisco Retz, General de la Compañía de Jesús, a sus súbditos del Paraguay para que cumplieran con lo estipulado en el Tratado³². El Gobierno español había solicitado al P. General de la Compañía de Jesús, por medio del confesor real P. Rábago, que tomara las medidas necesarias a fin de que los misioneros del Paraguay colaboraran a la evacuación de las 7 reducciones canjeadas por la colonia del Sacramento³³.

Mas el 9 de noviembre de ese año fallecía el P. Retz y el 4 de julio de 1751 era elegido para sustituirle el P. Ignacio Visconti. Diez y siete días más tarde le escribía el nuevo General a los Provinciales del Paraguay, Perú, Quito y al Superior de la misión una carta explicativa de su posición³⁴.

Mandaba a los misioneros “en virtud de santa obediencia y pena de pecado mortal” no sólo obedecer prontamente y sin excusas la entrega de los siete pueblos indicados en el Tratado sino además convencer a los indígenas para que “sin resistencia, sin contradicción y sin excusas, entreguen inmediatamente sus pueblos a la corona de Portugal”. Fundamentaba el General de la Orden su mandato en dos razones para él poderosas. Primera, que muchos de los más poderosos de Francia, Inglaterra, Holanda, Portugal y España han impresionado a la corona de Portugal “que son tan gruesos los tesoros y comercio que tienen los jesuitas en aquellas partes del Paraguay, que no entregarán los siete pueblos de indios Guaraníes como no sea por fuerza de las armas”. Segunda, era tal la presión internacional que se llegó a pedir que el tratado se ratificara sólo cuando en uno de sus artículos quedase expresado con toda claridad el temor de ambas colonias a que los jesuitas aceptaran tal disposición e incluso se fijara el mutuo compromiso de obligar a los misioneros a la evacuación de los pueblos por las armas si fuera necesario. Como el Rey de España no aceptara tal proposición tan denigrativa para la Compañía de Jesús, salió el monarca garante de la Orden y empeñó su real palabra en nombre de los jesuitas³⁵.

Pronto los misioneros redactaron su *Representación que los Padres Curas y compañeros de las doctrinas hacen al Confesor del Rey Fernando VI, Padre Francisco Rábago, sobre los cargos de conciencia que resultan a Su Majestad en la ejecución del tratado del 1750 entre España y Portugal* en la que fijan su posición y concluyen:

De todo lo cual se sigue legítimamente, que no es lícito llevar los indios guaraníes de sus siete pueblos a otras tierras, ni desposeerlos de sus tierras y bienes raíces, ni enseñar o decir, que tal se puede hacer en conciencia? Luego no es fácil concordar la ejecución del real tratado con la debida observancia de tan sagrados decretos. Luego no es materia ésta, en que nuestra conciencia está segura del acierto, obedeciendo a una ley civil y humana, a que tan claramente contradicen la ley natural, la divina, la eclesiástica y la civil³⁶.

32. ASTRAIN, Antonio, *ob. cit.*, VII, 1925, p. 644.

33. AGS. *Estado*, 7387, fol., 32. *Carta del P. Rábago al P. Barreda*. Madrid 1º de febrero de 1753: “Lo segundo que no pude excusar, fué escribir a nuestro Padre General, que facilitase la ejecución de un tratado que el Rey había hecho, creyéndole conveniente; en lo que hice lo que me mandaron; y lo que nuestro Padre no podía negar, debiendo suponer que cada uno sabe lo que le importa; y que no había inconveniente en la ejecución”. Citado por KRATZ, *ob. cit.*, 45.

34. La carta la transcribe íntegra ASTRAIN, *ob. cit.*, VII, pp. 644-646.

35. *Ibidem*.

36. AHN, *Jesuitas*, 120, ASTRAIN, *ob. cit.*, VII, pp. 650-651.

También algunos Profesores de la Universidad de Córdoba defendían ser nulas las cláusulas del tratado, referentes a este punto y, por consiguiente, sin vigor la orden del P. General de la Compañía de Jesús³⁷.

Un segundo círculo haría referencia a la opinión internacional. Si tenemos en cuenta la evolución de la cronología de la expulsión de los jesuitas primero en Portugal en 1759 y después en Francia en 1764, en España y Nápoles en 1767 y en 1768 en Parma es factible imaginarse la campaña desarrollada antes por esas cortes en el ámbito político y diplomático a fin de poder desarrollar todas las estrategias necesarias para enterrar a la Compañía de Jesús.

En el caso específico de Portugal, parte fundamental del contencioso que trataban de dirimir las dos naciones ibéricas sobre territorios americanos, hay que señalar que precisamente en 1750 había asumido el Marqués de Pombal el Ministerio de Guerra y de Estado en Lisboa y venía de desempeñarse como embajador en Inglaterra y Austria. Pero sin lugar a dudas la chispa que prendería el fuego contra los jesuitas en Europa sería la *Relação abreviada da republica que os religiosos jesuitas das provincias de Portugal e Hespanha estabeleceram nos dominios ultramarinos das duas monarchias*. Lisboa, 1757 escrita por el entonces todopoderoso ministro Sebastião José de Carvalho, marqués de Pombal. Para el fuerte y creciente antijesuitismo del viejo mundo este apasionado libro acabaría por encender la imagen adversa que en definitiva sería imposible de remontar.

El tercer núcleo actuaba como un contexto hispano de la corriente antijesuítica que se desarrollaba en Europa. Con la venida de Nápoles del rey Carlos III para encargarse del trono español se consumaría la onda expansiva que trazaría el precipitado camino de la expulsión, el exilio y la supresión de la Orden fundada por Ignacio de Loyola³⁸. En el caso concreto de la Expedición de Límites se puede afirmar que el proceso se inicia al ser sustituido el Ministro de Estado Carvajal, fallecido el 8 de abril de 1754, por Ricardo Wall y Devreux quien de inmediato designó como Director General de la Secretaría de Estado y Ultramar a Francisco Auzmendi, enemigo declarado de los jesuitas.

La conclusión final sería la expulsión de la Compañía de Jesús, en 1767, de España y su dominios³⁹.

37. AGI, 122-3-21, *Carta del P. Escandón al P. Robles*, Buenos Aires 21 de marzo de 1765 en KRATZ, *ob. cit.*, p. 61.

38. Para comprender el influjo del Ministro napolitano TANUCCI, véase TANUCCI, Bernardo, *Epistolario*, Edizioni di storia e letteratura, Roma. Se han publicado los tomos: I, 1723-1746. Roma 1980; II, 1746-1752. Roma 1980; III, 1752-1756. Roma, 1982; IV, 1756-1757. Roma 1984; V, 1757-1758. Roma 1985; y IX, 1760-1761. Roma 1985.

39. Para la visión política FERRER BENIMELI, José Antonio, "Los jesuitas y los motines en la España del siglo XVIII" en *Paramillo* nº 9/10, San Cristóbal 1990, pp. 365-396. "Carlos III y la extinción de los jesuitas" en *Paramillo* nº 9/10, San Cristóbal 1990, pp. 417-436. "Córcega y los jesuitas españoles expulsos 1767-1768. Correspondencia diplomática" en *Paramillo* nº 14, San Cristóbal 1995, 5-196. "La expulsión y extinción de los jesuitas según la correspondencia diplomática francesa: 1770-1773" en *Paramillo* nº 17, San Cristóbal 1998, pp. 5-386.

II. EL PAISAJE NATURAL Y HUMANO DE LA ORINOQUIA

Para conocer las relaciones tierra-hombre en el habitat tan peculiar en que desarrollaron los jesuitas su proyecto social, económico, cultural y religioso haremos referencia primero a la geografía encomendada a la Compañía de Jesús en el siglo XVII aunque nos serviremos también de estudios modernos para las especificaciones técnicas que requiere este estudio.

En la Junta de Misiones celebrada en Santafé de Bogotá el 12 de julio de 1662 el cuerpo decidió repartir los territorios misionales entre las diversas entidades religiosas que configuraban la iglesia neogranadina para que cada una se responsabilizara del área a ella asignada. A los jesuitas se les adjudicó el territorio “junto al río de Pauto y de allí para abajo hacia la villa de San Cristóbal y ciudad de Barinas, y todos los Llanos de Caracas, y corriendo línea imaginaria desde el río de Pauto hasta el Airico comprendiéndole”⁴⁰.

De facto se le encomendaba a la Orden fundada por Ignacio de Loyola gran parte de la Provincia de Guayana, la creada por don Antonio de Berrío, que “se empujaba hasta el Amazonas y lo abarcaba desde su nacimiento hasta su desembocadura”, es decir, la Provincia y Gobernación de Guayana integrada por la Provincia del Dorado de Papamene-Pauto de Quesada y la Provincia de Guayana y Caura de Ordaz y luego de Serpa⁴¹. Este territorio daba cabida a todo el complejo mesopotámico que hoy conforman las cuencas colombo-venezolanas del Orinoco y del Amazonas.

Los espacios señalados en esta geografía histórica pertenecen hoy a tres naciones: Venezuela, Colombia y Brasil.

Pero, esa primigenia Provincia de Guayana se desintegró a lo largo del siglo XIX de la siguiente manera. Por el Tratado de 1859, firmado con el Brasil, pasaron a la república sureña 200.000 kilómetros cuadrados: 150.000 correspondientes a la franja norte del Medio Yapurá y el Alto y Medio Río Negro-Guainía; y 50.000 comprendidos en la franja meridional del Medio Yapurá y el Río Amazonas o Solimoés⁴². Por el Laudo español de 1891 la Provincia de Guayana se desprendió de 519.857 kilómetros cuadrados⁴³ que se integraron a la actual República de Colombia⁴⁴. Y a Venezuela le quedaron 460 mil kilómetros cuadrados contabilizados por el Delta Amacuro, el Territorio Federal Amazonas y el Estado Bolívar.

La superficie total de las Misiones jesuíticas en la primigenia Guayana occidental y meridional involucraba unos 50 mil kilómetros cuadrados de acción directa. A ellos habría que sumar los de los territorios de Casanare y Meta.

Frente a estas ingentes extensiones de terreno llama la atención la demografía de la población autóctona que habitó en estas tierras guayanesas.

40. ANB. *Conventos*, t. 68, fol., 437v-438.

41. BARANDIARÁN, Daniel de, “El Orinoco amazónico de las misiones jesuíticas” en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, II, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, p. 141.

42. V., BARANDIARÁN, Daniel de, “Brasil nació en Tordesillas” en *Paramillo* n° 13, San Cristóbal 1994, pp. 331-774.

43. V., OJER, Pablo, *La Década fundamental en la controversia de Límites entre Venezuela y Colombia (1881-1891)*, Corpozulia, Maracaibo 1982.

44. Comandancia del Vichada (100.242 Kilómetros cuadrados); Departamento del Meta (85.635); Comisaría del Vaupés (107.595); Comisaría del Guainía (72.238); Intendencia del Caquetá (44.482); y Comisaría del Amazonas (109.665).

Según el Dr. Miguel Angel Perera, durante los tiempos coloniales, no sobrepasó nunca esta tierra difícil y despoblada los 200.000 habitantes⁴⁵. Quizá pueda llamar la atención esta afirmación pero su confrontación referencial con la población actual, que apenas supera el millón de habitantes, parece avalar el interesante estudio que ha venido realizando durante años el mencionado profesor de la Universidad Central de Venezuela.

En 1780 escribía el ex-misionero del Orinoco, P. Felipe Salvador Gilij: “Todavía insolentes y bárbaros, los orinoquenses, a los jesuitas y a todos les parecieron infinitos. Pero amansados en el día de hoy por la santa ley de Dios, y reducidos a ovejas, a cualquiera que tenga ojos deben parecerle poquísimos, como son en realidad”⁴⁶.

Perera fundamenta su tesis en el análisis que ofrece la geografía de la Orinoquia en la que distingue las siguientes regiones:

En primer lugar la inmensidad superficial de los Bosques y Selvas, con un total de 350 mil kilómetros cuadrados. Ellos integran los Bosques de Galería a lo largo de los ríos y con abundancia de población y de faunística, junto con una agricultura básica de maíz y yuca y tubérculos diversos. Después se deben mencionar los Bosques tropófilos de escasos recursos, los Bosques específicos de transición en el área mesopotámica de los ríos Guainía-Negro-Atabapo-Casiquiare, con agrupaciones indígenas diseminadas forzosamente por la escasez de espacios abiertos; finalmente, los inmensos Bosques ombrófilos de la llamada comúnmente Selva Virgen, en donde, ayer como hoy, las etnias indígenas, con un promedio de no más de 0'2 habitantes por kilómetro cuadrado, pugnan por vivir holgadamente.

En segundo término hay que aludir a las Sabanas con un total de 55 mil kilómetros cuadrados. De ellos 10 mil kilómetros cuadrados los constituyen las sabanas altas de arenisca, con suelos impermeables, y con imposibilidad de habitación poblacional; 5 mil son inundables por su condición de sabanas fluviales, con sus transhumancias estacionales de vivienda y de modos de vida; 40 mil kilómetros cuadrados son sabanas bajas, de suelos duros y siempre arrasadas por el fuego y con escasa posibilidad de una cultura agrícola, pero con abundante cacería mayor. La sustentabilidad poblacional indígena extrema de esa región sabanera no pasó de los 30 mil habitantes.

En tercer término hay que señalar el Estuario deltáico del Orinoco y los pantanales del Casiquiare-Río Negro, con un total de 30 mil kilómetros cuadrados y que pudieron sustentar, por su riqueza piscícola y frutera a unos 50 mil habitantes indígenas.

Y en último lugar, aparecen las áreas geográficas inhabitables de Guayana como son las regiones altas de los Tepuyes, las cordilleras más hostiles y las marismas propiamente dichas, que conforman un total de más de 30 mil kilómetros cuadrados a los que habría que añadir los 3.500 kilómetros cuadrados que conforman el espejo superficial de los grandes ríos en sus madres respectivas⁴⁷.

45. PERERA, Miguel Angel, *Oro y Hambre: Antropología histórica y Ecología cultural de un mal entendido. Guayana en el siglo XVI*, Caracas 2000, pp. 112-149.

46. GILIJ, Felipe Salvador, *Ensayo de Historia americana*, Academia Nacional de la Historia, I, Caracas 1965, p. 76.

47. BARANDIARÁN, Daniel de, “El Orinoco amazónico de las misiones jesuíticas” en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, II, J. DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 129-285.

Del lado colombiano, (sede de las Misiones del Meta y Casanare), hay que hacer referencia a los departamentos del Meta, Arauca, Casanare y Vichada⁴⁸. En una perspectiva fisiográfica se deben distinguir los Llanos altos, apegados a las estribaciones de los Andes, configurados por anchas franjas de tierra de aluvión de grano fino sobre los que reposan bosques húmedos que incentivan el cultivo del arroz, café, caña de azúcar, maíz, algodón, plátano y otros productos agrícolas. Los Llanos bajos, más al oriente, es “tierra yerma, castigada por las vicisitudes del clima” en la que solo se producen pastos de mala calidad⁴⁹.

Toda la región está sometida a dos estaciones anuales: la temporada de lluvias que se extiende desde abril hasta finales de noviembre y la seca que abarca de diciembre hasta marzo⁵⁰. Y su población no superaba los 100.000 habitantes⁵¹.

El paisaje humano estuvo compuesto por muy diversas familias étnicas y con toda verdad podemos afirmar que se trataba de un auténtico mosaico de naciones⁵². A ello hay que añadir muy diversos grados de nomadismo en la mayoría de los autóctonos. Era una pauta de vida -observa Luis Duque Gómez- que estaba determinada por la naturaleza por ser ésta la fuente principal de sus recursos de subsistencia en cuya búsqueda llevaban a cabo grandes desplazamientos con el fin de aprovechar “la maduración de las frutas silvestres, los refugios de las especies de la caza mayor y menor y las facilidades de la pesca en los tiempos de verano”⁵³.

Si en los Llanos los jesuitas laboraron con seis naciones distintas, en el Orinoco el número de familias lingüísticas fue mucho mayor.

Los achaguas se extendían desde cerca de Barinas hasta San Juan de los Llanos. Eran de lengua Maipure y habían sido una de las naciones más numerosas de estas comarcas⁵⁴.

Los sálivas⁵⁵ constituyen la segunda nación en importancia dentro del ámbito misional jesuítico llanero y orinoquense. Su hábitat se asentaba entre la desembocadura del Meta y los raudales de Atures y Maipures, a ambos lados del río Orinoco⁵⁶ pero también se expandieron hasta el alto Vichada y el Guaviare⁵⁷. Sus formas de vida eran

48. WEST, Robert C., “The Geography of Colombia” en *The Caribbean Contemporary Colombia*, CURTIS WILGIUS, A. (edit.), Gainesville 1962, p. 19. Citado por RAUSCH, Jane M., *Una frontera de la sabana tropical. Los llanos de Colombia 1531-1831*, Colección Bibliográfica Banco de Colombia, s/a (El original inglés es de 1984) Santafé de Bogotá, p. 7. ACEVEDO LATORRE, Eduardo, *Diccionario geográfico de Colombia*, Instituto Geográfico A. Codazzi, Bogotá 1971.

49. WEST, Robert C. *The Geography of Colombia*, p. 19.

50. VERGARA Y VELASCO, F.J., *Nueva geografía de Colombia*, Bogotá 1901-1902, p. 683.

51. RAUSCH, Jane M., *Una frontera de la sabana tropical. Los llanos de Colombia 1531-1831*, Santafé de Bogotá 1984, p. 33.

52. DEL REY FAJARDO, José, *Los Jesuitas y las Lenguas Indígenas Venezolanas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1979, Mayor información en ARELLANO, Fernando, *Una introducción a la Venezuela prehistórica*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1986.

53. DUQUE GÓMEZ, Luis, “Visión etnológica del Llano y el proceso de la evangelización” en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, José DEL REY FAJARDO, (edit.), San Cristóbal 1992, p. 693.

54. RIVERO, Juan, *Historia de las misiones de los Llanos de Casanare y los ríos Orinoco y Meta*, Bogotá 1956, p. 46.

55. ARELLANO, F., *Una introducción a la Venezuela prehistórica*, Caracas 1986, pp. 508-519.

56. RIVERO, *ob. cit.*, pp. 47, 216. GILLI, *ob. cit.*, I, p. 74.

57. TOBAR A., y LARRUCEA DE TOVAR, C., *Catálogo de las lenguas de América del Sur con clasificaciones, indicaciones tipológicas, bibliografía y mapas*, Madrid 1984, p. 161. MOREY, Nancy C., y MOREY, Robert V., “Los sáliva” en *Los aborígenes de Venezuela*, Fundación La Salle de Ciencias Naturales, I, Walter COPPENS (edit.), Caracas 1980, pp. 241-285.

muy semejantes a las de los achaguas pero sus lenguas eran totalmente diversas. Esto no impidió que convivieran en aldeas mixtas en donde fácilmente se hacían bilingües pues los hijos eran de madre sáliva y de padre achagua⁵⁸. Los jesuitas clasificaron su lengua como matriz⁵⁹.

Al norte de los Llanos habitaban también tres etnias de agricultores en lo que se denominó el Airico de Macaguane entre los ríos Casanare y Apure: los betoyes los giraras y los tunebos.

Los betoyes se ubicaban entre el río Sarare y el Uribante⁶⁰ y aunque Gumilla considera su lengua como matriz⁶¹, sin embargo, hoy se le considera de origen chibcha⁶². Gozaban de una geografía privilegiada y sus tierras constituían uno de los corredores terrestres entre Venezuela y el Nuevo Reino.

Los giraras aparecen en las historias jesuíticas como una etnia belicosa y cruel⁶³. Habitaban en la serranía de Morcote y en el Airico de Macaguane pero tenían sus ramificaciones profundas en el actual territorio venezolano⁶⁴.

La imagen que hoy tenemos del tunebo se puede tipificar en un grupo indígena extremadamente introvertido en su psique, ajeno al acontecer del mundo circundante, aferrado a sus tradiciones ancestrales y encerrado en las inaccesibles selvas y montañas que constituyen la Sierra Nevada del Cocuy⁶⁵.

Pero la paz de las regiones llaneras se vio siempre perturbada por los guahivos y chiricoas, el grupo más poderoso y numeroso de los recolectores. Erráticos y vagabundos recorrían desde los rincones más retirados del gran Orinoco, del río Meta y del Ayrico, hasta casi los últimos términos de San Juan de los Llanos. Su nomadismo activo les hizo vivir como gitanos trashumantes sin poblaciones fijas, sin tierras y sin labranzas viviendo siempre del pillaje, de la amenaza y del robo⁶⁶.

Al referirnos a la cuenca del Orinoco la primera observación que llama la atención del estudioso es la pluralidad de naciones y lenguas que vertebran las huellas de los diversos poblamientos que sufrió nuestro gran río. Por ello no descendemos a singularización de ninguna de las etnias. Baste citar como ejemplo el de la pequeña reducción de La Encaramada a orillas del Orinoco: la poblaron tamanacos, avaricotos, parecas, maipures, avanes, meepures y quaquas⁶⁷.

58. RIVERO, *ob. cit.*, p. 199.

59. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado y defendido*, Caracas 1963, p. 298. GILLI, *ob. cit.*, III, p. 180.

60. RIVERO, *ob. cit.*, p. 346.

61. GUMILLA, *ob. cit.*, p. 298.

62. TOVAR, Antonio, *Catálogo de las Lenguas de América del Sur*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1961, p. 174.

63. MERCADO, Pedro de, *Historia de la Provincia del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús*, II, Bogotá 1957, p. 267.

64. RIVERO, *ob. cit.*, pp. 117 y ss. ARELLANO, F., *ob. cit.*, pp. 400-402.

65. DEL REY FAJARDO, José, "Consideraciones sobre el hombre y la lengua tuneba" en MÁRQUEZ, María Elena, BERICHÁ (AGUABLANCA, Esperanza) y OLZA, Jesús, *Gramática de la lengua tuneba*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1988, pp. 5-28.

66. MERCADO, *ob. cit.*, II, pp. 285-286.

67. GILLI, *ob. cit.*, II, p. 175.

Mas, sería el jesuita italiano Felipe Salvador Gilij quien interpretaría esa dispersión al reducir a nueve lenguas matrices todo el mosaico lingüístico de la Orinoquia⁶⁸: Caribe, Sáliva, Maipure, Otomaco, Guamo, Guahibo, Yaruro, Guaraúno y Aruaco.

Mención obligada debemos hacer de la nación caribe. La historia de la demografía en la Orinoquia recoge a esta nación como la más feroz depredadora de los habitantes del Orinoco medio y bajo⁶⁹.

Este mundo caribe, o mejor macrocaribe, puede ser considerado, desde su ingreso en la hoya orinoquense algunas centurias antes de la llegada de Colón, como el pueblo de la navegación fluvial o marítima. Muy probablemente su acceso a la gran Orinoquia debió efectuarse por una doble vía: la fluvial amazónica desde el Matto Grosso y la marítima por la desembocadura del Amazonas y su lanzamiento costero e insular en el Mediterráneo americano. Por ello, tanto los caribes fluviales como los marítimos aportarán una gran cosmovisión del mundo y del agua: *Mar y Río* de donde y por donde todo nació y emergió.

Las coordenadas que limitan los espacios temporales de este hecho histórico corren de 1661 a 1767 para los Llanos de Casanare, vale decir, para las misiones del piedemonte andino. Sin embargo, las reducciones orinoquenses sólo lograron consolidarse en 1731, es decir, 36 años antes de la expulsión de Carlos III en 1767⁷⁰.

III. EL POBLAMIENTO, LA REDUCCIÓN Y LA CULTURA REDUCCIONAL

No fue fácil habilitar un nuevo espacio para un nuevo orden a través de la reducción. De la espacialidad tradicional orinoquense, juzgada como dispersión, había que transitar a una espacialidad caracterizada como concentración urbana.

Señalaremos brevemente las dos fases fundamentales del proceso: la primera consistía en ubicar los grupos humanos que se iban a *reducir* para proceder después la fundación de la *reducción*; la segunda, se dirigía a la creación de una cultura capaz de salvaguardar las promesas hechas para el nuevo poblamiento de forma tal que perviviera la *misión ordenada*.

Desde sus inicios la Compañía de Jesús concibió la cristianización como un proceso que se inicia con la *reducción*, continúa con la educación e incorporación a la vida civil, y concluye con la conversión.

Los jesuitas habían elaborado su concepción propia de *reducción* con el ensayo llevada a cabo en Juli, en el altiplano peruano⁷¹. Esta experiencia iluminaría buena parte de las reflexiones que consagra el P. José de Acosta en su libro *De procuranda*

68. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 174.

69. V., BARANDIARÁN, Daniel de, "Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, I, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 247-265.

70. DEL REY FAJARDO, José, "Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia", en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, I, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 415-419.

71. ECHANOVE, Alfonso, "Origen y evolución de la idea jesuítica de *Recucciones* en las Misiones del Virreinato del Perú" en *Missionalida Hispanica*, XII, n° 34, Madrid 1955, pp. 95-144; XIII, n° 39, Madrid 1956, pp. 497-540.

indiorum salute. A ella se añadirían las enseñanzas del Paraguay y las levantadas por los jesuitas portugueses en el Brasil.

El P. Alonso de Neira, primer misionólogo llanero, diseña como objetivo de la evangelización la *conversión temporal y espiritual*⁷². En 1692 describía el Consejo la acción de los jesuitas "... que no se contentan solamente con reducir a los gentiles y agregarlos a pueblos, sino que procuran también con toda solícitud enseñarlos a vivir vida social, política y económica, como también su educación en las buenas costumbres y su mayor aumento"⁷³. Y el cofundador de la Real Academia, P. José Cassani, sintetizaría el proceso en "... atraerlos a vida racional, para pasar de aquí a reducirlos a Catholicos"⁷⁴.

El primer paso de la reducción consistía en convencer a los integrantes de las diversas naciones de las ventajas de la nueva vida.

Los criterios para llevar a cabo un contacto con tribus que eran susceptibles de convertirse en *indígenas reducidos* fueron múltiples. En unos casos se acudía a los integrantes de la misma familia lingüística para iniciar las conversaciones y facilitar el encuentro; en otros casos se buscaban los enclaves comerciales fomentados por los autóctonos a lo largo de las principales arterias fluviales. Pero con el tiempo se recurrió a la figura de los *misioneros volantes*, hombres de salud férrea, dotados de gran conocimiento de las lenguas y del país, y experimentados conocedores de la psicología indígena, quienes debían recorrer sistemáticamente toda la geografía lejana misional a fin de entablar los primeros contactos con los gentiles y reclutar posteriormente neófitos para las reducciones⁷⁵.

El encuentro se regía por las formalidades del *mirray* que no es otra cosa que *el descubrimiento del otro* tal como lo practicaban las etnias llaneras y orinoquenses y consistía en un largo acto protocolar cuyo hecho central recogía el discurso de bienvenida del cacique al que respondía del mismo modo el huésped⁷⁶.

Este discurso coloquial se ubica en la mitad geográfica de lo que los tratadistas señalan como los planos de la incomunicación entre el español y el indígena. Todavía más, se erige en una metodología del diálogo y del entendimiento practicado más allá de las diferencias del nivel lingüístico y del nivel cultural que poseían las diferentes naciones que compartían los espacios de la Orinoquia. Era el modo tradicional de interpretar los signos de alteridad entre conglomerados humanos distintos y distantes.

Los misioneros se sirvieron de este obligado ritual para todos y cada uno de los contactos llevados a cabo en su entorno indígena. La pedagogía del encuentro conllevaba un gran sacrificio pues, a la larga y reiterativa retórica de los incidentes del viaje y de los objetivos de su presencia, seguían las innumerables preguntas de los visitados a los ayudantes del jesuita mientras el misionero se hacía conducir a los enfermos, se preocupaba por los niños y regalaba a todos avalorios y otros regalos⁷⁷.

72. RIVERO, *ob. cit.*, 164.

73. RIVERO, *ob. cit.*, 293.

74. CASSANI, Joseph, *Historia de la Provincia de la Compañía de Jesús del Nuevo Reyno de Granada*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1967, p. 58.

75. GILLJ, *ob. cit.*, III, pp. 90-97, (La jornada de camino estaba calculada en 30 millas. *Ibidem*).

76. Un ejemplo puede verse en GUMILLA, *El Orinoco ilustrado*, p. 242.

77. MERCADO, *ob. cit.*, II, pp. 289-290.

Las opciones de la decisión final eran muy variadas: o fijaban una fecha para trasladarse ya sea a fundar una reducción, ya sea a un lugar próximo a una de las poblaciones misionales ya existentes⁷⁸; o se llegaba a buenas palabras y había que repetir cada año la visita hasta lograr el objetivo (la reducción del pueblo betoy le llevó al P.Gumilla 8 años)⁷⁹; o el misionero decide quedarse, incluso años, hasta convencerlos de las ventajas de la vida reducida (8 años gastó el P. Cavarte con los achaguas del sur del Airico y tuvo que capitular)⁸⁰; o convertirse en un beduino más como acompañante de los guahivos y chiricoas sin arraigarse nunca en algún lugar⁸¹; o una simbiosis de todas estas posibilidades.

Pero también cabe preguntarse qué hicieron los jesuitas para enfrentarse a una geografía difícil y a unas naciones aisladas y dispersadas en tan grandes espacios guayanenses. Consolidadas las misiones de la zona media orinoquense, refrenado el impulso caribe y abiertos los espacios amazónicos se desarrollará una década caracterizada por las grandes exploraciones. De 1746 a 1756 la geografía orinoquense sería auscultada en grandes zonas por los misioneros jesuitas a la vez que diseñarían una expansión misional no solamente en la coordenada norte-sur, a los márgenes de la gran arteria fluvial venezolana, sino que paralelamente incursionarían la coordenada este-oeste.

El sueño jesuítico de interconectar las misiones orinoquenses con las amazónicas, las del Gran Chaco y las paraguayas revive tras el letargo impuesto por el caribe. Así lo demuestra el testimonio del P. José Cavarte (1655-1724), lazo de unión entre las generaciones jesuíticas del XVII y XVIII, quien en su vejez componía una Gramática enagua “por las esperanzas que tenía de que se pudieran conquistar los que la usan” y también había solicitado de Quito que le remitieran una gramática inca para estudiarla⁸².

Este nuevo impulso pro amazónico adoptaría dos rumbos bien definidos. El primero incursionaría la margen derecha del Orinoco a través de los ríos Suapure, Parguaza, Sipapo y Ventuari-Manapiare⁸³. La génesis de este periplo tomaba su origen en la necesidad de rastrear los caminos secretos que los caribes trazaron para seguir invadiendo las reducciones jesuíticas. Después de 1745 el objetivo principal se basará en la nucleización de las tribus desparramadas por esa área. Y para ello se ensayó la idea de abandonar las orillas del Orinoco y establecer reducciones tierras adentro; así nacieron San Estanislao de Patura, San Javier de los Parecas y otras de muy efímera existencia; los motivos del fracaso de este ensayo los reduce Gilij a una sola línea “el clima es grandemente dañoso a la población”⁸⁴.

78. Los achaguas del río Aritagua se reducen en San José de Aritagua y después pasan a San Salvador del Puerto (MERCADO, *Ibidem*)

79. RIVERO, *Historia de las Misiones*, pp. 359-388.

80. RIVERO, *ob. cit.*, p. 339.

81. GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 66 “Haría falta que uno tuviese la paciencia de ir de matorral en matorral, de río en río, de prado en prado con ellos. Así lo hizo antaño el célebre P. RAUBER”.

82. RIVERO, *ob. cit.*, p. 405.

83. Gran parte de las excursiones del P. FORNERI sospechamos que se dirigieron a la puesta en acción de la nueva política aunque el cronista atestigua que “no es mi intención aquí hacer la lista de todos los viajes de este misionero” (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 103). Si excluimos los *muchos y fatigosos* que hizo a los yaruros, los demás de esta época se orientaron a los maipures del Tuapu, a los piaroas del Ventuari (GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 70), a los parecas en 1751 (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104), a los guaipunavis del río Inirida (GILIJ, *ob. cit.*, III, pp. 104-105) y al fortín de Cuseru en el Atabapo (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 109).

84. GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 70.

La segunda ruta penetraría por la margen izquierda de nuestro gran río y se centraría en la toma de posesión de las zonas que se suponían ríonegrinas y que se confundían con la hoy vasta zona interfluvial llanera colombiana del Vichada, Guaviare, Inírida y Guainía⁸⁵. De esta época datan el viaje del P. Lubián en 1751 a los Betoyses -o mejor betoas- del Sur y a los Chavinavos con el fin de descubrir las naciones que habitan los ríos que desaguan en el Orinoco y en el río Negro por la parte del poniente⁸⁶. Casi con idéntica misión pero por derroteros distintos visitó algunos años más tarde a los pamivas el P. Francisco del Olmo⁸⁷ quien llegaría a entablar amistad con los guaipunaves y especialmente con su cacique Cuseru⁸⁸, persona clave en las relaciones hispano-guaipunaves durante la Expedición de Límites⁸⁹.

¿Y cómo se llevó a cabo la segunda fase de este proceso? Mediante lo que David Block denomina la *cultura reduccional*. Este concepto abarca el proceso que vivirían las reducciones en sus usos y costumbres hasta llegar a desarrollar formas de vida cada vez mejores. Algunas de ellas, y no las más importantes, fueron: el cruce y selección de modos de subsistencia europeos e indígenas, así como en su resultante híbrido que adoptó formas más eficientes para llevar a cabo las tareas tradicionales. De esta suerte las reducciones se convirtieron en centros urbanos en miniatura, poblados por indígenas que producían bienes para su propia subsistencia y para los mercados españoles⁹⁰ a la vez que cultivaban fórmulas de bienestar social.

¿Pero, cuáles eran los medios idóneos para lograr tales objetivos?. En primer lugar hay que destacar que la lengua se había transformado no sólo en el instrumento de cohesión, sino además generaba un nuevo espacio de comunicación. En segundo término apelaría a dos metas, casi utópicas: a la educación y al progresivo cambio de mentalidad a través del uso religioso del tiempo detalladamente ritualizado.

Los misioneros ingresaron al mundo cultural indígena porque lograron conocer sus universos míticos. La convivencia y el diálogo les hicieron partícipes del habitat en que vivían inmersos y por ende convertirse en parte de su historia, de su geografía, de su literatura y de sus modos de ser y existir porque, en definitiva, el lenguaje interpreta la diversidad humana e ilumina la identidad exclusiva del ser humano. A la diversidad de idiomas siempre corresponde diversidad de corazones, escribirá Gilij⁹¹ y por ello rechazaría todo parecido a la mentalidad reaccionaria de los que en este ámbito hablan de estructuras profundas y estructuras superficiales⁹².

85. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 97-115.

86. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104. Además era excelente amigo del P. DEL OLMO. (GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 72).

87. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104. Gran parte de la vida misionera del P. Francisco DEL OLMO la absorbe la incesante búsqueda de los yaruros a lo largo del Sinaruco, Meta y “otros ríos que desaguan en el Orinoco” (GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 90. Otros detalles interesantes de la pp. 91 a 97). También el VENTUARI catalizó varios de sus viajes con el afán de reducir los maipures (GILIJ, *ob. cit.*, III, pp. 90-91). Con mucha justicia escribía GILIJ al narrar su muerte: “con mucho disgusto mío murieron con él las muchas rarísimas noticias que habrían podido darme de sus viajes a los gentiles” (GILIJ, *ob. cit.*, I, p. 129; III, p. 104).

88. Hacia 1750 debió realizar su viaje al río Inírida a visitar a Cuseru (GILIJ, *ob. cit.*, II, pp. 188-190).

89. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 104.

90. BLOCK, David, *La cultura reduccional de los Llanos de Mojos*. Tradición autóctona, empresa jesuítica & política civil, 1680-1880. SUCRE, *Historia Boliviana*, 1997, p. 32.

91. GILIJ, Felipe Salvador, *Ensayo de Historia Americana*, Academia Nacional de la Historia, II, Caracas 1965, p. 147. “Me parece a mi el corazón del hombre no diferente de la lengua que le tocó en suerte al nacer”.

92. OLZA, Jesús, “El Padre Felipe Salvador Gilij en la historia de la lingüística venezolana” en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, II, José DEL REY FAJARDO (edit), San Cristóbal 1992, p. 439. Para explicitar esta teoría:

En el horizonte lingüístico de las ciudades-reducciones pronto amaneció un sueño utópico de los misioneros del corazón de América y del que dejó constancia el autor del *Ensayo de Historia Americana*, confirmado por las afirmaciones de Humboldt⁹³: las lenguas generales. Para las áreas orinoquenses no hubieran sido el caribe y el tamanaco, propuestos por el viajero alemán⁹⁴ sino el caribe y el maipure ya que éste último - anotaré Gilij- lo entienden todos en el gran río “y se podría hacer común si se quisiera”; por lo tanto, de persistir el “obstáculo de tantas lenguas... ésta sería bastante a propósito para hacer de ella una lengua general”⁹⁵.

En este sentido hay que reflexionar sobre los desvelos del misionero para fabricar un futuro mejor, pues, como afirmaba el misionero de La Encaramada, supone una enorme fatiga el aprender una lengua y cuando después de mucho esfuerzo se llega a dominarla, con ella no se puede servir sino a muy pocos hablantes. De querer llegar a otros es preciso volver a recorrer el mismo camino. Al hablar de los indios voqueares dirá: “No eran en mi tiempo más de sesenta almas... Parece con ellos su lengua, y el misionero se queda menos apenado que mudo”⁹⁶.

En segundo término la socialización y la convivencia significaban la primera fase de la urbanización y por ende de la civilización. Los espacios simbólicos y vitales de la misión había que dotarlos de un sistema de valores y de actitudes que garantizaran la nueva realidad.

La función psíquica exige para poder desarrollarse sustancia y promesas, es decir, arquetipos de identificación. Por ello, el indígena necesitaba encontrar en el mundo exterior una herencia cultural que le hiciera habitante de una historia y participe de una sociedad, para de esta forma sentirse actor en una red de relaciones a partir de las cuales pudiera elaborar comportamientos en respuesta a problemas existenciales.

En la reestructuración de la ciudad-reducción no sólo se recuperan algunas estructuras autónomas fundamentales de la etnia sino que la aculturación se rige por una intencionalidad que pretende sumar de forma progresiva elementos que generen un nuevo ciclo de mejor vida, donde la acción solidaria se encamine al sustentamiento y mejoramiento de las funciones comunitarias definidas por el bien común y los espacios de futuro⁹⁷.

Por ejemplo: la estructura social y administrativa de la reducción solía respetar las jerarquías políticas existentes en las naciones antes de reducirse. Los caciques gozaban de dignidad perpetua y hereditaria excepto en caso de rebelión contra el Soberano⁹⁸. En la misión usaban bastón de mando con pomo de plata y en la iglesia ocupaban un sitial

SONTAG, Susan, *Kunst und Antikunst*. Reinbek bei Hamburg 1968, y sobre todo el capítulo I: “Gegen Interpretation”, pp. 9-18.

93. HUMBOLDT, Alejandro de, *Viaje a las regiones equinociales del nuevo continente*, II, Caracas 1941, p. 178.

94. HUMBOLDT, A. de, *ob. cit.*, p. 181.

95. GILIJ, *ob. cit.*, III, pp. 170-171. Y en el t. II, p. 56 dice: “Hacen amistad con todos y apenas se encuentra en Orinoco una nación en que no haya algún maipure. Su lengua, como facilísima de aprender, se ha convertido entre los orinoquenses en lengua de moda y quien poco, quien mucho, quien medianamente, quien bien, la hablan casi todos...”.

96. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 170.

97. Para comprender este proceso nos remitimos al apéndice: “Carta de navegar en el peligroso mar de los indios gentiles” (GUMILLA, José, *El Orinoco ilustrado*, pp. 505-519).

98. GILIJ, *ob. cit.*, II, p. 331, Sobre los caciques orinoquenses, V., GILIJ, *ob. cit.*, II, pp. 169-173.

de honor⁹⁹. Sin embargo, los alcaldes, fiscales, capitanes y alguaciles, todos indígenas, eran elegidos anualmente¹⁰⁰.

La nueva concepción del espacio obligaba al asentamiento y al fomento del trabajo como ley de la ciudad pero se suavizaba con la flexibilidad de la legislación misional y el equilibrio de la autoridad del misionero y de las responsabilidades del cacique.

En sus *Lecciones de Filosofía de la Historia* Hegel afrontaría en repetidas ocasiones el tema americano para establecer su tesis que “América se ha mostrado siempre física y espiritualmente impotente”¹⁰¹. Sólo los jesuitas -según él- tratarían de romper esa especie de noria circular de la impotencia basada en el binomio falta de necesidades-ausencia de actividad y para ello crearon nuevas necesidades y con ellas el deseo y la voluntad de obtenerlas pues ese es el móvil principal de las acciones de los hombres¹⁰².

De esta forma la reducción producía un nuevo modo de ser en la búsqueda de cambios profundos y por ello se orientaba a crear cultura en todos los órdenes: político, económico y religioso.

Un axioma, adoptado y vivido por las reducciones jesuíticas, fue: “El trabajo es el primer deber del hombre en la naturaleza; la justicia, su primer deber en la sociedad”¹⁰³. Si la fundación de un poblado estaba zurdida de vicisitudes, no menos onerosa era su consolidación. El autor de *El Orinoco ilustrado* anotará que “... no es lo mismo agregar los gentiles a un pueblo que ser luego cristianos; se gasta mucho tiempo en domesticarlos, desbistarlos, quitarles de la cabeza la malicia y el sobresalto en que están embebidos; y entre tanto se coge el fruto que prudentemente se puede, que no es poco...”¹⁰⁴.

La tradición misional en los Llanos de Casanare había experimentado con éxito algunos principios fundamentales. La intensificación y mejoramiento de la agricultura “conduce al buen estado de las poblaciones”¹⁰⁵. Además, el criterio del autoabastecimiento fomentó la necesidad de la preindustria con su consiguiente acompañamiento de las artes manuales.

99. GILLJ, *ob. cit.*, II, p. 173.

100. GILLJ, *ob. cit.*, III, p. 331. El 2 de julio de 1737 escribía el P. José María CERVellini al P. Francisco Pepe desde la Misión de los Llanos: “Respecto al gobierno civil de estas tribus: el *cacique*, al igual que un pequeño príncipe, las preside con la suprema autoridad y se sirve para la más cómoda administración de su pueblo de un *teniente*; a éste, como hay muchas parcialidades en estas tribus, el cacique agrega la misma cantidad de *capitanes* y estos a su vez tienen sus lugartenientes llamados *alcaldes*. Los últimos cumplen con las órdenes dadas a ellos a través de otros oficiales menores llamados *alguaciles*, y a quienes pertenece preocuparse por que todo el pueblo asista diariamente...” (STÖCKLEIN, J., *Der neue Welt-bott*, Carta n° 568).

101. HEGEL, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Werke 12, Frankfurt/M 1986, p. 108: “Physich und geistig ohnmächtig hat sich Amerika immer gezeichnet”. PÉREZ ESTEVES, Antonio, “Hegel y América” en *Analogía Filosófica*, año 8, n° 2, México 1994, pp. 119-137.

102. HEGEL, *ob. cit.*, p. 108: “Als die Jesuiten und katholische Geistlichkeit die Indianer in europäische Kultur und Sitten gewöhnen wollten (bekanntlich haben sie einen Staat in Paraguay, Klöster in Mexico un Kalifornien gegründet), begaben sie sich unter sie und schrieben ihnen, wie Unmündigen die geschäfte des Tages vor, die sie sich auch, wie träge sich auch sonst waren, von der Autorität der Väter gefallen liessen. Diese Vorschriften (mitternachts musste eine Glocke sie sogar an ihre ehelichen Pflichten erinnern) haben ganz richtig zunächst zur Erweckung von Bedürfnissen geführt, den Triebfendern der Tätigkeit des Menschen überhaupt”.

103. FERET, H.M., *Sur la terre comme au ciel. Le vrai drame de Hochwälder*, col. Contestations, París 1953, p. 79.

104. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado y defendido*, p. 123.

105. GILLJ, *ob. cit.*, III, p. 67.

El P. José Gumilla insiste en los elementos esenciales que se requerían para fundar una reducción: buscar un herrero, montar una fragua, proporcionar tejedores de los pueblos ya establecidos y entablar una escuela¹⁰⁶. Con todo, el P. Felipe Salvador Gilij explicita como exigencias imprescindibles de una misión: la escuela en donde aprendían a leer, a escribir y sobre todo la música; las artes (carpintería, herrería, tejerías); los animales (insiste en la necesidad de los domésticos) y la agricultura¹⁰⁷.

A la luz de este contexto se deben estudiar las haciendas¹⁰⁸ que tanto interés han despertado en la investigación moderna americana. Estos núcleos productivos se orientaban a la creación de misiones-haciendas y a promover el soporte de la compleja actividad que surgió en ellas. Y el sistema hacendístico se levantó como un paradigma de racionalidad económica debidamente cuidada y controlada que, además de servir de escuela para los propios indígenas, permitió que la reducción cumpliera con sus aspiraciones de índole espiritual, social, laboral y cultural en ámbitos tan lejanos como los de la Orinoquia¹⁰⁹.

Por ello, siempre llamó la atención la liberalidad con que los jesuitas actuaron frente a la población adulta a la que permitían ausentarse de los poblados durante cinco días a la semana para atender sus sembradíos¹¹⁰.

El alejamiento de algunas naciones de su entorno selvático o sabanero era compensado por la introducción de tecnologías que observaban la rotación de cultivos, la cría de animales domésticos, el uso de arados de rastreo y de surco de suelos, frutales y en definitiva por la adopción de una alimentación proteínica con el pescado y la carne aunque la fertilidad de los conucos les obligara a hacer sus rozas lejos del mismo Orinoco¹¹¹.

Otra vertiente de desarrollo la definió la educación. Fueron los niños lo que polarizaban todas las esperanzas de una educación fundamentada en la psicología del indígena y en las necesidades del país. Su pasión por la música, su propensión por la novedad y su inclinación a imitar usos extraños hicieron que se introdujeran sin dificultad y desde el primer momento tanto la Escuela de primeras letras como la Escuela de música¹¹².

El descubrimiento de un pueblo músico le lleva a concluir al autor del *Ensayo de Historia Americana* que se puede convertir en música una nación¹¹³. El canto y la orquesta e incluso la fabricación de algunos instrumentos musicales transformaron las reducciones y fueron abriendo su espíritu a opciones más altas de cultura¹¹⁴.

106. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado*, p. 515.

107. GILIJ, *Ensayo de Historia Americana*, III, pp. 63-67.

108. SAMUDIO A., Edda O., "Las haciendas jesuíticas de las Misiones de los Llanos del Casanare, Meta y Orinoco" en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 717-781.

109. SAMUDIO, Edda O., *Art. cit.*, I, pp. 776-777.

110. ALVARADO, Eugenio de, "Informe reservado sobre el manejo y conducta que tuvieron los Padres Jesuitas con la expedición de la Línea Divisoria entre España y Portugal en la Península Austral y orillas del Orinoco (1756)" en *Documentos jesuíticos relativos a la Historia de la Compañía de Jesús en Venezuela*, Academia Nacional de la Historia, José DEL REY FAJARDO (edit.), Caracas 1966, pp. 251-255.

111. BARANDIARAN, *Art. cit.*, II, p. 318.

112. GILIJ, *ob. cit.*, III, pp. 63-64. V., LEMMON, Alfred E., "Jesuits and Music in the Provincia del Nuevo Reino de Granada" en *Archivum Historicum Societatis Jesu*. XLVIII, Roma 1979, pp. 149-160.

113. GILIJ, *ob. cit.*, III, p. 64.

114. GUMILLA, *El Orinoco ilustrado y defendido*, p. 515.

Mientras tanto los niños y los jóvenes eran moldeados, sin interferencias, en los valores -viejos y nuevos- de la misión. Cada jornada, después del acto religioso, se iniciaban las tareas del día pregonadas en el umbral de la puerta de la iglesia. Los varones debían acudir primero a la escuela y después a arreglar las dependencias públicas de la reducción; las mujeres, según sus edades, se consagraban al aseo del pueblo y al cuidado de sus casas¹¹⁵.

Otro elemento integrador fue la religión, pues, introdujo el nuevo espacio del templo y en él la representación de la palabra divina a través de la plástica, de las oraciones en la iglesia, de las grandes ceremonias, de los cantos y de un gran aparato musical. Lacouture sintetiza este sentido de fiesta al verificar que “se entrelaza la religiosidad teatral de la Compañía y el barroquismo salvaje de los neófitos, con un resabio de militarismo español y de paganismo de la selva”¹¹⁶.

Tan sólo llevaba trece años de existencia Carichana -capital de las Misiones del Orinoco- cuando el Maestro de Plata, don Pascual Martínez Marco, se vio obligado a vivir el día de Jueves Santo de 1749 en la mencionada población. En su *Diario* anotaría estas lacónicas líneas: “Vimos el monumento que se hace muy precioso y celebran todas las funciones de iglesia como en cualquiera catedral por tener una capilla y cuerpo de música muy crecido y diestro”¹¹⁷.

Esta obsesión por el rito invadió toda la vida cotidiana y se observa desde los mismos inicios de cualquier poblado jesuítico¹¹⁸.

En consecuencia, el método jesuítico en las nucleizaciones indígenas tuvo su impronta original pues preestablecía un doble fundamento: por una parte, fomentaba la creación de un clima de confianza basada en el diálogo en la lengua de la nación que se intentaba cultivar; y por otro lado, asentaba las bases de la convivencia en la captación de la voluntad favorable de los caciques y de las comunidades involucradas. Tras ello se establecían las razones que giraban, como en toda promoción social, sobre la seguridad étnica, la alimentación planificada y la educación de los hijos; “en una palabra, sobre el ser y el deseo de todo hombre y de toda sociedad para progresar y no autoeliminarse en un gesto de franco suicidio, por el rechazo a todo lo ajeno y extraño a la Etnia”¹¹⁹.

La tolerancia y la comprensión exigieron al misionero armarse de paciencia y resistencia pues ésta era la única clave para diseñar el paso de una civilización *sacral* a una *profana*. Conciliar el dualismo entre su cultura y la de los indígenas, en las que lo sagrado y lo profano se identificaban en una sola concepción y vivencia, requería observación, meditación, tacto y aceptación de un ritmo temporal que no se adecuaba a las categorías occidentales.

Así pues, no es de extrañar que para el bien común de la reducción se fomente la propiedad comunal, como empresa común para atender las necesidades no previstas en

115. ALVARADO, *Informe reservado*, p. 257.

116. LACOUTURE, Jean, *Jesuitas. I. Los Conquistadores*, I, Barcelona-Buenos Aires-México, 1993, p. 560.

117. DUVIOLS, Jean-Paul, “Pascual Martínez Marco. Viaje y derrotero de la ciudad de Cumaná a la de Santa Fe de Bogotá (1749)” en *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, 26, Toulouse 1976, p. 27.

118. PLA, Josefina, “Los Talleres Misioneros (1609-1767)” en *Revista de Historia Argentina*, n° 75-78, Buenos Aires 1973, pp. 9-53.

119. BARANDIARAN, *Art. cit.*, II, pp. 318-319.

la población. De este modo se beneficiaban las viudas, se sustentaban los niños de la escuela, los huérfanos y los enfermos¹²⁰.

Una vez consolidada la reducción, los misioneros se desprendían de la propiedad de los hatos en favor de la economía del pueblo, vale decir, en función de las comunidades indígenas.

En la nueva mentalidad social, esa esperanza se erigía como la memoria del futuro y en consecuencia se trazaba el mejor camino para garantizar la subsistencia de la república cristiana y comunitaria. Este fenómeno, histórico y legal, desconcertó a los funcionarios regios encargados de implantar en las misiones la *Pragmática Sanción* del rey Carlos III e ir *desposeyendo* a los jesuitas de todas sus reducciones. Tan importante documento, registrado en Santafé de Bogotá el 30 de abril de 1743, aclara la genuina posición de la Compañía de Jesús en torno a su gestión en las misiones llaneras, y sólo la conocemos porque don Andrés de Oleaga se vio precisado a insertarlo en los autos de la expulsión en 1767¹²¹.

En la ciudad-misión se repite la concepción de la ciudad ordenada. Su plaza central con la Iglesia y la escuela rige la vida espiritual, cultural y social¹²². Al recinto de la iglesia procuraron darle su carácter sagrado -majestuoso y respetuoso- a la vez que lo acercaban a la conciencia e imaginación del indígena con abundante imaginería. Como monumento público observará el misionero Gilij: “Más atraídos son por la belleza de sus iglesias y si se pudieran hacer de mayor duración, en no mucho tiempo se volverían hermosísimas. Pero es muy rara la construcción que sobrepasa el decenio (...) En diez y ocho años y medio que yo estuve en el Orinoco tuve tres Iglesias (...) Y si atendemos a la calidad de los lugares, era no sólo grande, sino hermosa. No creo que merezca la pena hacer demasiado minuciosamente la descripción. Baste sólo saber que siendo los indios de un genio en el que externa magnificencia de las cosas les hiere increíblemente en la fantasía, yo puse todo el cuidado en embellecerla, incluso con alguna reducción del propio sustento necesario”¹²³.

Quien desee una visión global de todas las fundaciones misionales llevadas a cabo por los jesuitas coloniales en la Orinoquia nos remitimos a nuestra investigación “Topohistoria misional jesuítica llanera y orinoquense”¹²⁴.

Esta es, a grandes rasgos, la síntesis de la acción jesuítica en las Misiones del Orinoco.

Por una parte se sentían parte integral del corazón de América y por ello establecieron la red fluvial comunicacional que pretendía integrar las acciones parciales en un todo.

120. GUMILLA, *ob. cit.*, p. 514. ALVARADO, *Informe reservado*, p. 252.

121. ANB, *Conventos*, t. 29. *Testimonio de autos /sobre/ la expulsión de cuatro religiosos de la Compañía /en/ el Partido de Meta. /D/ Andres de Oleaga*. Fol., 817v-819. Lo reproducimos en nuestro libro *La expulsión de los jesuitas de Venezuela (1767-1768)*, San Cristóbal 1990, pp. 67-68.

122. El único croquis que existe sobre una misión jesuítica orinoquense es atribuible al alférez de navío Ignacio MILHAU de la Expedición de Límites: BARANDIARAN, Daniel de, “El Orinoco amazónico de las Misiones jesuíticas” en *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, II, José DEL REY FAJARDO (edit.), San Cristóbal 1992, pp. 259-260.

123. GILIJ, *ob.cit.*, III, p. 62.

124. DEL REY FAJARDO, J., “Topohistoria misional jesuítica llanera y orinoquense” en DEL REY FAJARDO, J. y SAMUDIO, Edda, *Hombre, tierra y sociedad*, San Cristóbal-Bogotá 1996, pp. 7-158.

Por otro lado, el ordenamiento de la reducción-ciudad pretendió copiar la inspiración indiana pero lo difícil fue aculturar a naciones tan diversas para que aceptaran un nuevo orden espacial con miras a conseguir mejores estándares de vida.

En realidad es un testimonio para la historia pues con la expulsión de la Compañía de Jesús, en 1767, de España y sus dominios muchos de sus hombres y territorios fueron reconquistados por la naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO LATORRE, Eduardo, *Diccionario geográfico de Colombia*. Bogotá,
- AGI. Archivo General de Indias.
- AGS. Archivo General de Simancas
- AGUIRRE ELORRIAGA, Manuel, *La Compañía de Jesús en Venezuela*, Caracas, 1941.
- AHN. Archivo Histórico Nacional de Madrid
- ALVARADO, Eugenio de, "Informe reservado sobre el manejo y conducta que tuvieron los Padres Jesuitas con la expedición de la Línea Divisoria entre España y Portugal en la Península Austral y orillas del Orinoco [1756]" en DEL REY FAJARDO, *Documentos jesuíticos relativos a la Historia de la Compañía de Jesús en Venezuela*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1966, pág. 215-333.
- ANB. Archivo Nacional de Colombia
- APQU. Archivo de la Provincia de Quito
- Archivo de la Provincia de Quito (APQu). Leg., 3
- Archivo General de Indias. Sevilla. (AGI) 122-3-21; 124-4-9
- Archivo General de Simancas. (AGS). *Estado*, 7387
- Archivo Histórico Nacional, (AHN), *Jesuitas*, Madrid 120.
- Archivo Nacional de Colombia (ANB). *Conventos*, t. 29, 68.
- ARELLANO, Fernando, *Una introducción a la Venezuela prehispánica*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1986.
- ASTRAIN, Antonio, *Historia de la Compañía de Jesús en la Asistencia de España*, 7 vols., Madrid 1912-1925
- BARANDIARAN, Daniel de, "Brasil nació en Tordesillas" en *Paramillo* 13, San Cristóbal 1994, 331-774.
- BARANDIARAN, Daniel de, "El Orinoco amazónico de las misiones jesuíticas" en DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, Universidad Católica del Táchira, II, San Cristóbal 1992, 129-360
- BARNADAS, Joseph M., "Introducción", EDER, Francisco Javier sj, *Breve descripción de las Reducciones de Mojos*, Traducción y edición de Josep M. BARNADAS, Historia Boliviana, Cochabamba 1985, III-CIV.
- BAYLE, Constantino, "Las Misiones, defensa de las fortalezas de Mainas" en *Missionalia Hispanica*, Madrid 1951, 417-503.
- BAYLE, Constantino, "Notas sobre bibliografía jesuítica en Mainas" en *Missionalia Hispanica*, Madrid 1949, 277-317.

Biblioteca Nacional de Bogotá, Sección de Manuscritos, n° 137.

BLOCK, David, *La cultura reduccional de los Llanos de Mojos*, Tradición autóctona, empresa jesuítica & política civil, 1680-1880, Sucre, Historia Boliviana, 1997.

BREWER-CARIAS, Allan R., *La ciudad ordenada. (Estudio sobre -el orden que se ha de tener en descubrir y poblar- o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela)*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997.

CARVALHO, Sebastião José de, marqués de Pombal, *Relação abbreviada da republica que os religiosos jesuitas das provincias de Portugal e Hespanha estabeleceram nos dominios ultramarinos das duas monarchias*, Lisboa 1757

CASSANI, Joseph, *Historia de la Provincia de la Compañía de Jesús del Nuevo Reyno de Granada*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1967.

DEL REY FAJARDO, José, “Consideraciones sobre el hombre y la lengua tuneba” en MARQUEZ, María Elena, Berichá (Esperanza AGUABLANCA) y OLZA, Jesús, *Gramática de la lengua tuneba*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1988, 5-28.

DEL REY FAJARDO, José, “Introducción al estudio de la historia de las misiones jesuíticas en la Orinoquia” en José DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, San Cristóbal 1992, 197-682.

DEL REY FAJARDO, José, “Topohistoria misional jesuítica llanera y orinoquense” en J. DEL REY FAJARDO y Edda SAMUDIO, *Hombre, tierra y sociedadm* San Cristóbal-Bogotá 1996, 7-158.

DEL REY FAJARDO, José, *Los Jesuitas y las Lenguas Indígenas Venezolanas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1979.

DUQUE GOMEZ, Luis, “Visión etnológica del Llano y el proceso de la evangelización” en José DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, San Cristóbal 1992, 683-715.

DUVIOLS, Jean-Paul, “Pascual Martínez Marco. Viaje y derrotero de la ciudad de Cumaná a la de Santa Fe de Bogotá (1749)” en *Cahiers du monde hispanique et lusobrésilien*, 26, Toulouse 1976, 19-33.

ECHANOVE, Alfonso, “Origen y evolución de la idea jesuítica de “Recucciones” en las Misiones del Virreinato del Perú” en *Missionalida Hispanica*, XII, n° 34, Madrid 1955, 95-144; XIII, n° 39, Madrid 1956, 497-540.

FERET, H.M., *Sur la terre comme au ciel. Le vrai drame de Hochwälder*, col. Contestations, París 1953.

FERRER BENIMELI, José Antonio, “Los jesuitas y los motines en la España del siglo XVIII” en *Paramillo*, 9/10, San Cristóbal 1990, 365-396. “Carlos III y la extinción de los jesuitas” en *Paramillo*, 9/10, San Cristóbal 1990, 417-436. “Córcega y los jesuitas españoles expulsos 1767-1768. Correspondencia diplomática” en *Paramillo*, 14, San Cristóbal 1995, 5-196. “La expulsión y extinción de los jesuitas según la correspondencia diplomática francesa: 1770-1773” en *Paramillo*, 17, San Cristóbal, 1998, 5-386.

GILIJ, Felipe Salvador, *Ensayo de Historia americana*, Academia Nacional de la Historia, 3 vols., Caracas 1965. El vol., 4 apareció en Bogotá en la Academia Colombiana de Historia en 1955.

GUMILLA, José, *El Orinoco ilustrado y defendido*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1963.

HEGEL, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Werke 12, Frankfurt/M., 1986.

HERNANDEZ, Pablo, *Organización social de las doctrinas guaraníes de la Compañía de Jesús*, 2 vols., Barcelona 1913.

HERVAS Y PANDURO, Lorenzo, *Catálogo de las lenguas de las naciones conocidas, y numeración, división y clases de éstas según la diversidad de sus idiomas y dialectos*, 6 vols., Madrid 1800-1805.

HUMBOLDT, Alejandro de, *Viaje a las regiones equinociales del nuevo continente*. 5 vols., Caracas 1941-1942.

Instituto Geográfico A. Codazzi, 1971.

KRATZ, Guillermo, *El tratado hispano-portugués de límites de 1750 y sus consecuencias*, Institutum Historicum S.I., Roma 1954.

LACOUTURE, Jean, *Jesuitas. I. Los Conquistadores*, Barcelona-Buenos Aires-México 1993.

LEMMON, Alfred E., "Jesuits and Music in the Provincia del Nuevo Reino de Granada" en *Archivum Historicum Societatis Jesu*, XLVIII, Roma 1979, 149-160.

LUCENA GIRALDO, Manuel, *Laboratio tropical*, Monte Avila Editores-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Caracas 1992.

MATEOS, Francisco, "Antecedentes de la entrada de los jesuitas españoles en las Misiones de América" en *Missionalia Hispanica*, Madrid 1944, 109-166.

MENGET, Patrick, "Notes sur l'ethnographie jésuite de l'Amazonie portugaise (1653-1759)" en Claude BLANCKAERT, *Naissance de l'ethnologie?*, Les Editions du Cerf París 1985, 175-192.

MERCADO, Pedro de, *Historia de la Provincia del Nuevo Reino y Quito de la Compañía de Jesús*, 4 vols., Bogotá 1957.

MOREY, Nancy C., y MOREY, Robert V., "Los sáliva" en Walter COPPENS (Edit.), *Los aborígenes de Venezuela*, Fundación La Salle de Ciencias Naturales, I, Caracas 1980, 241-285.

OJER, Pablo, *La Década fundamental en la controversia de Límites entre Venezuela y Colombia (1881-1891)*, Maracaibo, Corpozulia 1982.

OLZA, Jesús, "El Padre Felipe Salvador Gilij en la historia de la lingüística venezolana" en DEL REY FAJARDO (Edit), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, II, San Cristóbal 1992, 361-459.

PACHECO, Juan Manuel, *Los jesuitas en Colombia*, I, 3 vols., Bogotá 1959-1989.

PERERA, Miguel Angel, *Oro y Hambre: Antropología histórica y Ecología cultural de un mal entendido. 1498-1597*, Caracas 2000.

PÉREZ ESTEVES, Antonio, "Hegel y América" en *Analogía Filosófica*, año 8, nº 2 México 1994, 119-137.

PLA, Josefina, "Los Talleres Misioneros (1609-1767)" en *Revista de Historia Argentina*, nº 75-78, Buenos Aires 1973, 9-53.

PLAZA, José A., *Memorias para la Historia de la Nueva Granada*, Bogotá 1850.

RAMOS, Demetrio, *El tratado de límites de 1750 y la expedición de Iturriaga al Orinoco*, Madrid 1947.

RAUSCH, Jane M., *Una frontera de la sabana tropical. Los llanos de Colombia 1531-1831*. Santafé de Bogotá, Colección Bibliográfica Banco de Colombia, s/a [El original inglés es de 1984]

RIVERO, Juan, *Historia de las misiones de los Llanos de Casanare y los ríos Orinoco y Meta*, Bogotá 1956.

RODRÍGUEZ, Manuel, *El descubrimiento del Marañón*, Madrid 1648.

SAMUDIO A, Edda O., "Las haciendas jesuíticas de las Misiones de los Llanos del Casanare, Meta y Orinoco" en DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, San Cristóbal 1992, 717-781.

SANTOS HERNÁNDEZ, Angel, "Actividad misionera de los jesuitas en el continente americano" en J. DEL REY FAJARDO (Edit.), *Misiones jesuíticas en la Orinoquia*, I, San Cristóbal 1992, 7-137

SONTAG, Susan, *Kunst und Antikunst*, Reinbek bei Hamburg, 1968.

TANUCCI, Bernardo, *Epistolario*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, Roma 1980-1985.

TOBAR, Antonio y LARRUCEA DE TOVAR, C., *Catálogo de las lenguas de América del Sur con clasificaciones, indicaciones tipológicas, bibliografía y mapas*, Madrid 1984.

TOVAR, Antonio, *Catálogo de las Lenguas de América del Sur*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1961.

TÜCHLE, "¿Es el Barroco la raíz del triunfalismo de la Iglesia?" en *Concilium*, 7, 1965, 144-149.

VARGAS UGARTE, Rubén, *Historia General de Perú*, III, Lima 1971.

VERGARA y VELASCO, F.J., *Nueva geografía de Colombia*, Bogotá 1901-1902.

WEST, Robert C., "The Geography of Colombia" en A. CURTIS WILGIUS (Edit.), *The Caribbean Contemporary Colombia*, Gainesville 1962.

§ 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA

Jacqueline Lejarza A.

Profesora de la Universidad Central de Venezuela y
de la Universidad Católica del Táchira

*Los astros con acierto nos enseñan
que aunque son hijos brillantes,
nunca compiten
con los lucimientos del sol*

(Gracián, Baltasar, El arte de la prudencia)

...A Brewer

I. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA PRE-REPUBLICANO

1. Sistema precolombino

Los primeros pobladores indígenas con costumbres sedentarias que se asentaron y disfrutaron de un territorio en América, fueron los que determinaron necesariamente la formación de las primeras organizaciones políticas que constituyen el sistema precolombino.

Estas organizaciones fueron:¹ La Confederación de Bogotá, que agrupaba a los Chibchas, a los Muzos y a otras tribus en tres reinos independientes que eran: los Muequetá, Hunza y Suamox y su influencia se extendió hasta el Este, donde terminan las grandes montañas de la cordillera andina frente al Lago de Maracaibo. Dentro de esta organización los Muisca se conservaron y afianzaron como soberanos.

La Confederación de Quito o Cara, que tuvo su asiento en la Ciudad de Quito, en ella el Poder Soberano estaba ejercido por la dinastía de los Seyri, quienes eran elegidos por los jefes de las tribus que componían el Imperio.

La Confederación Chimus Yuncas, asentada en el Cuzco y comprendida por varias tribus, en la cual se engendró la civilización Quichua, que fue la que dio lugar el Gran imperio del Pacífico.

La Confederación Araucana, la cual adquirió un alto grado de organización, formada por cuatro provincias gobernadas por una persona que impartía las ordenes denominada Toqui y cada provincia se dividía en distritos que eran gobernados por una persona que seguía en jerarquía al Toqui, llamado Ulman.

1. SISO, Carlos, *La formación del pueblo venezolano*, Editorial García Enciso, Premio Cultura Hispánica 1951-Madrid, I, Madrid 1953, p.28-30.

Es de advertir que estas poblaciones indígenas fueron las únicas que alcanzaron este progreso y grado de organización social y política, ya que no se puede afirmar lo mismo con respecto a las otras poblaciones indígenas, que aún cuando se establecieron hacia la misma época se encontraban para el momento del Descubrimiento, en el más bajo grado de civilización y por consiguiente, carentes de toda organización, como es el caso de Venezuela.

Innumerables estudios han identificado como el primero y gran obstáculo que tuvieron que vencer nuestros indígenas para alcanzar un grado de organización semejante a la alcanzada en otras regiones del Continente, la difícil geografía del territorio, constituido básicamente por tierras llanas y selvas tropicales aunado a al carácter conquistador y bélico propio de nuestros indígenas, más concretamente de los Caribes lo que fue uno de los factores determinantes en este sentido².

En este sentido, Brewer-Carías³ señala que "...el proceso de organización político territorial de los territorios conquistados, en los cuales los españoles encontraron civilizaciones indígenas con una organización política social asentada y estable, fue distinto al desarrollo en territorios en los cuales éstas no existían como fue el caso de Venezuela..."

Asimismo, otros autores venezolanos⁴ al referirse a las primeras formas de organización político-territorial de Venezuela, refieren el influjo de los condicionantes geográficos en la adopción de formas descentralizadas de gobierno ya que aseguran que "...La geografía se une a la historia para imponer, con sus distancias y grandes obstáculos naturales (caudalosos ríos, altas cadenas de montañas, extensas y tupidas selvas, dilatadas distancias, peligrosas rutas) la necesidad de fuertes y eficaces gobiernos locales..."

De allí que al referirnos al caso concreto de Venezuela, puede asegurarse que su población indígena *per se*, no alcanzó ningún grado de organización política durante este período precolombino. Además de las dificultades geográficas referidas con anterioridad que tuvieron que afrontar nuestros indígenas, las condiciones climatológicas tampoco fueron las más favorables para fijar su asentamiento en un determinado territorio, el cambio de estaciones les obligaba a buscar las orillas de los ríos en el verano y los sitios más altos del terreno en épocas de lluvias e inundaciones, lo cual contribuyó a que llevaran una vida nómada, habitando aisladamente las distintas tribus u organizaciones indígenas, cuestión que fue perjudicial para iniciar algún tipo de organización entre ellos.

2. V., SISO, Carlos, *ob cit.*, p. 34.

3. En este mismo orden de ideas señala que *...los territorios que forman lo que hoy es Venezuela estaban poblados por tribus indígenas que en su mayor parte carecían de una organización social y política homogénea, y sólo habían alcanzado un incipiente progreso social. Con excepción de las provincias de las Sierras Nevadas y Trujillo. El dominio sobre estos territorios lo tenía la poderosa nación Caribe, navegadora y guerrera, que controlaba el mar que lleva su nombre, y cuyas penetraciones en el territorio fue el factor fundamental que impidió el desarrollo y asentamiento de tribus indias de tierra firme...* V., BREWER-CARIAS, Allan R., "La formación del Estado venezolano" en Separata del libro *Paramillo* n° 14, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal-Venezuela 1996, p. 211.

4. GONZÁLEZ CRUZ, Francisco, *Bases Geohistóricas del Federalismo en Venezuela*, Copret-Trujillo, Mérida-Venezuela 1995, pp. 14 y ss.

No obstante lo indicado, para tener una idea de las tribus que habitaban el territorio venezolano en la época precolombina, en términos generales, podemos referir la existencia de las siguientes poblaciones indígenas⁵.

La *Nación Caiquetía*; establecida entre las siguientes fronteras: por el Oeste, río Cocuiza; por el Este, el río Gueque; por el norte el mar de las Antillas, comprendiendo la Península de Paraguaná, y por el Sur, el río Tocuyo en toda su extensión. A este territorio en los primeros tiempos de la Colonia se le llamó Curiana⁶.

Los Caiquetíos fueron en cierta forma disciplinados y obedientes, estaban divididos en multitud de tribus, cada una de ellas sometidas a la autoridad de un Cacique, llegando a reconocer la autoridad absoluta del Gran Cacique Paraguaná, cuyo último representante fue el Cacique Manaure, quien ejerció posteriormente la autoridad en nombre del Rey de España, una vez que aceptaron la dominación.

Su población fundamentalmente se dividió en dos clases: los nobles y guerreros y los plebeyos.

Los *Píritus*, que no alcanzaron gran desarrollo, estuvieron constituidos por un grupo pequeño. Sin embargo, desarrollaron un importante papel -igual que los Caiquetíos- en la tarea de colonización de Nueva Andalucía, como colaboradoras de las Autoridades españolas.

La *Nación Chaima*, quienes se encontraban establecidos en las altas montañas de El Cogollal, en el Cerro del Guácharo, en las tribus de los ríos Colorado y Areo, y en el Caño de Caripe, jurisdicción de la provincia de Barcelona. Los límites de sus fronteras no se pueden precisar con exactitud debido a que no ejercieron su soberanía sobre un territorio en forma continua.

Los *Faraustes*, que se encontraban establecidos en los pantanos, de allí que se encontraron en la necesidad de fabricar sus viviendas sobre el agua, alimentándose del producto de la pesca y de la caza, sin conocer el cultivo de la tierra.

Los *Chacopatas*, Esta tribu tomó su nombre de la planta que ellos denominaban Chacopati, conocida hoy como Maguey.

Los *Guaraunos*, Llamados también Uriapatrias o Mariusos, se asentaron en el Delta del Orinoco y en algunos ríos que bajan de la Sierra de Imataca. Se alimentaron fundamentalmente de la pesca.

Los *Cuicas*, establecidos hacia el Poniente del Tocuyo, se caracterizaron por ser pacíficos y trabajadores.

Los *Caribes*, Se ubicaban en las pequeñas islas del mar de las Antillas: Martinica, Santa Cruz y Guadalupe, de donde descendieron al Orinoco hasta llegar a los afluentes del Amazonas. Fueron poseedores de un ilimitado espíritu bélico, conquistadores y piratas; crueles con sus enemigos y marcadamente individualistas.

De allí que a excepción de los logros alcanzados por los Caiquetíos, el individualismo distinguió a nuestros indígenas, sobre todo a los Caribes, cuyo carácter bélico, les impidió formar en su seno agrupaciones organizadas social y políticamente, durante

5. SISO, Carlos, *Idem.* p. 51.

6. NAVARRETE, citado por SISO, Carlos, *ob cit.*, p. 54.

todo este período que se ubica hacia el siglo XVI y ocupa el primer siglo de nuestra historia⁷.

Sin embargo, vale la pena destacar la figura del Cacicazgo, como elemento de peculiar trascendencia dentro de nuestros grupos indígenas, pues sin duda, el Cacique era el alma y el centro de la tribu y la razón de la existencia del grupo, llegando incluso a ser reconocida su existencia por la Corona española, e institucionalizada en las Leyes de Indias, en las cuales se dispuso lo siguiente:

El cacicazgo como hecho era una realidad de vida indígena, impuesta al Poder español, incluso utilizable como medio de asimilación pacífica, no ofrece duda, así como tampoco que el deber tutelar consistía en moderar la institución, sin suprimirla de golpe.

...la equiparación, del señorío o cacicazgo aparece ya admitida en Valladolid en 1557 por Felipe II en la Ley I del título VII⁸.

2. Sistema Colonial

A. Repercusión de las ideas políticas y jurídicas hispano-indias en el movimiento revolucionario venezolano

Con el descubrimiento de las nuevas tierras se amplió el horizonte y las perspectivas de las ciencias. “Prodújose en Europa un despertar del alma y un incendio de la imaginación, con la historia y los relatos maravillosos del continente descubierto. Era un mundo de ideas, además de ser una imagen encendida de la naturaleza”⁹.

La influencia de los teólogos y juristas del siglo XVI, fue determinante para el derecho indiano y posteriormente, junto a los juristas historicistas del siglo XVII y de los economistas del siglo XVIII, estas ideas tuvieron una singular repercusión en el proceso revolucionario venezolano de 1810. Estos hombres de leyes comprendieron la necesidad de implantar en las provincias un gobierno jurídico y no de fuerzas, de allí que Matienzo¹⁰, al referirse a los gobernantes de Indias sugería que fueran:

...letrados o caballeros principales, Sabios y prudentes y no principales ni grandes señores porque estos, siendo virreyes no temen aunque hagan algún exceso, por el gran favor que tienen gastan más de la Real Hacienda lo cual no se atreve a hacer un pobre caballero o letrado.

Asimismo, Solórzano¹¹ consideraba que los virreyes del Nuevo Mundo debían tomar consejo de los hombres *que lo sean de aquella tierra y tengan más experiencia*.

Sin duda la estructura institucional de Indias fue sumamente compleja, lo que imposibilitó implantar en estas tierras un gobierno absoluto, al punto que ninguna autoridad detentaba totalmente el poder ya que éste emanaba de su fuente original que

7. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Cinco siglos de historia y un país en crisis*, (Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales, con motivo de la celebración del V centenario de Venezuela), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas-Venezuela 1998.

8. ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*, Edit. Parrúa, S.A. México 1980, p. 23-24.

9. LEVENE, Ricardo, *El mundo de las ideas y la Revolución Hispanoamericana de 1810*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Edit Jurídica de Chile, Chile, p. 25.

10. MATIENZO, Juan, *Gobierno del Perú*, citado por LEVENE, *ob.cit.*, p. 56.

11. SOLÓRZANO, Juan, *Política Indiana*, citado por LEVENE, *idem*, p. 56

era el Rey, a partir del cual se desplegaba una gran organización en la que cada una de las autoridades defendía con celo sus prerrogativas.

B. La colonización en Venezuela

La colonización en Venezuela se llevó a cabo fundamentalmente por las Misiones, mediante su tarea perseverante y paciente de integración del indígena a la vida social. Los misioneros se propusieron enseñar al indio; el idioma castellano, la religión católica, el cuidado de animales y el cultivo de las tierras en su labor de acercamiento, en principio, y de integración, después del indio a la sociedad. Su trabajo se intensificó hacia la región de los llanos y del oriente del país.

El primer intento de colonización en Tierra Firme fue hecho por las Órdenes religiosas establecidas en la Isla La Española, inmediatamente después del descubrimiento de América, concretamente, los Franciscanos en 1500 y los Dominicos en 1501. El superior de los Dominicos; Fr. Pedro de Córdoba en el año 1513 envió la primera Misión Religiosa a la Costa de Cumaná.

A partir del año 1501 los sacerdotes recibieron órdenes del Rey para que hicieran *vivir a los indígenas en poblados concentrados*, con la idea de fundar los primeros pueblos y no fue sino en 1527, cuando se fundó la ciudad de Coro, que se comenzaron a concentrar las primeras poblaciones en las cuales posteriormente se organizaron bajo la forma primaria de gobiernos municipales llamados Cabildos o Ayuntamientos.

De igual modo, se concentraban varios *pueblos* sometidos a la autoridad de un sacerdote y se les denominó de Doctrina¹².

Con respecto al poblamiento, el profesor Brewer-Carías, comenta en su célebre obra *La ciudad ordenada*¹³, que “además de continuar siendo el título fundamental para el establecimiento del Señorío o dominio de los Monarcas españoles, comenzó a ser el título fundamental para la demarcación del ámbito territorial de las gobernaciones otorgadas e Capitulaciones (...) En otras palabras, la fundación de pueblos (villas o ciudades) en el territorio descubierto era lo que lo definía como formando parte de la Provincia que integraba la Gobernación correspondiente...”.

En definitiva, está claro que la colonización en Venezuela no fue tarea fácil, las mismas razones que anotamos anteriormente como impedimentos a todo tipo de organización política y social de nuestra población indígena, hicieron realmente difícil el proceso de integración a la vida social y la implantación de una organización sujeta a un régimen de autoridad.

Sin embargo, el primer esbozo de la colonización política del territorio venezolano sucedió durante este período de las Encomiendas (siglo XVI) y la fecha de instalación de las Misiones (mediados del siglo XVII) y consistía en pequeñas agrupaciones de *pueblos de Españoles* establecidos en forma aislada. He aquí los primeros vestigios de lo que posteriormente sería el pueblo venezolano; una mezcla de indios, negros y españoles, reunidos en poblados bien sea de *indios* o de doctrina, y de *españoles*.

12. SISO, Carlos, *ob. cit.*, p. 133.

13. BREWER-CARIAS, Allan R., *La ciudad ordenada. (Estudio sobre -el orden que se ha de tener en descubrir y poblar- o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana, en particular, de las ciudades de Venezuela)*, Instituto Pascual Madoz Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997, pp. 62-63.

Para comprender mejor las instituciones coloniales, tal vez sea conveniente referirnos a las etapas institucionales según la denominación utilizada por Carlos Siso¹⁴.

La primera etapa, la podemos identificar como la de las Encomiendas y podría decirse que comenzó el día en que Alonso de Ojeda tomó posesión de Tierra Firme en Venezuela, hasta el año de 1650. La segunda, se inicia en 1650 con las misiones enviadas a Venezuela por la Iglesia Católica, sometidas a la autoridad de los Reyes de España y que son las que propiamente cumplen con la tarea colonizadora en Venezuela. Por último, la tercera, fue la que dio lugar a la formación del Estado venezolano, con el hecho revolucionario ocurrido el 19 de Abril de 1810, hasta la creación de las instituciones republicanas.

(a) *Instituciones sociales en la colonia*

Desde un punto de vista social las dos instituciones que se desarrollaron en Venezuela para la época de la colonia fueron: La *Encomienda* y Las *Misiones*. Y aún cuando fueron instituciones desprovistas de carácter político, su influencia fue decisiva en el planteamiento posterior del régimen de gobierno.

La *Encomienda*, fue el primer modelo de organización económica carente de valoración política, sin embargo, con una repercusión inmensa sobre otras instituciones posteriores, porque los Encomenderos fueron a la postre los que dieron origen a los Cabildos. Bajo la figura de la Encomienda, los indios se sometían a la autoridad y vigilancia directa de un español, representando así un instrumento de presión para forzar la producción agrícola y pecuaria. Los antecedentes históricos de la Encomienda se remontan a 1457, antes de la conquista de América, pues se habían aplicado con anterioridad en la conquista y colonización de las Islas Canarias.

Por otra parte, las *Misiones* fueron la célula primaria en la convivencia social, desarrollando un papel fundamental pues ejercieron funciones de control sobre los Encomenderos y actuaron paralelamente como factor económico de equilibrio de la vida social del país, siendo también la razón fundamental que impidió el desarrollo del feudalismo como sistema.

Como se ha indicado, a pesar de que las Misiones no se desarrollaron como instituciones políticas, sin embargo, le fueron asignadas tácitamente determinadas atribuciones políticas, las cuales eran respetadas por los Gobernadores. Entre ellas destacan las siguientes:

El derecho de nombrar en los pueblos que fundaran, los Alcaldes, indios que ejercerían la autoridad ejecutiva inmediata, sometiendo la población a su voluntad, excluyendo toda injerencia de las autoridades españolas.

El nombramiento de los Tenientes de Justicia Mayor en las *Villas de Españoles*.

El Prefecto de las Misiones Capuchinas de los Llanos era también Vicario foráneo de la Villa de San Carlos de Austria.

Los Misioneros tenían la facultad de administrar con plenitud de facultades los *Conucos de Comunidad* y los *Hatos de Comunidad*, que eran propiedad del *Pueblo de Indios* que gobernaban¹⁵.

14. Siso, Carlos, *ob. cit.*, pp. 152-153.

(b) *Instituciones políticas en la colonia.*

El gobierno político de los pueblos hispano-americanos presentó características similares hasta el momento de su emancipación. De allí, que los diversos órganos de ejercicio del poder, fueron comunes a los virreinos y el ordenamiento jurídico fue el mismo: *Las Leyes de Indias*.

En términos generales durante esta época de la colonia funcionaron las siguientes Instituciones:

El *Consejo de Indias*, fue la autoridad suprema después del Rey y conocía de los asuntos de América. Fue creada en 1524 por Carlos V. En principio, estos asuntos fueron destinados al conocimiento del Consejo de Castilla, resultando insuficiente, por lo que se hizo necesaria la creación del Consejo de Indias, el cual estaba integrado por: seis consejeros, un fiscal, un gran canciller, un teniente del gran canciller, tres relatores, dos secretarios, un escribano, un tesorero, cuatro contadores, y dos solicitadores, así como un cronista mayor, un cosmógrafo, un catedrático de matemáticas, un iniciador de proceso, un capellán y un abogado que se desempeñaba como el abogado de los poderes. Es decir, era un órgano colegiado complejo integrado por funcionarios de diversa índole. Su complejidad derivaba, no sólo de su composición colegiada tan heterogénea, sino que además, que sus funciones eran múltiples y diversas; pues ejercían tanto la función ejecutiva, la legislativa, como la judicial y la militar, convirtiéndose de esta forma en la más alta autoridad de América. De allí que la Ley consagraba:

El Consejo de Indias tiene la jurisdicción suprema de todas las Indias descubiertas y que se descubrieren, con facultad de ordenar, previa consulta, las leyes, pragmáticas y provisiones generales y particulares que por el tiempo y por el bien de aquéllas provincias convinieren (Ley 1, Título I, Libro II)¹⁵.

Adicionalmente este órgano ejerció funciones de carácter administrativo, encargándose entre otras cosas, del nombramiento de los funcionarios residentes en América. La duración de este Consejo se prolongó hasta 1681.

La *Casa de Contratación de Sevilla*. Fue otro órgano creado en 1503 por decreto del Rey. En principio, tenía a su cargo la función de depositaria de las mercancías provenientes de América, posteriormente, la Casa de Contratación, se convirtió en el órgano discrecional del gobierno ultramarino, de allí que fue la institución que dominó y dirigió todo el comercio de América.

Los *Adelantados*, fueron las primeras autoridades españolas residentes en América y tuvieron a su cargo el ejercicio de las funciones de gobierno en materia civil, judicial y militar de las tierras descubiertas y la forma de ejercicio de todas estas atribuciones se contemplaron en forma expresa en el Libro IV de la legislación de Indias.

Los *Gobernadores* tuvieron la misma jerarquía y potestad como autoridades supremas residentes que los Adelantados, ejercían por mandato real la administración de las provincias, y también ejercían, funciones de orden político, judicial y militar. El Ejercicio de su poder estaba limitado por un período de tres a cinco años.

15. SISO, Carlos, *ob. cit.*, pp. 206-207.

16. LONGHI, Luis, *Derecho Constitucional Argentino y comparado*, Edit. Bibliográfica Argentina, I, Buenos Aires, Argentina 1945, p. 124.

Los *Intendentes*, esta institución fue creada en 1782, para el Virreinato del Río de la Plata, con el objeto de centralizar la administración y con competencia para ejercer las funciones de policía, hacienda, justicia y guerra.

Los *Virreyes* representaron la más alta autoridad residencial en América, se desempeñaron como representantes directos del rey y el único control que tuvieron fue de tipo consultivo ejercido por las Audiencias en las cuestiones de gobierno y por los Intendentes en los asuntos de hacienda. El ejercicio de su mandato estuvo también limitado a tres años, con posibilidad de ser ampliado por más tiempo.

Los *Alcaldes* fueron los funcionarios judiciales en primera instancia. elegidos por el Cabildo en un número de dos, y duraban dos años en ejercicio de sus funciones. Es importante señalar que los alcaldes podían presidir el Cabildo y también se les permitió reemplazar a los gobernadores en caso de falta de cordura.

Las *Audiencias Reales*, representaban a los tribunales superiores de alzada y se establecieron por primera vez en América en 1511. Además de desempeñar sus funciones judiciales, fueron los asesores políticos del Virrey. Fue un órgano colegiado creado por el rey ante la necesidad de descongestionar al Consejo de Castilla y el Consejo de Indias. En caso de afección del Virrey, estaba previsto que la Audiencia en pleno, se hiciera cargo del gobierno y también ejercieron funciones de control sobre el oidor, que era la persona prevista para suplir las faltas temporales del Virrey.

El *Tribunal del Consulado*. El incremento de las relaciones comerciales dio origen a la creación de este tribunal, al cual se le atribuían diversidad de funciones, específicamente, de naturaleza administrativa y judicial en todo lo que se relacionara al campo comercial.

También estuvieron presentes las autoridades militares, autoridades financieras y eclesiásticas. En relación a las autoridades militares por ejemplo hay que advertir que, la máxima autoridad militar la ejerció el Gobernador y posteriormente, al implementarse el Virreinato, fue desempeñada por el Virrey. Pero los titulares de las Intendencias a medida que se fueron organizando cumplieron funciones auxiliares en los ejércitos, de conformidad con lo que les establecía las Ordenanzas del Rey Carlos III.

Con respecto a las autoridades financieras hay que destacar que igualmente se le encomendó a los gobernadores el manejo de la hacienda y posteriormente, al organizarse e implementarse los Intendentes, estas funciones pasaron a sus manos. Vale la pena referir que durante la colonia las Juntas de Real Hacienda, intervenían como tribunales contencioso-administrativos, en todas aquellas materias derivadas del cobro de los impuestos. Esta Junta estaba integrada por varios funcionarios, presididos por el Virrey o el Intendente de Hacienda.

Por su parte, las autoridades eclesiásticas, fueron independientes en su labor de evangelización y conversión de los indios al catolicismo y estuvieron vinculadas al contexto constitucional a través del derecho de patronato, por el cual desde sus orígenes en América, el rey era el único titular, quién sólo podía delegar sus atribuciones en los más altos funcionarios del Virreinato, todo ello en virtud de lo establecido en el título VI, libro I de la Recopilación de Indias:

Su majestad en virtud del patronazgo está en posesión de que se despache su célula real, dirigida a las iglesias catedrales sede vacantes, para que entretanto lleguen las bulas de su

Santidad y los presentados a la prelación son consagrados, les den poder para gobernar los arzobispados y obispados de las indias y así se ejecuta¹⁷.

Los *Cabildos*, fueron la clásicas instituciones de la colonia y funcionaron como órganos colegiados, integrados por un número de miembros variable de conformidad con la importancia de la ciudad que representasen. Estos miembros tomaban el nombre de regidores y duraban un año en el ejercicio de sus funciones. Entre las condiciones de elegibilidad que se les exigía estaban las siguientes: ser vecino, lo que significaba ser propietario y persona de prestigio, además se residente; estar capacitado civil y políticamente y no ejercer oficios viles. En relación a sus atribuciones, éstas les eran expresamente señaladas por la ley y respecto a su forma de elección, los alcaldes eran electos por primer y segundo voto y el cargo de presidente, por lo general, lo ejercía el Gobernador o en su defecto el Alcalde.

El carácter representativo y democrático del Cabildo es un tema que aún resulta controvertido, pues se le ha caracterizado como el primer órgano que efectivamente actuó en representación de los habitantes, aún cuando dicha representación no provenía directamente de la manifestación expresa y directa de la voluntad popular. Sin embargo, es innegable que los cabildos en la colonia fueron los únicos organismos populares de gobierno de aquella época y sirvieron de base y fundamento para la creación de las instituciones populares posteriores .

En definitiva, los Cabildos constituyeron formas irregulares del gobierno representativo de las ciudades, llegando a desempeñarse como pequeñas asambleas políticas, en defensa de algunos de los derechos civiles que el legislador español reconoció en esta época.

Por otra parte, hay que destacar el papel o rol importantísimo que desempeñó el Cabildo a través de su participación en el proceso revolucionario de 1810 en Venezuela y que analizaremos más adelante.

En el caso concreto de *Venezuela*, puede asegurarse que la organización política primaria que se utilizó fue la división territorial en *provincias*. El régimen interno estaba constituido por autoridades cuyas funciones se encontraban expresamente consagradas en las leyes. Algunas de estas autoridades dependían de la Audiencia de Santo Domingo y otras de la Audiencia de Santa Fe. En efecto, las Provincias de Margarita, Nueva Andalucía y Venezuela, estaban sujetas a la Real Audiencia de Santo Domingo y las de Trinidad, Guayana y la Grita-Mérida-Maracaibo, obedecían a la Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá.

Posteriormente, con la creación de la Real Audiencia de Caracas en 1789, quedaron todas estas provincias y la de Barinas sometidas a su nueva jurisdicción. La autoridad fundamental en estas provincias fue el Gobernador y la primera provincia organizada políticamente fue la de Cubagua y por ello resulta de particular interés su estudio, ya que, por una parte, funcionaban los cabildos abiertos, pero también surgió allí el *ejecutivismo* y a diferencia de lo que era una constante: “la autonomía del Ayuntamiento”, en Cubagua, predominó el Alcalde como órgano del ejecutivo. Este Alcalde Mayor resultaba electo conforme al sistema democrático de elección popular, dispuesto por el Rey Don Carlos, en las primeras ordenanzas. Podemos ubicar aquí la primera

17. LONGHI, Luis R., *ob cit*, p. 137.

elección popular y directa para el nombramiento de la primera autoridad de la ciudad de Cubagua, en la historia política de Venezuela¹⁸.

El gobierno específico de esta isla estuvo bajo las siguientes autoridades:¹⁹ 1. El Alcalde Mayor (-El Teniente de Alcalde -El Alcalde Cadañero); 2. Regidores y Oficiales Reales (-Los Regidores-Los Oficiales); 3. El Veedor (El Contador)

El régimen político-administrativo de las demás ciudades fundadas en Venezuela, fue, en términos generales, semejante al de todos los pueblos de hispanoamérica, fundamentalmente, desarrollado bajo la autoridad del Cabildo, los Regidores, los Alcaldes Ordinarios, Alcaldes Provincianos, Escribanos Públicos y de Cabildo, Alfereces Reales, Fieles Ejecutores y Depositarios Generales²⁰.

En resumen, para el momento, existía en Venezuela ya una auténtica organización y estructura de gobierno, con fundamento jurídico; a través de las disposiciones de las Leyes de Indias y desde el punto de vista político; funcionaba un esquema organizativo complejo con la participación de diversas instituciones: El Ayuntamiento con autonomía municipal; El Clero que ejercía la potestad espiritual, los Tribunales de Inquisición que velaban por la integridad de la fe católica; El Juez de residencia que era el delegado de las Audiencias judiciales y el misionero que configuraba una dualidad política y religiosa.

Sin embargo, el Gobierno estaba organizado de tal forma que representaba directamente los intereses del Rey. Sin embargo, fue indiscutible la presencia preponderante del Cabildo, dentro este esquema organizacional de Gobierno, ya que éste se convirtió en la institución peculiar y característica de América para la época, en especial, para el movimiento revolucionario de Independencia el rol desempeñado por el Ayuntamiento fue de gran trascendencia.

En este sentido, el maestro Brewer-Carías siempre ha destacado el rol y la trascendencia de esta Institución, que además de configurarse en Venezuela como el centro del poder político local y autónomo, asegura que a partir del siglo XVII, en su seno se armó el alma de este país, dando lugar al espíritu autonomista de las Provincias quienes a la postre fueron las protagonistas del grito de independencia para Venezuela²¹.

Asimismo, el referido profesor en otra de sus obras, destaca el desarrollo considerable que tuvo como estructura territorial en Venezuela la Provincia, la cual incluso fue anterior a la Provincia peninsular, pues según indica fue sólo a partir de la Constitución de Cádiz de 18 de marzo de 1812, con posterioridad a la creación de la primera República de Venezuela, que comenzó a implantarse en España, acogiendo el modelo departamental francés²².

Los primeros Ayuntamientos que se establecieron en las Provincias venezolanas fueron el de Nueva Cádiz (1527), el de Coro (1528) y el del Tocuyo (1545). Para el año 1594, se conformó el Ayuntamiento de Caracas, por doce regidores que tenían a su cargo la elección anual de dos alcaldes ordinarios; un síndico con voz consultiva, presidido por el Gobernador. En las otras Ciudades y Villas había hasta seis regidores y

18. V., CHIOSSONE, Tulio, *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1980, pp. 61 y ss.

19. MORÓN, Guillermo, *Historia de Venezuela*, I, 223 citado por CHIOSSONE, *ob cit.* 62.

20. MORÓN, Guillermo, *ob cit.*

21. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Cinco siglos de historia y un país en crisis*, *ob cit.*, p. 33

22. BREWER-CARÍAS, Allan R., "La formación del Estado venezolano", *ob cit.* pp. 205 y ss.

dos alcaldes y en delegación del Gobernador, un Mayor de justicia. En las ciudades en las que no existía el Cabildo, el Gobernador nombraba cada dos años un Teniente de Justicia²³.

Destaca entre sus funciones las que ejercía como órgano de control, pues aunque no estaba facultado para remover directamente al Gobernador, atribución que correspondía al Rey, ejercía funciones de efectivo control, llegando a convertirse en los más eficaces correctivos que existieron en la Colonia contra las actuaciones arbitrarias de los Gobernadores²⁴. Ejemplo de ello fue la acción ejercida por el Cabildo de Caracas, en el año 1590, replicando al Rey en defensa de sus atribuciones.

Este control además era mutuo, a semejanza del que funciona actualmente en un sistema parlamentario, pues el Gobernador presidía este órgano deliberante y también ejercía control sobre las actuaciones de los Regidores y Alcaldes.

Por ello estamos convencidos que los Cabildos se fueron convirtiendo paulatinamente en especie de *parlamentos*, donde tenía voz y voto no sólo el Gobernador, en su carácter de Presidente, sino también los sectores criollos, quienes lo utilizaban como foro para expresar sus aspiraciones y demandas, por ello, tal vez sea conveniente asegurar que durante la Colonia imperó un sistema semi-parlamentario de gobierno. Además a fines del siglo XVIII, a medida que se extendió el movimiento revolucionario, los Ayuntamientos, a semejanza de los parlamentos europeos, fueron reivindicando nuevas prerrogativas, alzándose contra la autoridad de la Corona y del Gobernador, llegando a adjudicarse y a asumir el control total del Gobierno local, constituyendo así *la patria libre*²⁵.

En definitiva, por su composición, carácter representativo y sus funciones no hay duda de que el Cabildo fue una forma *cuasi-parlamentaria* de Gobierno local, que se convirtió en el eje de todo el sistema político de la Colonia.

II. MOVIMIENTOS EMANCIPADORES PREVIOS A LA REVOLUCIÓN VENEZOLANA DE 1810

Los primeros movimientos de emancipación en Venezuela se ubican hacia el año 1795, con el levantamiento de los negros y mestizos de Coro, bajo el influjo de las ideas de la Revolución Norteamericana y Francesa.

De nuevo para el año de 1797 se produce otro levantamiento en contra de la Corona, proveniente de todas las clases sociales bajo el mando y dirección de Gual y España.

Posteriormente, en el año 1806, parecía asegurada la paz en la Colonia, cuando comenzó la expedición libertadora de Francisco de Miranda, quien bajo la pasión inspiradora por las ideas de igualdad y libertad producto de su educación europea, pretendió dar el grito de independencia en América.

De allí que resulta necesario hacer una breve referencia a la repercusión del mundo de las ideas en la revolución de 1810, ya que la comunión de los valores de independencia y libertad, así como de todos los ideales emancipadores, encontraron terreno fértil en el

23. GIL FORTOUL, *Historia Constitucional de Venezuela*, Caracas, pp. 112-113

24. GIL FORTOUL, *ob cit.*, p. 113

25. *Idem*, p. 113

espíritu de los pueblos hispanoamericanos. Las ideas universales de soberanía popular, libertad, igualdad y justicia, se fueron entrelazando y tejiendo un tapiz de esperanza que trascendió de lo doctrinario a lo real.

De allí, que los protagonistas de la victoria en esta revolución fueron aquellos que entendieron que la fuerza de las armas no es lo fundamental, ni tampoco las ideas por sí mismas, sino que el elemento esencial para la victoria anida en el corazón del hombre y que sólo los hombres audaces son capaces de hacerlo brotar y que se traduzca en maneras de ser, de pensar y de sentir colectivos.

Lo primero que hay que destacar es que el derecho indiano en sí mismo, no fue fundamento de la Independencia, pero sin embargo, no hay que dejar de reconocer que esta Revolución de la cual fueron protagonistas pueblos como Venezuela, México, Argentina y Chile, se nutrió de su propio pasado y éste jurídicamente no fue otro que las fuentes hispano-indianas a las que hemos hecho referencia.

En opinión de Fraga Iribarne, es indudable la importante herencia española en la política hispanoamericana, según señala: “hoy sabemos que buena parte de las estructuras políticas y administrativas de la época Colonial subsistieron casi íntegras, excepto en las más altas (y menos efectivas) esferas del gobierno...” e incluso que el constitucionalismo español de 1812 y 1820 ejerció una influencia decisiva en los textos americanos²⁶. No obstante, hay que advertir que ésta última influencia no se dio en Venezuela, ya que la primera Constitución de Venezuela es de 1811, y mediante ella se creó el Estado venezolano independiente, es decir, anterior a la Constitución de Cádiz de 18 de marzo de 1812 y por tanto, la tercera Constitución moderna, junto a la Norteamericana y la Francesa²⁷.

Así las cosas, fue nuestro país el primero en el mundo en acoger los aportes del constitucionalismo de los fundadores (Estados Unidos de Norteamérica y Francia) y por consiguiente, de adoptar sus instituciones en la Constitución de Venezuela de 1811, producto del sistema jurídico legado por los próceres de la Independencia, luego de la Revolución de 1810. Es así que actuando bajo el dominio de estas ideas revolucionarias (La Revolución Americana-1776 y la Revolución Francesa-1789), que trastocaron el constitucionalismo de la época, se emprendió en Venezuela, la creación de un nuevo Estado independiente, a diferencia de las otras Colonias españolas donde si tuvo incidencia el constitucionalismo español, formándose en consecuencia, como Estados o Repúblicas Independientes con posterioridad a 1811, en concreto, entre 1820 y 1830.

Por otra parte, la influencia ideológica también se atribuye a la divulgación en Hispanoamérica, de las obras de filósofos y enciclopedistas de comienzos de la segunda mitad del siglo XVIII.

Las dos obras más difundidas fueron *El espíritu de las Leyes* y *El Contrato Social* exponentes de corrientes políticas e ideologías distintas, una, fundada en la historia de Inglaterra y otra, que se fundamentó solamente en la voluntad del pueblo.

Podemos señalar a manera de ejemplo, que desde los primeros movimientos de emancipación ocurridos en Venezuela como el de la conspiración de Gual y España,

26. FRAGA IRIBARNE, Manuel, *Sociedad política y Gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, Colección Instituciones Políticas, Madrid 1962, pp. 77-79

27. V., BREWER-CARIAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al Constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo UCAB n° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

intervinieron personajes como Juan Picornel que bajo la influencia del mundo de las ideas revolucionarias francesas, fue el autor de la obra *Derechos del hombre y del ciudadano*, que se tenía como publicada en Madrid en la Imprenta de la Verdad en 1797. Esta obra no debe confundirse con la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, publicada en Bogotá en el año 1793 de Antonio Nariño, ni con *Los Derechos del hombre*, de Tomás Paine. Esta influencia determinante de la ideología francesa fue igualmente, sostenida por Mancini²⁸ quien al respecto señaló: “*La publicación de los 17 artículos de la “Declaración de los derechos del hombre” tuvo grandes consecuencias y con ella se inició en el Nuevo Mundo el punto de partida de la nueva era...*”.

Asimismo, con respecto a Simón Rodríguez, el maestro de Bolívar, se sospecha que estuvo vinculado al intento revolucionario de Gual y España. Y asimismo fue determinante la influencia de Rousseau en Bolívar quién lo llevó a formarse diversidad de juicios sobre su obra hasta afirmar que el estilo de Rousseau era admirable²⁹.

Otro ejemplo ilustrativo que nos traduce el innegable valor y trascendencia que tuvo la obra de Rousseau en el pensamiento de la época, lo encontramos en uno de los párrafos de la carta escrita por Juan Germán Roscio en fecha 29 de junio de 1810, a Don Andrés Bello, que para aquellos momentos se encontraba en Londres:

Acuérdese Usted de que Londres fue el Lugar donde escribió el padre Viscardo su Legado y donde obtuvo la mejor apología del Contrato Social de Rousseau.

Asimismo, el profesor Jefferson R. Spell, autor de la obra *Rousseau en el mundo hispánico*, copió los textos de las traducciones al castellano en Londres en 1799 y en Buenos Aires en 1810. La primera traducción castellana que se conoce del *Discurso sobre la desigualdad de Rousseau*, es de 1803, publicado en Charleston, Carolina del Sur.

Refiere Spell que de la traducción castellana de *El Contrato Social*, le habló el profesor Marden, de la Universidad de Princeton, poco antes de su muerte en 1932, confesándole haber encontrado un ejemplar de 1800 y que se lo había enviado al profesor Kristian Gauss. También se afirma la existencia de otra traducción castellana de la que lamentablemente tampoco se conocen ejemplares, y es a la que hace referencia el conocido historiador venezolano Pedro Grases, en el prólogo de la obra *La Independencia de la Costa Firme*. En efecto, en carta de fecha 2 de noviembre de 1954, Pedro Grases expresó a Ricardo Levene: “*De ningún modo me atrevería a afirmar que la traducción de Vargas no se realizase. Hay testimonios del hecho y la más firme tradición oral en el país. De lo que dudo es que fuese publicada una vez. Esta me parece es la correcta crítica ante el hecho*”³⁰. Pedro Grases afirma la posibilidad de, según aviso publicado en la *Gaceta de Caracas* N° 140 de 1° de enero de 1811 se comunicó lo siguiente:

Se abre suscripción a la reimpresión de la traducción al castellano del “Contrato Social” o principios de derecho político. Se recibirá en la tienda de Don Francisco Martínez Pérez frente a los puestos de la Catedral al precio de 20 reales cada ejemplar a la rústica y 30 para los no suscritos.

28. MANCINI, J., *Bolívar y la conspiración de las colonias españolas desde los orígenes hasta 1815*, París-México 1914, p. 85.

29. MANCINI, J., *ob cit.*, p. 151.

30. LEVENE, Ricardo, *ob.cit.*, pp. 195-196.

Asimismo, otro autor venezolano expresó: “Si Vargas tradujo el Contrato Social fue de 1806 a 1808 en la ciudad de Caracas y no en Cumaná”³¹.

Otro testimonio es el de Dauxión Lavaysse, autor de *Voyages aux isles de Trinidad*, indicando que en 1807, estando en Cumaná y en casa de un almacenero, un joven hacía “cucuruchus” con pliegos de *La Declaración de los Derechos del Hombre, El Contrato Social*, etc., y al preguntarle como habían llegado a sus manos esos papeles contestó: “Hice un viaje a la Trinidad y me dieron un paquete conteniendo quinientos ejemplares de cada uno de estos escritos y de una carta del Jesuita Peruvien...”.

Sin embargo, para nosotros resulta casi imposible creer que no se haya encontrado ni un solo ejemplar de esta obra publicada en Venezuela. En tal caso es posible que se haya utilizado la publicación de el Contrato Social realizada en Buenos Aires en 1810³².

En definitiva, sólo se ha conseguido un ejemplar de la edición castellana que figura publicada en Londres y fue hallada por el profesor Spell en Madrid, quien permitió obtener un micro film de dicho ejemplar al citado autor Ricardo Levene, tal y como el mismo lo confiesa en su obra³³.

No obstante, el profesor Spell en carta de 26 de julio de 1955 dirigida a Levene, le manifestó sus dudas de que esta edición que encontró por casualidad en Madrid, fuera la de Londres, pues en su opinión, fue impresa en algún lugar de Francia.

En definitiva, si la edición de Buenos Aires de *El Contrato Social*, no fue la que siguió a la de Londres, hay que pensar en la posibilidad de que existió otra edición castellana además de la de 1799, con anterioridad a la de 1810.

Por otra parte, respecto a la primera edición castellana del *Espíritu de las Leyes*, se afirma que corresponde a 1787, no obstante, actualmente, se conoce que esta obra ya figuraba en las bibliotecas de Buenos Aires y en la del Canónigo Maciel y en la de Facundo Prieto Pulido, donada por el Virrey Arredondo en abril de 1794.

III. INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS FUNDADORES

Es indudable el gran legado dejado por la Revolución Americana y la Revolución Francesa al Constitucionalismo moderno, y sin duda, su influencia fue determinante en la formación del pensamiento político de nuestros , como en la conformación política de los nuevos Estados.

1. Aportes de la Revolución Americana (1776)

Esta revolución que precede en pocos años a la francesa, sienta las bases de un nuevo orden constitucional, es decir, de un nuevo esquema organizativo para los nuevos Estados independientes.

31. GRISANTI, Angel, *Bello y Vargas*, Caracas 1954, p. 31.

32. GRASES, Pedro, *La imprenta y la cultura en la primera República (1810-1811)*, UCV, citado por LEVENE, Ricardo, Caracas, p 197. La Carta del historiador GRASES es de 7 de mayo de 1956 con la cual acompaña el folleto citado.

33. LEVENE, Ricardo, *ob cit.* p. 196.

En este sentido, sin lugar a dudas, uno de los grandes aportes fue el principio de la soberanía popular, el cual influyó decisivamente para la creación del modelo de gobierno democrático. Modelo de gobierno que junto al republicanismo, garantizaba la participación de todos los individuos.

También destaca entre los aportes de la Revolución Americana, el principio de la separación orgánica de poderes, principio que determina el sistema de gobierno y que bajo el modelo americano, se caracteriza como sistema presidencial de gobierno. Al respecto, la Constitución de Virginia de 1776 estableció en su artículo III lo siguiente: “...*Los departamentos Legislativos, Ejecutivo y Judicial, deberán estar separados y distintos, de manera que ninguno ejerza los poderes pertenecientes a otro: ni persona alguna debe ejercer más de uno de esos poderes al mismo tiempo...*”³⁴.

Este principio de separación de poderes y el sistema presidencial de gobierno, se acogió sin reservas en las nacientes Repúblicas de Latinoamérica.

El tercer aporte lo constituyó la declaración de los derechos y libertades fundamentales, a fin de garantizar el Estado de Derecho .

Desde el punto de vista formal también los nacientes Estados Latinoamericanos independientes, acogieron el principio de supremacía constitucional.

2. Aportes de la Revolución Francesa

El principal aporte y el que cobra mayor fuerza en esta Revolución fue el principio de separación de poderes, enunciado por sus máximos exponentes: Locke y Montesquieu , de allí que se consagrara en el artículo XVI de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* lo siguiente:

...Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poder sea determinada, no tiene Constitución....³⁵

El segundo gran aporte lo constituyó la declaración de derechos fundamentales proclamados y desarrollados en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, teniendo una repercusión decisiva en nuestra primera Constitución de 1811.

El principio de organización territorial, es otro de los aportes que tuvo su influjo particular en Venezuela y que a pesar de no encontrarse expresado directamente en la Constitución de 1811, sin embargo, su influencia es evidente en las posteriores Constituciones Provinciales, en las cuales se establece una organización territorial semejante a la concepción francesa de los Gobiernos locales, es decir, dotados de autonomía y competencias propias³⁶.

34. BREWER-CARIAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al Constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo, n° 1, UCAB, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 191.

35. BREWER CARÍAS, Allan, *Ibidem*, p. 191.

36. *Idem*, p. 206.

3. Pensamiento de los Precursores

A. Pensamiento político republicano de Miranda

Sin lugar a dudas, el pensamiento político republicano de Miranda, junto al de otros ilustres venezolanos que iniciaron el proceso revolucionario de 1810, se pone de manifiesto en la primera Constitución de la República de 1811.

De Francisco de Miranda se afirma que fue el Enciclopedista americano del siglo XVIII. Su pensamiento se basó en el filosofismo inglés y en la experiencia de la Enciclopedia, se ha dicho su espíritu resume los más altos ideales de libertad. De allí que en su lucha contra el Despotismo, proclamó que las armas no son el único instrumento necesario para triunfar, en su opinión, éstas deben estar al servicio de los ideales, ya que consideraba que sólo triunfa la fuerza si está al servicio de la Libertad.

Miranda es testigo y actor de tres movimientos emancipadores de trascendencia: La *Independencia de Norte América*, la *Revolución Francesa* y la *Independencia Indoamericana*³⁷.

Proclamó con tenacidad la absoluta libertad de conciencia y el respeto por todas las libertades del hombre, incluyendo las religiosas, sus diarios, escritos y documentos se encuentran recopilados y publicados en la colección de sus *Archivos*, de los cuales se infiere el carácter humanitario de Miranda.

Recorrió el mundo con la única intención de acrecentar sus conocimientos y visitó los escenarios sobre los cuales se dibujó la aurora de la Libertad. En su búsqueda insaciable, buscó entrar en contacto con personalidades eminentes. En el año 1784, por ejemplo, visitó a Nueva York, reuniéndose con grandes personajes de la Revolución, como el General George Clinton, quien además de ser el Gobernador de la referida ciudad, jugó un papel importante en el ejército insurgente. Asimismo, Miranda estableció amistad con el General Henry Knox y el Coronel Alexander Hamilton, exedecan de Washington. En su obsesión por conseguir la libertad de América, visitó al General Hull de la West Point. Posteriormente, Miranda obsesionado por libertar América, decidió visitar Inglaterra y estudiar filosofía.

De su ideario político, destaca el carácter republicano y su interés por adaptar las nacientes repúblicas a las experiencias foráneas más progresistas de la época. De allí, que se inspiró en las instituciones parlamentarias desarrolladas en la Monarquía inglesa, buscando un equilibrio entre las ideas reformistas inglesas y las francesas revolucionarias, para a su vez adaptarlo a algunas de las instituciones políticas hispánicas como la de los Incas, dando lugar a la creación de un *Gobierno americano continental*.

De alguna manera, es quien tuvo la iniciativa original de crear la Organización de Estados Americanos, al proponer en 1790, la creación del Consejo de los Estados Americanos, a fin de establecer los nexos y alianzas necesarias entre estas naciones.

Del texto de su Proclama del 2 de agosto de 1806, fechada en la ciudad de Coro, titulada *Don Francisco de Miranda, Comandante General del Ejército Colombiano, a los pueblos habitantes del continente americano-colombiano*, se aprecia el ideal

37. MIRANDA, Francisco, *Textos sobre la Independencia*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia n° 13, Estudio Preliminar José Nucete Sardi, Edic. Guadarrama S.L., Caracas 1959, p. 14.

democrático-republicano que alentó su espíritu, así como el papel protagónico que le adjudicó al Ayuntamiento y que a la postre cumplió.

En este sentido, vale la pena transcribir el artículo II y III de la citada Proclama:

...II. Los Cabildos o Ayuntamientos en todas las ciudades, villas y lugares, ejercerán el interín todas las funciones de Gobierno Civiles, Administrativas y Judiciales con responsabilidad, y con arreglo a las Leyes del País: y los curas párrocos y los misioneros permanecerán en sus respectivas Iglesias y Parroquias sin alterar el ejercicio de sus sagradas funciones.

III. Todos los Cabildos y Ayuntamientos enviarán uno o dos Diputados, al Cuartel General del Ejército, a fin de reunirse en Asamblea general a nuestro arribo a la Capital y formar allí un Gobierno provisorio que conduzca en tiempo oportuno a otro General Permanente, con acuerdo de toda la Nación....

Asimismo, en otra de sus proclamas que no figura en sus *Archivos* y que circuló en Venezuela el 28 de mayo de 1912, refleja su inquebrantable lucha por la Libertad, en ella convocó al pueblo de la provincia de Caracas por el justo ideal de la Patria Libre, a enfrentar el enemigo y a abandonar a sus familias e intereses particulares.

Su primer Proyecto de Constitución lo presentó al Ministro Pitt, en el año 1790, en Londres y el pretendía constituir un gran Estado que tuviese limitado por una línea tirada desde la desembocadura del Mississipi, hasta sus cabeceras y desde aquí por 45 grados de latitud, al océano Pacífico, teniendo por límite meridional el Cabo de Hornos.

Para el año 1808, preparó su nuevo Proyecto de Constitución y una vez terminado lo envió al Marqués del Toro, siendo interceptado por el Gobernador de Curazao, la propuesta fue devuelta a Londres.

Esta propuesta contenía un Proyecto Gobierno Provisorio y otro de un Gobierno Federal y difería del proyecto propuesto en 1790, ya que suprimía la figura del Inca hereditario y los senadores vitalicios.

B. Pensamiento ordenador de Bolívar

La reformulación de los Estados emancipados, ocupó el espacio primordial en el pensamiento político del Libertador.

Sus textos más significativos y de mayor trascendencia fueron: el Proyecto de Constitución de Angostura, presentado en 1819 y el Proyecto de Constitución para Bolivia en 1826 y aun cuando ambos son posteriores a 1811, no podemos dejar de referir.

El primero pone de manifiesto la gran influencia de las ideas inglesas y norteamericanas, estableciendo un sistema de gobierno presidencial sobre el principio de separación de poderes y proponiendo como elemento innovador la creación de un cuarto poder: el Poder Moral, propugnando igualmente la debida colaboración entre ellos.

Posteriormente, fue legada al Libertador la tarea de redactar la Carta Fundamental de la Nueva República, por la Asamblea General de los Departamentos del Alto Perú y de inmediato Bolívar abocó todos sus esfuerzos en tan noble Proyecto. Es así que el 25 de septiembre de 1825 comunicó a Santander sus primeros planes de reformas y para el 12 de diciembre del mismo año, concluyó su obra. Pensaba que había encontrado la perfecta expresión de sus ideales llegando a considerar que el texto era adecuado no sólo para la realidad boliviana, sino propicio también para el resto de Estados bolivarianos y así lo manifestó al General Páez al escribirle lo siguiente:

...Mando a usted un proyecto de constitución hecho para la República de Bolivia y el discurso analítico de ella. Creo que sería conveniente imprimirla en Caracas, con el discurso al Congreso, y que nuestros amigos dijese en los papeles públicos lo que ella puede contener de bueno, para prevenir los ánimos cuando llegue el caso de la reforma constitucional en el año de 31. Entonces podemos adoptar la parte que nos convenga de este proyecto...³⁸

En efecto, el Libertador pretendió con la redacción de esta Constitución para Bolivia, crear un modelo nuevo, una nueva forma de ordenación del Poder Público, dándole personalidad propia y definida, apartándose de los modelos tradicionales traídos con anterioridad a América, reconociendo la realidad de nuestros pueblos, por ejemplo creando figuras vitalicias que pudiesen garantizar la vida de las nuevas Repúblicas, creando un sistema de control y frenos que impidiera el surgimiento de caudillos que siempre había amenazado a América.

Brewer-Carías al referirse a las propuestas de Bolívar sobre la organización del Estado, indica que ésta "...debía tener un sustento popular y democrático y de ninguna forma ser el resultado de la imposición de una persona...De allí el carácter republicano y no Monárquico de nuestro régimen político desde la misma Independencia...", cuestión que también justifica en su criterio, el establecimiento de un orden constitucional con base en la soberanía popular, legitimado a través de una Asamblea o Congreso. Con ello se pretende asegurar que no se puede atribuir a Bolívar, la concepción de un régimen dictatorial para nuestros pueblos³⁹.

Por su parte, Caracciolo Parra Pérez, al igual que Vallenilla Lanz, califica al Libertador como el mejor constitucionalista, aportando soluciones a la realidad americana⁴⁰. Asimismo refiere "...*Dos veces tiene ocasión Bolívar de condensar en un Código sus ideas político-sociales y ambas siguen las líneas que proclaman todos sus documentos. El régimen de gobierno de los países americanos no puede ser ni una Monarquía, ni una democracia absoluta. Menester es inventar un sistema especial, temperado en política, libérrimo e igualitario desde el punto de vista civil, que compadezca con el atraso de aquellas sociedades y tomen en cuenta al mismo tiempo, las conquistas del pensamiento revolucionario...*"

En contradicción con muchos autores Ernesto Wolf, al referirse al concepto de *cesarismo democrático* y la obra de Bolívar, señala que sólo es posible elaborar una fórmula temperada de conceptos de igual naturaleza, pero nunca de conceptos de distinta naturaleza, ya que se excluyen por este mismo hecho. En este sentido, la figura del César, implica la hegemonía del Poder en manos de una sola persona, respecto a la cual el pueblo se encuentra subordinado.

Para nosotros, vale la pena en estos tiempos reivindicar el pensamiento y la obra de Bolívar, no sea que se haya perdido en el tiempo su auténtica significación y cada quien se atribuya la lectura que más le convenga sobre sus pensamientos.

Bolívar creía en la igualdad, sus ideas se enmarcan dentro de la corriente socrática y aristotélica que plantea el mejoramiento del individuo a través de sus virtudes, como

38. FRAGA IRIBARNE, Manuel, *Sociedad política y Gobierno en Hispoamérica*, Instituto de Estudios Políticos Madrid 1962, pp. 24 y 35.

39. BREWER-CARIÁS, Allan R., "Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 95-96, Año XL, Caracas 1984, p. 138.

40. PARRA PÉREZ, Caracciolo, *Bolívar: contribución al estudio de sus ideas políticas*, Ediciones del Bicentenario del Natalicio de el Libertador, Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela 1983, p. 54.

medio de progreso de la sociedad. De allí que planteó la creación de un Poder Moral y de la Cámara de los Censores, como guardianes de las virtudes políticas que garantizarían el cambio social. Por ello, era cónsono también con las ideas de Montesquieu, quien era aristotélico, acerca de la naturaleza de las leyes.

Estas referencias tienen su fundamento en el magistral estudio elaborado por el Profesor Humberto La Roche, acerca de las ideas políticas de Montesquieu y Bolívar, en el cual expuso: “...Los dos, incansables viajeros por el mundo conocido, supieron observar la realidad de otros países e inyectaron a su acervo cultural la dosis de sentimiento de nobleza humana...La proclamación de la virtud, de la libertad y la felicidad de los pueblos son constantes en el pensamiento de ambos pensadores...El pensamiento de ambos autores está penetrado de humanismo, de veneración a la personalidad, de deseo para el reconocimiento de los derechos humanos...”⁴¹.

En definitiva, Bolívar buscaba la igualdad, entendida como aquella que proporcionaba seguridad y que sólo se preservaba conservando la República. Bolívar fue militar pero no militarista, su concepción política se sustentaba en el respeto de la voluntad popular y en el ejercicio del gobierno a favor del pueblo, cuya voluntad constituye el único fundamento de su legitimidad⁴².

IV. MOVIMIENTO REVOLUCIONARIO Y CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA

El Cabildo de Caracas de la Provincia de Venezuela, fue el protagonista de la Revolución iniciada con el golpe de Estado del 19 de abril de 1810, al transformarse en una Suprema Junta Conservadora de los derechos de Fernando VII. Esta revolución estuvo en manos de los criollos y blancos, quienes eran los que detentaban el poder social y económico para la época.

Así con este hecho, como bien lo ha indicado el profesor Brewer-Carías, se inicia la historia política de Venezuela como nación independiente y en general la historia política de toda América Latina independiente. En su criterio, el Acta de la sesión del Ayuntamiento de Caracas, fue el primer acto constitucional de un nuevo gobierno y el inicio de la conformación jurídica de un nuevo estado⁴³.

Sin duda, en tiempos como éstos en los que Venezuela hace memoria de su historia republicana y democrática, de sus constantes luchas por el estandarte de la Libertad no sólo para los suyos, sino también para otros países hermanos de América. Pareciese que el refrán popular de que la *historia siempre se repite*, resulta propicio hoy más que nunca, pues sin lugar a dudas, los pueblos no pueden olvidar su pasado, pues sólo mirando hacia atrás consiguen caminar con paso firme hacia adelante.

La Revolución venezolana iniciada en 1810, es el reflejo de las dos grandes revoluciones que la precedieron; la americana y la francesa y como en ambas, ésta fue impulsada por la burguesía criolla. Asimismo, el movimiento jurídico-político deno-

41. LA ROCHE, Humberto J., “De Montesquieu a Bolívar (estudio de sus ideas políticas)”, *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Edición Extraordinaria, Mérida-Venezuela 1983-84, pp. 90-91 y 117.

42. LABARCA PRIETO, Domingo, *ob. cit.* p. 41.

43. BREWER-CARIAS, Allan R., “La Formación del Estado venezolano”, *ob. cit.*

minado constitucionalismo ocurrido en Norteamérica y Francia, inspiró e influyó, no sólo estos movimientos revolucionarios surgidos en el Continente provocando la emancipación de las colonias españolas, sino que además permitió la llegada del Constitucionalismo a América. De allí, que Venezuela desempeñó un rol protagónico dando el grito de Libertad, luego del acto revolucionario ocurrido en 1810 y redactando la primera Constitución venezolana en 1811, que es la tercera Constitución del Mundo moderno.

Este Texto Fundamental fue el producto de un Congreso General legítimamente constituido en representación del pueblo, integrado con los Diputados de las Provincias que con anterioridad al 19 de abril de 1810, conformaban la Capitanía General de la República, en concreto los representantes de las provincias de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo, y que para estos momentos ya se había transformado en la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII, ya que deciden Confederarse bajo un mismo texto constitucional, consagrando los principios de soberanía popular, división tripartita del Poder Público y los derechos de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, estandartes del constitucionalismo francés y norteamericano. Se dice, que en su parte orgánica, acogió los principios generales de la Constitución de Filadelfia (la composición del Legislativo en dos Cámaras, el sistema de gobierno, la división orgánica del Poder Público, la forma del estado Federal) y que en su parte dogmática, se inspiró en su Capítulo VIII, en el contenido de la *Declaración de los Derechos del Pueblo* del 1 de julio de 1911, inspirado a su vez, en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, dada en Francia en 1789.

Compartiendo el criterio expuesto por nuestro jurista historiador, fallecido recientemente, Polanco Alcántara, la Constitución venezolana de 1811, no ha sido suficientemente divulgada y analizada, no sólo por lo venezolanos sino tampoco por el resto del mundo, según señalaba: “...*las angustias que se traslucen en sus artículos y disposiciones no han sido penetradas por los analistas de nuestra historia y de nuestro derecho...*”⁴⁴. Y es que en efecto, pareciera que nos hemos limitado a citarla como un elemento de orgullo ante el mundo, por ser la tercera Constitución del Mundo moderno que se inspiró en los movimientos mundiales del Constitucionalismo. Sin embargo, no existe hasta ahora, un análisis valorativo y profundo que justifique el porqué de sus instituciones, particularmente, la presencia de un *Ejecutivo* tripartito o *triumviral*, conformado por tres miembros que se turnaban semanalmente en el ejercicio de sus funciones y tres suplentes. El primer triunvirato estuvo integrado por Baltasar Padrón (jurisconsulto de crédito); Juan Escalona (oficial de milicias) y Cristóbal Mendoza (abogado).

No obstante para algunos tratadistas, este Ejecutivo Triunviral, constituyó uno de los elementos que contribuyeron al fracaso de la Constitución de 1811, por considerar que esta composición le restó fuerza y autoridad⁴⁵.

Otros autores han opinado también que la adopción de un ejecutivo débil, aunado a la forma de estado federal, fue el sistema menos adecuado para preservar su vigencia y satisfacer las necesidades políticas del momento. Venezuela carecía de una unidad

44. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, “El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución venezolana de 1811” en *El pensamiento constitucional de Latinoamérica 1810-1830*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, IV, Ediciones Guadarrama, Caracas 1962, p. 201.

45. BREWER-CARÍAS, Allan R., “Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas” *ob. cit.* p. 142.

política, ya que con anterioridad a su incorporación a la Capitanía General de Venezuela en 1777, las provincias de Caracas, Cumaná, Maracaibo, Guayana, Islas de Trinidad, Margarita y Barinas, eran entidades políticas autónomas, aunque dependientes jurídicamente de la Real Audiencia de Santo Domingo y la de Santa Fé de Bogotá, pero no fue sino hasta la creación de la Real Audiencia de Caracas en 1786, que quedaron todas sometidas a su jurisdicción. Para entonces, la máxima autoridad estaba representada en el Presidente de la Real Audiencia, a quien se le denominaba Capitán General o Gobernador de Venezuela, ejerciendo su autoridad sobre el territorio de las siete provincias. Con anterioridad a ello, como señala Carlos Siso, “...eran realmente zonas territoriales, pobladas por tribus indias, con algunas ciudades formadas en las costas y uno que otro pueblo en el interior...”⁴⁶.

En este mismo sentido Brewer-Carías, asegura que “...el territorio de lo que hoy es Venezuela, por tanto, en contraste con el que fue el de otras naciones americanas, no tuvo integración territorial durante la Colonia. Se trataba de Provincias aisladas y disgregadas, con una lejanía increíble de los centros de poder coloniales, entre otros factores por lo paupérrimas que era, hecho que paradójicamente las dotó siempre de autonomía y espíritu rebelde...”⁴⁷.

En efecto, lo expuesto deja en evidencia que sólo la forma federal permitiría la construcción de la primera República, uniendo aquellos territorios que siempre permanecieron aislados, proclamando su propia autonomía. De allí que se justifique también que la opción de la forma federal fue más allá que una mera adopción del sistema americano. Por el contrario, fue la única forma de conseguir consenso a fin de reunir las siete provincias bajo una Confederación y un mismo Texto Constitucional, con el objeto fundamental de que dicho texto, fijara las pautas para que cada una de estas provincias dictasen sus propias constituciones que les garantizaran preservar sus respectivas autonomías.

De manera que, en forma expresa, los constituyentes manifestaron su voluntad, consagrando en la sección cuarta, párrafo N° 133 y 134 de la Constitución federal de 1811, lo siguiente:

Sección Cuarta: Mutua garantía de las provincias entre sí

133. El gobierno de la Unión asegura y garantiza a las provincias la forma del Gobierno republicano que cada una de ellas adoptare para la administración de sus negocios domésticos, sin aprobar Constitución alguna provincial que se oponga a los principios liberales y francos de representación admitidos en ésta ni consentir que en tiempo alguno se establezca otra forma de Gobierno en toda la Confederación.

134. También afianza a las mismas provincias su libertad e independencia recíprocas en la parte de su soberanía que se han reservado, y siendo justo y necesario, protegerá y auxiliará a cada una de ellas contra toda invasión o violencia doméstica con la plenitud de poder y fuerza que se le confía para la conservación de la paz y seguridad general, siempre que fuere requerido para ello la legislatura provincial o por el Poder Ejecutivo cuando el Legislativo no estuviese reunido ni pudiese ser convocado...⁴⁸.

46. SISO, Carlos, *La formación del Estado venezolano, ob. cit.*, t. II, p. 220-221.

47. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, p. 32.

48. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

De allí que incluso la Constitución provincial de Mérida, que fue redactada paralelamente a la Constitución de Venezuela de 1811, expresa abiertamente este espíritu localista y autónomo.

Para nosotros, si bien es cierto la Constitución de 1811, con su fórmula federal no contribuyó en el afianzamiento de un Ejecutivo fuerte, no obstante ha quedado demostrado con el transcurso del tiempo que sólo bajo la forma de Confederación de Estados independientes y autónomos, las Provincias venezolanas garantizaban la vigencia de la naciente República independiente.

No olvidemos que los problemas constitucionales no se resuelven con soluciones meramente constitucionales, sino que con regularidad es necesario analizar los acontecimientos desde múltiples perspectivas: la histórica, la sociológica, la económica y la estrictamente política, permitiéndonos tener así una visión integral del hecho para comprenderlo.

Paradójicamente, Venezuela, no sólo como República sino como pueblo, surgió de una población y de un territorio (elementos esenciales para formación de un Estado independiente) disgregado, que en la necesidad de proclamar su Libertad e independencia, se integró en 1777, conformando la Capitanía General de Venezuela, bajo la autoridad de la Real Audiencia de Santo Domingo, integrándose posteriormente como Confederación, en el Texto constitucional de 1811, a fin de desarrollar sus respectivas autonomías.

§ 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO*

Carlos A. Casanova

Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela

1. En los albores de la vida independiente de Chile, tras un breve período de anarquía, un grupo de patriotas alcanzó el poder y entregó la formación espiritual de la república a un hombre sabio: don Andrés Bello. Se inició así una de las más hermosas aventuras de la historia, semejante a la entronización de Carlo Magno y la reforma de la vida moral de los francos por Alcuino¹; o a las vinculaciones entre Hermias de Atarneo y el grupo de académicos del Asia Menor a que alude Platón en su *Carta VI*².

En aquella hora feliz para Hispanoamérica, se reunieron en Chile muchos intelectos privilegiados que procedían de diversos puntos de nuestro continente indo-hispano. Sarmiento se contaba entre ellos. Al discutirse si los esfuerzos públicos debían centrarse en la reforma y vigorización de la Universidad o en la expansión de la primaria, el ilustre argentino se pronunció por la segunda. Frente a él, Bello argumentó a favor de la primera. Triunfó el caraqueño. Las razones que dio pueden servir, literalmente transcritas, como apertura de estas reflexiones que voy a hacer ante ustedes:

Lo que digo es que el primero [el cultivo de las letras y de las ciencias] es una condición indispensable de la segunda [difusión de la enseñanza elemental]; que donde no exista aquél, es imposible que la otra, cualesquiera que sean los esfuerzos de la autoridad, se verifique bajo la forma conveniente. La difusión de los conocimientos supone uno o más hogares [es decir, fuegos encendidos dentro de casa], de donde salga la luz, que, extendiéndose progresivamente sobre los espacios intermedios, penetre al fin las capas extremas (p. 34).

Son palabras del discurso de instalación de la Universidad de Chile, pronunciado el 17 de septiembre de 1843 y que pueden consultar en la edición de Pedro Grases, publicada por La Casa de Bello, llamada *La independencia cultural de Hispanoamérica*³. No tienen desperdicio: sin una fuente de luz, la sociedad se quedaría pronto a oscuras o, añadamos, caería irremisiblemente en una órbita colonial de otro país.

2. Los diversísimos pueblos de la tierra buscan todos, aunque de modos variados y a veces inconscientes, los bienes que identificó Platón en su *República*: la contemplación de la verdad, la virtud y la concordia. Pero, aunque esos fines sean constantes y universales, cambia profundamente de sociedad a sociedad el modo concreto como se buscan. En cada una se han ido sedimentando las experiencias, formulaciones y modos de vida de sus hombres egregios. Y han cristalizado en la tradición, en un conjunto de

* Esta ponencia fue discutida con mis colegas del Departamento de Filosofía de la Universidad Simón Bolívar en el marco de un seminario interno en el que discutíamos sobre la idea de Universidad. Sus observaciones me fueron de gran utilidad para hacer el intento de presentar mi visión de la Universidad de un modo más aceptable para muchos académicos contemporáneos y coterráneos. Sin embargo, no pude acoger todas sus observaciones y, como es natural, ellos estarán en desacuerdo con muchas de las ideas que aquí se exponen.

1. Cf., GILSON, Etienne, *Filosofía en la Edad Media*, Editorial Gredos, Madrid 1965, pp. 176 y ss.

2. Cf., JAEGER, Werner, *Aristóteles*, Fondo de Cultura Económica, México 1984, pp. 125-145.

3. Caracas, 1992.

opiniones y hábitos compartidos y estructurados en torno al anhelo de una empresa común. Los hombres más lúcidos de la historia de la humanidad, como los clásicos griegos, han llegado a percibir tanto las dimensiones universales y permanentes de la cultura humana como la necesidad de que ellas se encarnen en fórmulas y actitudes contingentes y particulares.

Un pueblo es, por tanto, además de la base biológica, una realidad espiritual peculiar, que se articula y expresa en torno a unos bienes universales. Si las minorías pensantes o poderosas pierden de vista la particularidad del espíritu del propio pueblo⁴, ha llegado el comienzo del fin de la existencia independiente de ese pueblo. Allí tienen su origen graves desórdenes y la falta de generación de los símbolos que necesita la vida común. Como dice atinadamente Briceño-Iragorry:

Río que viene de atrás, el pueblo, para su expresión fecunda en el área de una nación, reclama símbolos que lo personalicen [...]. Tales signos sólo pueden formarse con los elementos que forma la Historia a través de una comunidad de gloria y de dolor.

3. A esa pérdida de visión del espíritu del propio pueblo la llamo alienación⁵. Ella es la causa de los continuos intentos de trasplantar a nuestro suelo ideologías, soluciones o modas anglosajonas, francesas o centro- o nor-europeas. Aunque oculto a los ojos de los alienados, el espíritu del pueblo se halla presente y produce el fracaso estrepitoso de esos trasplantes anatópicos, para usar la expresión del peruano Víctor Andrés Belaúnde. El 27 de febrero de 1989 está todavía fresco en nuestras memorias. Y esa fecha es prueba rotunda no de que *el pueblo no estaba preparado* para los juegos neo-liberales, sino de que pretender trasplantar a Venezuela esa ideología es una muestra más de la alienación de nuestros intelectuales y de nuestras clases económicamente pudientes. También, desde luego, de que hay un poder mundial, que traspasa las fronteras culturales o políticas, y que no puede ignorarse a la hora de gobernar los países sometidos a ese poder⁶.

4. No quiero decir que no pueda haber diálogo entre las culturas y pueblos y mutua influencia, sino que -para que sea fecundo para nosotros- necesitamos alcanzar la dimensión transcultural que nos permita captar lo que tenga valor universal o permanente en otras sociedades o pueda servirnos aquí y ahora, y distinguirlo de sus expresiones provincianas y sujetas a contingencias.

5. Antes hablé de las *ideologías* europeas o anglosajonas. Usé adrede esa palabra, *ideología*. Desde el siglo XIV en toda Europa tienen demasiada influencia corrientes

4. Se entiende aquí por *espíritu del pueblo* el modo peculiar como busca una sociedad esos bienes universales de que habla PLATÓN en la *República*. Por ejemplo, el lenguaje de todo pueblo intenta expresar unas concepciones intelectuales que a su vez son semejanzas de esencias reales (Cf., SANTO TOMÁS DE AQUINO; y ARISTÓTELES.). Pero cada lenguaje expresa esos significados comunes por medio de símbolos convencionales (o institucionales, históricos) diversos. Los intelectuales que se ocupen del lenguaje en cada pueblo tendrán que considerar las significaciones que le dan sentido a los símbolos, pero también la forma concreta de las convenciones que le dan su carácter peculiar al lenguaje de su pueblo. La lingüística seguramente encontrará patrones más o menos universales, pero también, sin duda, peculiaridades en los diversos lenguajes que no pueden pasarse por alto.

5. Para seguir con el ejemplo de la nota anterior o con uno semejante, si algún venezolano pretendiera estudiar la gramática castellana calcando las categorías que pueden determinarse en la lengua inglesa, perdería las peculiaridades de su propia lengua y estaría incurriendo en la *alienación* de la que hablo en el texto.

6. Pienso, por ejemplo, en que actualmente es casi imposible sostener las finanzas públicas sin contar con crédito internacional, por lo menos en un país como el nuestro. Y es indudable que los organismos financieros inter- o supra-nacionales (imperiales) ponen como condición para el acceso a ese crédito la adopción de determinadas medidas. Pero quizá no ha habido hasta ahora una defensa convincente de parte de entidades oficiales hispanoamericanas de la necesidad de cambiar las recetas de esos organismos.

nominalistas. ¿Qué entrañan esas corrientes? El cerrarse a las esencias o bienes reales, que dan valor más o menos natural y universal (meta-cultural) a las significaciones de los nombres o a la sabiduría práctica, y quedarse con las puras convenciones, contingentes, particulares, de las voces⁷. Ellas suelen pervertir la tradición cristiana europea -que se sabía custodia de una verdad universal pero que no le pertenecía en propiedad-, rechazando esa verdad revelada sin suplantarla por la verdad natural, pero conservando las pretensiones universalistas. Es decir, la Europa nominalista pretende construir una civilización narcisa, que ya no quiera expresar la verdad que se encuentra más allá de ella, sino que, desligada de toda medida exterior, quiera medir a todas las otras culturas con las que entre en contacto.

6. En cierto sentido, Descartes es un hijo de Ockham. Su encerramiento en la inmanencia del sujeto y su pretensión de suplantar la frónesis clásica (la sabiduría práctica) por un conjunto de técnicas entre las que destaca la medicina (*cf. Discurso del método*, Sexta parte), no son más que un caso particular de la negación de la existencia de la causa final en la naturaleza (el bien real) o de que pueda ser conocida por el intelecto humano. Esta negación dio origen, de seguro con el apoyo histórico de las guerras europeas de religión⁸, a todo un estilo de cultura que se autoproclamaba *moderno* y que pretendía suplantar a todos los depósitos tradicionales de la sabiduría práctica, encerrados en las diversas religiones o estilos de gobierno.

No quiere decirse con esto que todo lo que ha pensado Europa desde la Modernidad nos sea enteramente inútil por poder etiquetarse como *nominalista*. Hay que hacer muchas distinciones. En la Filosofía, por ejemplo, entre diversas tradiciones: el empirismo es casi todo nominalista⁹, igual que la escolástica decadente. En cambio, el racionalismo alemán, sobre todo desde Leibniz, reacciona contra el nominalismo de los anglosajones, en particular de Locke. Sin embargo, la aceptación de la inmanencia por el mismo Leibniz (el alma no tiene ni puertas ni ventanas) origina en él una suerte de nominalismo mitigado. Con una *mitigación* que no impide, por ejemplo, que sustituya el principio de no contradicción por el de identidad, debido a que el principio formulado por Platón (*República* IV) y Aristóteles (*Metafísica* Gamma) supone la *captación intelectual* de la noción de ente en lo real y a través de los sentidos. Por otra parte, en el mismo campo de la Filosofía, al final del siglo XIX y durante todo el XX surgieron figuras que rompen en buena medida estos esquemas, tales como Brentano, Gilson, Fabro, etc.

7. Para obtener una exposición sistemática, aunque sucinta, del nominalismo europeo, particularmente en lo que se refiere a la moral, *Cf.*, PINKAERS, Servais, *Las fuentes de la moral cristiana*, EUNSA, Pamplona, 198 p.

8. *Cf.*, sobre este punto, la interesante conferencia de CRUZ PRADOS, Alfredo, "Política y autonomía de la moral" en *Anuario Filosófico*, Pamplona 1995.

9. BELLO, por ejemplo, aunque tiene formación empirista, no negaba realidad a las significaciones de los nombres. Simplemente, no tenía otra estructura general en la que *colgar* sus observaciones, bastante agudas, de la realidad inteligible, que la que le proporcionó el empirismo. Pero tampoco fue él un servil repetidor de los anglosajones. Desde luego, por ejemplo, atribuía al verbo *ser* un significado muy distinto al de mera cópula que defendía para dicho verbo MILL, Stuart al hacerlo así, BELLO, en definitiva, se estaba ateniendo a la realidad de su objeto de estudio (que, en el caso, era el lenguaje), lo distinguía del objeto de estudio de *los silogistas* (así se refiere él a los lógicos, sin percibir que la tradición en la que el caraqueño se formó inicialmente ya no era compatible con la lógica empirista) y manifestaba que el gramático, como cualquier hombre de ciencia, se encuentra con unas estructuras inteligibles que no son fruto de meras convenciones. Es decir, BELLO no era nominalista, aunque usara un lenguaje empirista. (Filosofía del entendimiento, Gramática...)

7. Marx es buen ejemplo del desenfoque producido por el nominalismo. Toda su filosofía idealista invertida parecía encerrar una misión profética universal, y sedujo -de hecho- a intelectuales procedentes de las más variadas culturas: rusa, china, hispanoamericana... Pero Marx no estaba sino respondiendo a la situación concreta del occidente de Europa. Usaba un lenguaje universal, aunque sabía que el alcance de sus fórmulas era concreto. De aquí que, ante la solicitud de los comunistas rusos de que declarara cuál sería el curso de los acontecimientos en su Rusia, Marx contestara que no podía saberlo porque la situación que él tenía a la vista era muy distinta (así lo dijo en una carta enviada a la dirección editorial de una revista de ese país, citada por Alasdair MacIntyre en su *Marxism and Christianity*, páginas 85-87).

8. Mas, si el marxismo fue recibido en tantos lugares del planeta, no fue por un puro capricho. Como dice el Papa Juan Pablo II (cf. *Centessimus Annus*, n. 20), fue una reacción de las culturas locales contra la agresión de los imperios. Éstos también pretendieron imponer a sus víctimas una ideología descontextualizada: el liberalismo. Mientras el comunismo sirvió como herramienta intelectual para responder a la agresión, el liberalismo sirvió -y sirve- como careta de la cruda voluntad de poder y de riqueza de las oligarquías imperiales y de sus aliadas indígenas.

9. Desde Nietzsche, una capa de los intelectuales europeos cayó en la cuenta de que el universalismo nominalista era un desenfoque. Europa no es el centro de la humanidad ni de la historia. Tampoco lo son, desde luego, las culturas que son vástagos más groseros que el árbol-madre, tales como la de los Estados Unidos. Desde esta perspectiva, el autor inglés David Brading percibe, por ejemplo, que la civilización hispanoamericana que nació en las postrimerías del siglo XV y que floreció en los siglos XVII y XVIII, para decaer luego, no era inferior a la cultura liberal y aurocéntrica de los angloamericanos (cf. *The First America*. Cambridge University Press, 1989). Pero hay un problema. Los nietzscheanos, que justamente descubren la voluntad de poder tras la careta de la cultura europea moderna (en particular de la cultura liberal), incurren en una universalización tan nefasta o más que la de sus predecesores: toda manifestación cultural sería máscara de la voluntad de poder. No hay captación intelectual alguna en el origen de la conciencia, sino un apetito irracional¹⁰. Ellos mismos están inficionados del nominalismo que afecta a buena parte de la cultura europea moderna. Lo aceptan, son conscientes de él y lo quieren convertir en la regla de la humanidad...

10. Nadie tiene por qué aceptar los supuestos de estos desenfoques. Todos los hombres sabemos que conocemos lo inteligible, las esencias de las cosas concretas (qué son), y nos comportamos en consecuencia. Ninguno, por ejemplo, pone en duda el que según Aristóteles es el primer principio de la vida intelectual: el principio de no contradicción. Puede alguien pretender negarlo en su discurso, pero en la misma práctica del pensamiento y el lenguaje y en las decisiones (dirigidas por una actividad racional que es la deliberación), no puede más que aceptarlo, aunque sea implícitamente. Esto o algo semejante lo mostraron hace ya mucho tiempo, de modo magistral, Platón en su *Teeteto*¹¹ y Aristóteles en el libro IV de su *Metafísica*. En

10. Un ejemplo de lo cual puede verse en la obra de CASSIN, Bárbara y NARCY, Michel, *La Decision du Sens*, comentada en la *Revista Venezolana de Filosofía* n° 35, Caracas 1997.

11. En realidad, lo que PLATÓN muestra aquí es, más bien, que la ciencia tiene en su base una captación intelectual y que, en consecuencia, no puede reducirse el conocimiento humano a sensación, como implicaba la

nuestros días, Etienne Gilson ha roto el velo de los argumentos cartesianos o kantianos que condenaban a los espíritus privilegiados a la inmanencia o a un escepticismo radical. Cualquiera que lea su *Realismo metódico* y *La unidad de la experiencia filosófica*, y los medite serenamente, puede salvar el camino de la verdad.

11. Pero, si nadie tiene por qué aceptar el nominalismo, menos que cualesquiera otros, los hispanoamericanos nunca debimos caer en él. Nuestra civilización nació bajo la luz que arrojaban los intelectos de Vitoria y De Soto. En América, la Conquista entrañó muchas injusticias; pero, al establecerse el nuevo orden, se dio nacimiento a una civilización mestiza porque el Cristianismo auténtico de muchos de los españoles, peninsulares y americanos, era mucho más universal que el calvinismo de los anglo-americanos. No hubo entre nosotros prejuicios raciales o culturales que condujeran al exterminio sistemático de los vencidos. La apertura a la verdad trans-cultural nos permitió asimilar a indios (y negros), como muestra bellamente Toynbee, en su *An Historian's Approach to Religion*¹².

12. Esa apertura dio flores y frutos abundantes en la admirable administración del imperio dirigida por el Consejo de Indias y en la tradición de nuestras letras hispanoamericanas, sobre todo mexicanas. Ganaríamos mucho injertándonos en esa tradición, en lugar de leer las perfectas idioteces que nos llegan desde el Perú o desde Miami por el dictado de los agentes del imperio...

13. Es cierto, sin embargo, que ya hemos sufrido muy profundamente el impacto del nominalismo europeo. Desde el siglo XVIII, por lo menos, quedamos francamente expuestos a él, tras la instauración de la dinastía borbónica a la cabeza del mundo hispano. Y no por una perversa intención, sino por la dificultad que encerraba la situación cultural. Indudablemente, el desarrollo tecnológico de las potencias rivales de España exigía a ésta intentar asimilar el tipo de racionalidad que le había dado origen a ese desarrollo. Pero era muy difícil discernir en dicha racionalidad lo que era fruto de un nuevo modo de experiencia y reflexión de lo que era más bien resultado de las desviaciones nominalistas. La monarquía *modernizó* la administración del Imperio de Indias, mas no consiguió hacerlo sin herir las bases mismas de la cultura barroca en la que se asentaba la autoridad del propio Rey sobre sus súbditos americanos. La España de Vitoria y De Soto estuvo en situación análoga y logró reaccionar enérgicamente. Pero en su tiempo no existía el foso tecnológico entre España y sus rivales ¿Cómo podríamos hacer nosotros para rectificar el rumbo de nuestra civilización? El camino es largo y difícil, pero no veo otro si queremos sacar a nuestra Patria (Venezuela e Hispanoamérica) de la triste situación de una pobre colonia y si queremos contribuir en algo a la justicia del mundo:

14. Habría que estudiar reposadamente a los clásicos. Es decir, a los hombres que llegaron a la dimensión meta-cultural (cf. n. 5). ¿Quiénes son ellos? Primero, los grandes filósofos griegos entre los que destacan Parménides, Sócrates, Platón, Aristóteles y Plotino. Segundo, los juristas romanos. Habría que leerlos a todos directamente y procurando despejar los obstáculos que ponen para su verdadera comprensión los prejuicios etnocéntricos o epocales. Habría que darles, a los clásicos, la posibilidad de que re-estructuraran, a la luz de las inteligibilidades reales, nuestras frecuentemente

afirmación de PROTÁGORAS de que el hombre es la medida de todas las cosas. Esto se percibe especialmente en lo que se refiere a la captación de lo conveniente o bueno.

12. Oxford University Press, Londres 1957, pp. 52-53 y 155-161.

caóticas cabezas. También deberíamos incluir a los clásicos cristianos. Primero, porque encierran en sí valiosas experiencias meta-culturales y, después, porque casi todos en este país tenemos Fe y sabemos que la Fe es para todos los hombres (“Dios quiere que todos los hombres se salven y lleguen al conocimiento de la verdad”)¹³. Que ella es una luz que nos muestra, además de verdades que el intelecto solo no puede alcanzar, otras que coinciden con las que llegaron a ver los griegos. Como decía Clemente: Dios, que dio profetas a los judíos, dio filósofos a los gentiles. Y ese mismo Dios se encarnó en Jesucristo. Pero difícilmente captaremos la hondura de la Fe si no leemos la patrística de los primeros siglos de nuestra era y a San Agustín y Santo Tomás. Ellos también, como los clásicos griegos y romanos, pueden articular sólidamente nuestras cabezas, con la estructura de las realidades inteligibles rechazadas por el nominalismo.

En la propia Europa estos clásicos han jugado casi siempre un papel importante en la formación de los jóvenes y en sucesivas renovaciones del pensamiento en planos muy diversos. La *paideia* clásica pasó al trivium y al quadrivium; Alcuino y los demás monjes que participaron en el renacimiento carolingio insertaron en los bárbaros el amor por lo clásico (cristiano o pagano); Aristóteles jugó un papel muy relevante en el renacimiento del siglo XIII y el Derecho Romano en la configuración del arte jurídico europeo. El nuevo Renacimiento de los siglos XV y XVI se nutrió ampliamente de Platón y, por lo que se refiere al Derecho de Gentes, de Santo Tomás. El Derecho alemán, como antes el castellano, recibió una y otra vez el influjo *renovador* del Derecho Romano. Aun recientemente, Theodor Viehweg, por ejemplo, en su *Tópica y jurisprudencia* (Editorial Madrid, 196), redescubre el pensamiento tópico a la luz de Aristóteles, Roma y los juristas medievales; así como Perelman redescubre la retórica en fuentes análogas. De modo más amplio, durante este siglo Werner Jaeger intentó revitalizar la cultura occidental extrayendo savia vivificadora de la experiencia griega (*Paideia. Los ideales de la cultura griega*. Fondo de Cultura Económica. México, 19). En los propios Estados Unidos de una parte de la América del Norte hay importantes movimientos culturales que intentan hacer consciente a esa sociedad de la medida meta-cultural; piénsese, por ejemplo, en Leo Strauss o Mortimer Adler. A todo lo cual, que es sólo una muestra pequeña, debe sumarse la presencia silenciosa de las estructuras mentales e institucionales surgidas de las grandes reflexiones greco-romanas y judeo-cristianas.

15. Pero, junto a los anteriores, deben compartir sitio de honor todos los demás clásicos universales o propios de una lengua o cultura particular. Es decir, todos los hombres que han planteado problemas intelectuales de los que ya no podemos prescindir y que no tienen por qué quedar sepultados en un tiempo y una geografía particular, por una parte; y, por otra, quienes han llegado a un dominio magistral de una lengua o han llevado a su cúspide algún aspecto de una cultura, en particular de aquella

13. Piensan algunos, inscritos quizá en la tradición positivista, que las cuestiones de Fe deben separarse de las filosóficas. Sin embargo: la Fe es una parte de la realidad que no puede ignorar un verdadero filósofo (sobre todo un metafísico o un filósofo político); es muy dudoso que un hombre que realmente tenga Fe deba ponerla entre paréntesis para filosofar (ARISTÓTELES, por ejemplo, nos dice que las sustancias separadas de *Metafísica* Lambda 8 corresponden a la *patrios dóxa*, y que él se hace más amante de los mitos en la medida en que envejece; PLATÓN afirma que los poetas escriben movidos por una fuerza divina y da un lugar importante a esa suerte de inspiración en el descubrimiento de la verdad -Recuérdese el famoso pasaje de *Fedro*-), y otra cosa es que deba dar argumentos ascendentes y que puedan ser compartidos por sus interlocutores; y, finalmente, las dos razones anteriores para no eliminar la Fe de la reflexión filosófica han sido reconocidas por importantes autoridades filosóficas de este siglo, tales como HEIDEGGER, GADAMER, STEINER, VÖGELIN, CORNFORD, GILSON, MARITAIN, PIEPER, etc.

a la que pertenece la Universidad de que se trate. Es éste un cajón abierto en el que cada académico tenderá a situar a pensadores diversos, pero en el que de seguro habrá acuerdos importantes, también. No puede negarse, por ejemplo, que Descartes sea un lugar importante para comprender el problema de la inmanencia. Tampoco que *El Quijote* sea un clásico de la lengua castellana.

16. Ése sería el primer paso, el estudio de los clásicos. Luego, desde el instrumental teórico que adquiramos allí, tendríamos que asumir nuestras tradiciones, descubriendo en ellas una vía concreta de expresión de las realidades permanentes. Tendríamos que estudiar nuestra historia, siguiendo la guía, por ejemplo, del ilustre maestro venezolano, Mario Briceño-Iragorry, en *Mensaje sin destino, Introducción y defensa de nuestra historia, La hora undécima y Tapices de historia patria*.

Por cierto que al hacer esto no estaríamos más que siguiendo la huella de grandes maestros. Platón mismo, en su obra más revolucionaria, parte de la reflexión sobre las experiencias del pueblo griego, particularmente en lo que se refiere a la paideia. En nuestros días, Heisenberg, un maestro indiscutible de la física *moderna*, nos dice en sus *Diálogos sobre física atómica*: “Naturalmente que me tienen sin cuidado las formas antiguas; pero, en cambio, me interesan los contenidos que pueden estar representados por ellas. Quisiera esclarecer este punto con una comparación tomada de la física. Las fórmulas de la física clásica [newtoniana] representan un saber derivado de antiguas experiencias, que no fue sólo correcto entonces, sino que será válido también en el futuro y en todos los tiempos. La teoría cuántica da sólo a este tesoro de la experiencia una configuración distinta. Pero, por lo que se refiere al contenido no puede cambiarse nada de la física en lo referente al movimiento del péndulo, a las leyes de la palanca, a los movimientos de los planetas, ya que tampoco en estos procesos varía el mundo. Volviendo a los trajes talaros [v.gr. la toga]: este viejo formulismo se remonta a la época de la división del pueblo en estamentos sociales, y le corresponde como contenido la experiencia mucho más antigua de que el grupo de hombres que han estudiado mucho y cuyo pensamiento se ha formado en la escuela y con el contacto de otros grandes y profundos pensadores es algo singularmente importante para la comunidad humana, ya que sus consejos están mejor fundamentados que los de los demás. El traje talar debe expresar esta posición especial y proteger a su portador de los rudos ataques de la masa, aun cuando él en su vida particular no haga suficientemente honor a su estado. Seguramente esta experiencia tiene en nuestro mundo tanta o mayor vigencia que hace cientos de años; pero de hecho carece en absoluto de importancia el que exteriormente se exprese por medio del traje talar o, tal vez mejor, en formas modernas. En todo caso, tengo la sospecha de que muchos críticos de los trajes talaros [entre los que se contaba su interlocutor, un joven nazi] quieren suprimir el propio contenido por ellos expresado. Pero esto es una pura tontería, ya que, ciertamente, no podemos cambiar los hechos reales” (Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1975, pp. 185-186).

17. De este modo, adquiriríamos y transmitiríamos la preparación necesaria para enfrentar los problemas teóricos, prácticos e, incluso, técnicos que afronta la vida del pueblo. El ocio académico podría convertirse en un ocio creador, no sólo de artículos para revistas extranjeras, sino también de respuestas culturales adecuadas a las necesidades del país.

18. Aun todo eso no bastaría. En el estado actual del mundo y de nuestra cultura, tendríamos que asimilar los frutos de las culturas europea y norteamericana. Pero ya no del modo servil que, siguiendo de modo inconsciente una larga tradición iniciada en la

época borbónica, propone en Caracas alguna escuela de negocios, sino críticamente, desde el núcleo de nuestra propia cultura y teniendo por continuo punto de referencia la realidad meta-cultural. Sin ésta, es imposible diálogo alguno entre dos culturas: sólo queda espacio para el aislamiento total o para relaciones de dominación¹⁴.

La microeconomía anglosajona o la germánica, pongamos por caso, tienen multitud de supuestos antropológicos nominalistas y falsos, junto a máximas verdaderas de experiencia, pero fundido todo en una concepción errada de las disciplinas prácticas, que pretenden construirse siguiendo el modelo de la física newtoniana o, en todo caso, separadas de toda dimensión metafísica de la realidad¹⁵. Habría que estudiar los textos alemanes -no sólo los norteamericanos, ni principalmente- desde la perspectiva de la prudencia clásica -no de las *ciencias sociales* ni de la *hermenéutica*-, y distinguir en ellos lo que es expresión de una antropología falsa de lo que constituye máxima razonable de experiencia, trasladable o no a nuestro entorno. Esto [en cierto modo lo inició entre nosotros Raúl González Fabri e] implicaría una verdadera revolución cultural, mucho más justa y permanente que la china.

Algo semejante podría decirse de todas las demás ramas del saber: desde un nuevo núcleo filosófico podrían asimilarse cada una de ellas, atendiendo a las experiencias que están en su origen, no tanto a las formulaciones (que son contingentes y que pueden ser erradas). Quizá de este modo, por ejemplo, podríamos sacar a las ciencias naturales del atolladero de la hiperespecialización y del ultrapositivismo, como la inspiración de la filosofía alemana sacó a la física de los modelos puramente mecanicistas a los que se habían confinado los ingleses (*cf.*, por ejemplo, *The Rise of the New Physics*. Dover Publications INC. Nueva York, 1951. Volumen I, pp. 103-104).

19. Pero, además de todas estas tareas, la Universidad, para alcanzar la repercusión social a que debería estar destinada, tendría que formar multitudes de jóvenes en la frónesis y demás hábitos existenciales necesarios para que la república se encaminara sensatamente a grados más aceptables de justicia. Como suele ocurrir en las épocas de grave crisis cultural, durante el surgimiento del nazismo hubo observadores lúcidos que se dieron cuenta de cuál era la etiología de la enfermedad, aunque no pudieron hacer

14. Si, retomando un ejemplo anterior, no hubiera unos signos naturales de esencias de las cosas, no sería posible la traducción de un sistema de símbolos convencionales (de un idioma) a otro independiente. Como sí es posible, aunque con imprecisiones derivadas de la distancia que hay entre el pensamiento y la realidad y entre el lenguaje y el pensamiento (distancia que, dicho sea de paso, ya conoció ARISTÓTELES), como sí es posible, es claro que sí hay esos signos naturales (*Cf.*, GILSON, Etienne, *La unidad de la experiencia filosófica*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid.). Pero, si no fuera posible en modo alguno la traducción, dos pueblos de lenguajes distintos no podrían comunicarse y, o se mantendrían completamente aislados o uno sería absorbido por el otro, que podría criar a los niños del pueblo absorbido en el lenguaje del pueblo absorbente.

15. La economía liberal supone que puede plantearse siguiendo un modelo físico (o matemático) y no percibe, básicamente, que: la *práxis* es irreductible a técnica (aun a todo el conjunto de las técnicas); y las decisiones del político o el empresario son siempre prudenciales, razón por la cual deben tener en cuenta un contexto mucho más amplio que la dimensión exclusivamente *económica* (que es una abstracción). La hermenéutica, por su parte, reconoce que la racionalidad práctica es irreductible a una sumatoria de las técnicas, pero pretende poner a esa racionalidad práctica en el lugar de la metafísica, desconociendo, en definitiva, aquel famoso pasaje de la *Ética a Nicómaco* en el que ARISTÓTELES muestra que la sabiduría no se puede identificar con la prudencia porque el hombre no es el ser más alto del cosmos (VI).

Puede añadirse, respecto de la tradición filosófica en que se inscribe la economía liberal, que niega que el hombre pueda conocer bienes inteligibles en la realidad y, en cambio, sostiene, que lo mueve sólo el deseo de felicidad (entendido como tendencia al placer-físico). Por su parte, no es raro que la tradición hermenéutica ponga en el principio de la acción humana un deseo irracional (como la voluntad de poder), en el fondo porque también niega la captación de bienes inteligibles reales por el hombre.

nada para detener su avance. Uno de ellos fue Eric Voegelin. Él observó, en una obra escrita años después, que la Universidad liberal alemana de Wilhelm von Humboldt había cumplido una misión importante al independizar a las ciencias, en particular a las ciencias naturales, de la tutela de los dogmas sociales y religiosos de Prusia. Pero, como contrapartida, abandonó el campo de la formación de los jóvenes para la política y la vida del espíritu, razón por la cual dejó un vacío, que ya no era cubierto por la Iglesia. ¿Quién ocupó ese vacío? Las ideologías, los movimientos de masas gnósticos. El nazismo, concretamente. Si la Institución que debía custodiar el Espíritu con independencia del Poder descuida su papel, es fácil que se dé la *translatio veritatis* hacia un movimiento equivocado, que pretende fundir la acción política con el espíritu¹⁶ (cf. "The German University and the Order of German Society". En: *The Collected Works of Eric Voegelin*. Volumen XII. Louisiana State University Press. Baton Rouge-Londres, 1990, pp. 1-35). Una confirmación de este aserto puede verse en el mismo diálogo, citado antes, que sostuvo Werner Heisenberg con un joven nazi:

Joven nazi: -"Ahora bien, alguno de los representantes de la época anterior, alguno de los viejos profesores que ahora se lamentan de la revolución, ¿intentó en su día mostrarnos a nosotros los jóvenes un camino que fuera mejor, que nos hubiera llevado a la meta [de un estado más justo de cosas, donde Alemania no fuera humillada por otras potencias y los dirigentes se ocuparan del bien de todo el pueblo y no sólo de las clases privilegiadas] con medios mejores? No hubo nadie que nos dijera cómo podíamos salir de la miseria de otra manera. Usted tampoco. ¿Qué podíamos hacer entonces?"

Heisenberg: -"Y por eso ha participado usted en la aplicación de la violencia y en la revolución, con la absurda ilusión de que de la destrucción podría surgir alguna cosa buena. Ya conoce usted lo que ha escrito Jacob Burckhardt sobre el resultado último de las revoluciones en la política exterior: 'Ya es una dicha grande el que una revolución no convierta en señor al enemigo ancestral'. ¿Por qué nosotros los alemanes habíamos de tener tan extraña dicha? Si nosotros los viejos -tengo ya que contarme entre ellos- no hemos dado ningún consejo, es por la sencilla razón de que no sabíamos dar otro que ese tan trivial de que se debe hacer el trabajo concienzuda y ordenadamente, y esperar así a que cunda el buen ejemplo". (*Diálogos sobre Física Atómica*. Cit., p. 183).

Realmente no era suficiente lo que habían hecho los *viejos*. De la Academia, en particular, se esperaba más. Pero la Universidad alemana se había encerrado en el narcisismo del sujeto de las ciencias naturales, y, aunque la física alemana llegó a romper con la distinción sujeto-objetiva, no hubo ninguna propuesta seria en el plano del Espíritu (Cf., Voegelin, Eric. *Op. cit.*, pp. 18 y ss.)¹⁷.

20. De acuerdo con lo expuesto y siguiendo el principio antropológico descubierto en la *República* (y aplicado en nuestros días con tanto éxito por Hauriou -Cf. su *Teoría de*

16. Por cierto que entre nosotros se ha dado un fenómeno análogo: la Universidad pasó a la *acción directa*, y con esto abandonó el campo del Espíritu. Lo que ocurre es que también el marxismo es un movimiento gnóstico que funde indebidamente el Espíritu y el Poder. Para una descripción de estas nociones, Cf., abajo, nota X+2 ó 3.

17. Es sabido que Descartes creó un patrón con el que se auto-interpreta el hombre moderno de ciencia (hasta la física alemana de este siglo): un sujeto completamente apartado del objeto de estudio al que contempla *asépticamente* y encerrado en el mayor solipsismo, aislado de los otros sujetos y de la vida política.

Aquí tocamos una de las graves deficiencias que aqueja a nuestra querida Universidad Simón Bolívar, especialmente en los estudios de pre-grado. También entre nosotros se concibe a la ciencia como una realidad apolítica, egoísta y casi exclusivamente *tecnológica*, sin lugar para una verdadera formación general de los alumnos. Claro que la pretensión de encerrarse en la subjetividad científica no ha dado aquí los mismos frutos que en la Universidad alemana del siglo XIX.

la institución y de la fundación. En: *Obra escogida*. Madrid, 19 , pp. -), podríamos decir que la Universidad debe encarnar la sabiduría de una sociedad. A este mismo resultado llega MacIntyre en su importante obra *Tres versiones rivales de la ética* (*Three Rival Versions of the Moral Enquiry*).

El fin esencial de la Universidad no es la tecnología: para producir tecnología serían suficientes los laboratorios de las empresas angloamericanas. En el plano ético del que habla MacIntyre (dejemos por un momento el plano teórico), el fin esencial es, más bien, mantener vigente una jerarquía de bienes, que sea fruto de una visión del mundo que se someta a discusiones radicales continuas y que emane de una búsqueda desinteresada de la verdad, y desde la cual pueda juzgarse el ejercicio del poder político o económico. La libertad política, tan cacareada por los liberales, es en realidad una ilusión, si no existen centros académicos que lleven a cabo esa investigación desinteresada. Los detentadores del poder global en el conglomerado de las contemporáneas *democracias*, lo saben muy bien, y harán lo posible por hacer desaparecer un censor tan molesto, dentro o fuera de los Estados Unidos. Quizá sea éste el fondo de las políticas mundiales adversarias de la Universidad libre (libre respecto de la empresa privada, básicamente; pero también libre de las imposiciones gubernamentales). En nombre de la *libertad* se quiere suprimir su verdadero bastión, con unas campañas dignas de buenos discípulos de Orwell.

De lo dicho en el párrafo anterior se sigue que los debates públicos e interdisciplinarios, en los que se pretenda resolver problemas teóricos o prácticos y orientar a los alumnos en la búsqueda de la verdad, deberían ser parte importante de la vida universitaria. Y se dice *interdisciplinarios*, porque el principio de no-contradicción debería imponernos buscar una visión unitaria del mundo, sin que -por supuesto- pueda imponerse por un camino distinto al de la discusión (y aunque cada uno se vea arrastrado a usar un léxico propio que haga aparecer las divergencias como irreconciliables, cuando se alcanza suficiente profundidad, se percibe normalmente que esas diferencias son más verbales que sustanciales o, al menos, puede percibirse que los problemas básicos no son tan distintos como lo sugeriría la diversidad del vocabulario).

21. Como ven, lo que aquí se propone es una ardua labor colectiva que daría muchos frutos, pero no de inmediato. Y que requeriría del apoyo de alguna institución académica que se comprometiera con un programa semejante. Esto último es lo más difícil, por varias razones.

-) La *primera*, porque la Universidad venezolana se ha convertido en mero centro de enseñanza, desprovisto casi por completo de investigadores. Y, cuando hay investigadores, éstos se han formado muchas veces en culturas extrañas, de modo que a menudo forman aquí grupos de inadaptados que sólo piensan en publicar en revistas extranjeras.

-) La *segunda*, que nuestras universidades públicas -que son las que cuentan con mayores recursos- o atraviesan graves crisis de moralidad que sólo con grandes sacrificios pueden ser enfrentadas, o sufren la tremenda dispersión de la cultura moderna que impide toda acción común. La crisis moral se manifiesta incluso en el cuerpo de profesores. En el seno del claustro profesoral hay quienes no quieren ajustar su dedicación nominal a la Universidad a su dedicación real (ni viceversa); no quieren dejar de cobrar pensiones y sueldos incompatibles; a menudo se resisten a que la Universidad resuelva problemas de la industria y del Estado venezolanos; incluso hay algunos que se niegan a dar cuentas claras -aun a sus colegas de claustro- del uso de los recursos económicos; pero, en cambio, ellos mismos, sí quieren seguir recibiendo un

presupuesto exorbitante... Claro que no quiero decir con esto que todos los profesores incurran en estos problemas. Si así fuera, no habría escrito esta ponencia, por considerarla inútil. No. Hay muchos que cumplen abnegadamente su deber, y ellos deberían tomar el control de la institución académica. Además, la crisis moral se manifiesta también en los demás sectores de la comunidad universitaria, los estudiantes, los empleados y los obreros, que tendrían que ser también reformados bajo el liderazgo de un cohesionado cuerpo profesoral.

-) La *tercera*, que las bajas pasiones -que tienen hoy tanta fuerza y son fomentadas por la oligarquía imperial de los Estados Unidos y por su fiel aliada la oligarquía local- se resistirán enérgicamente a la elevación intelectual y moral del pueblo. En la película italiana *La batalla de Argel* se veía muy bien que parte esencial de la táctica imperialista consiste en corromper a los pueblos sometidos. Y parte esencial de la táctica liberadora consistiría en depurar las costumbres. Aquí se encuentra en buena medida el meollo que distingue el imperio español (en especial al de los Austrias), que se ocupaba del bien de toda la persona, del imperio gringo, que sólo busca la explotación económica de los sojuzgados, dentro o fuera de los límites de los Estados Unidos. Díez Madroñero fue en el s. XVIII el depurador de nuestras costumbres. Hollywood es hoy el gran corruptor de casi todos los pueblos de la humanidad. (Cf., sobre el sentido general de este párrafo, el citado texto de Toynbee -*An Historian's Approach to Religion*- y, por ejemplo, la *Historia contemporánea de América Latina*, de Halperin -Alianza Editorial, S. A. Madrid, 1975, pp. 280-538; en particular, por ejemplo, pp. 294-295, 358, 378, 416, 430, 433, 436-437, 443-444, 447-450, 463-464, 470-471, 482-483 y 485-. Sobre Díez Madroñero, *Los orígenes venezolanos*, de Jules Humbert. Academia Nacional de la Historia. Colección Fuentes para la Historia Colonial, n. 127. Caracas, 1976, pp. 136-140).

-) La *cuarta*, precisamente que el imperio estadounidense intrigaría para hacer abortar cualquier intento semejante, como lo hizo con el bellissimo experimento de Vasconcelos en México (cf. Vasconcelos, José. *Memorias*. Volumen III, *El desastre y El proconsulado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993, pp. 137-139 y 742-923).

-) La *quinta*, y la más importante, la mencionada dispersión cultural de nuestro mundo. Nuestros intelectuales se encuentran en la maraña contradictoria de movimientos culturales europeos o norteamericanos de pies a cabeza y el pueblo mismo ha sido confundido por ella a través de la educación formal o de los medios de comunicación de masas o de la criminal difusión de las sectas californianas. Esta maraña esteriliza a la Universidad. ¿Por qué? Porque, como queda dicho, para cumplir su misión, la Universidad tiene que propiciar discusiones radicales y búsqueda desinteresada de la verdad que den lugar al nacimiento de una jerarquía de bienes que tenga relevancia pública. Pero esas discusiones radicales y esa búsqueda suponen que el profesor-pensador pueda transmitir a sus discípulos una visión entera del cosmos y que pueda luego ponerla a prueba en discusiones sistemáticas. La estructura misma de la Universidad actual impide ambas cosas: la especialización y atomización de las cátedras hace imposible transmitir visión alguna en las aulas. El desacuerdo entre los profesores hace muy difícil cambiar la estructura. Por lo mismo, no hay espacios ni momentos para discutir hasta las últimas raíces una tesis. Por esto, el Espíritu¹⁸, que

18. Obviamente, se entiende aquí por *Espíritu* algo distinto a lo que se había dicho arriba, en los NN. 2 y 3. Se trata de la dimensión superior de la cultura, el estrato superior del *espíritu del pueblo*. En éste se encuentran

debería encarnarse en la Universidad, está a merced del Poder, y éste comete las mayores atrocidades sin que haya hombres formados filosóficamente para no dejarse engañar por las cortinas de humo ideológicas y para poner límite a los desafueros.

MacIntyre señala que la Universidad medieval sí cumplió en el siglo XIII su misión, entre otras cosas, por la realización de verdaderos debates abiertos¹⁹. Por esto puede servir de modelo. A nosotros, como hispanos, nos toca añadir que también lo hicieron la Universidad de Salamanca en el siglo XVI y la de Chile en el XIX.

22. Hispanoamérica, como sabemos, tiende a la utopía. La razón de ello es la nobleza del origen. Dejando de una vez de lado la ceguera del odio que engendró la Guerra de Independencia, con Henríquez Ureña y Briceño-Iragorry, podemos reconocer que España fue el primer pueblo conquistador que discutió la moralidad de su Conquista mientras ésta se encontraba en curso. Nosotros nunca dudamos de la humanidad de los indios, como han querido hacernos creer la propaganda y la mala conciencia de los anglosajones, exterminadores de razas. No sólo no dudamos, sino que entablamos uno de los más hermosos debates de la historia de la humanidad. Y Salamanca, que era una encarnación del Espíritu cuya voz tenía repercusión pública porque dirigía verdaderamente al Poder, nos orientó hacia la humanización del sojuzgamiento del indígena, que de otro modo se hubiera llevado a cabo de un modo completamente bárbaro. Pero esto fue posible porque había cierta unidad espiritual en Salamanca, porque la Universidad miraba a los problemas suscitados por nuestra propia cultura y porque en ella se podía buscar libremente la verdad -investigando las cuestiones hasta sus más hondas raíces y discutiéndolas sin cortapisas-. También porque esa búsqueda de los principios no se había cerrado a Dios ni a la Providencia, que son, en el decir de Platón en *Leyes X*, la única razón poderosa que aparta -en último término- a los hombres de la injusticia (Cf. sobre lo dicho en este párrafo, la obra ya citada de David Brading, pp. 79-101; y, también, Henríquez Ureña, Pedro. *La cultura y las letras coloniales en Santo Domingo*, p. 88. En: *Ensayos en busca de nuestra expresión*. Editorial Raigal, Buenos Aires, 1952, pp. 86-89; y Briceño Iragorry, Mario. *Mensaje sin destino*, pp. 477-478; e *Introducción y defensa de nuestra historia*, pp. 570 y 593-594. Ambos, respectivamente, en: *Obras selectas*. Ediciones Edime. Madrid-Caracas, 1966, pp. 456-529 y 531-625).

23. Otro ejemplo lo tenemos en la Universidad chilena de Bello. Para captarlo en toda su profundidad, y para que comprendan cómo se hace una verdadera revolución, les recomiendo la lectura de su *Discurso* de instalación de la Universidad, del 17 de septiembre de 1843; y de la *Memoria* presentada al Patrono de esa institución el 29 de octubre de 1848:

diversas líneas culturales; unas accesibles a las masas y otras a las que inevitablemente acceden sólo minorías. Es a lo que Schopenhauer se refería al decir que la mayor parte del pueblo (alemán) sigue pensando en la realidad como si no hubiera vivido ni escrito Kant (Cf., VOEGELIN, Eric). De esas líneas accesibles a las masas depende la articulación del poder para la acción política. En las otras es donde se encuentra la más auténtica vida universitaria. Como enseñan ya muy bien los clásicos griegos (Cf., por ejemplo, *República IX*), ellas deben empapar toda la vida del pueblo, por medio -por ejemplo- de la legislación; pero, obviamente, en la vida de la masa deberá jugar siempre un papel importante la fe en la sinceridad y sabiduría de los pocos que pueden entender (que entienden aun los límites de la razón humana). Sé que esto que digo sonará aborrecible a los numerosos intelectuales de nuestro tiempo que viven en utopías (utopías no hispánicas, por cierto), pero se trata de una realidad innegable.

19. Nosotros podríamos instaurarlos en nuestro Conjunto de Auditorios, aun antes de que se emprendieran reformas más difíciles.

-) En esos documentos se ve, en primer lugar, lo que decía al inicio: la captación de que en una sociedad, para que no se quede a oscuras, hace falta una fuente de luz, una institución que contemple la verdad desinteresadamente y la incorpore al lenguaje del pueblo. Nótese que dije *desinteresadamente*. Hoy se han impuesto corrientes de pensamiento que quieren reducir toda expresión cultural a la voluntad de placer, riqueza o poder. Pero en la Universidad debe buscarse lo verdadero por sí mismo, no para servir a intereses de grupo. Tanto en Platón -en los libros VIII y IX de su *República*- como en Aristóteles -en el libro I de su *Ética a Nicómaco*-, pueden ver un reconocimiento de los diversos principios de la acción humana y una entronización de la voluntad de verdad, digamos así, frente a la voluntad de poder o de placeres. Algo semejante pueden encontrar en Víctor Frankl, frente a Freud o Adler. También en el catolicismo europeo anterior al nominalismo y en nuestro catolicismo hispánico. Éste era la fuente de inspiración del sabio venezolano radicado en Chile.

-) En esa dichosa república se dio en las décadas de 1830-1850 una confluencia de hombres notables de Hispanoamérica. Ellos se entregaron a discusiones fecundas y libres que orientaron la acción pública. Hasta 1851, casi siempre se impuso el verbo de nuestro Andrés Bello, pero sólo por la fuerza persuasiva de sus argumentos. Piénsese, por ejemplo, en las trascendentales discusiones con Sarmiento sobre la conveniencia de centrar los esfuerzos en la Universidad o en la escuela elemental; y las no menos importantes discusiones sostenidas con Lastarria, sobre la valoración del pasado hispánico. (Véase el *Comentario a la Memoria presentada por Lastarria a la Universidad el 22 de septiembre de 1844*, en el libro citado, pp. 97 y ss.; y los tres trabajos que lo siguen allí mismo). A partir de 1851, lamentablemente, el diseño que había concebido Bello para la Universidad fue derrotado en el propio Consejo Universitario (puede verse un resumen de estos hechos y una valoración lúcida, en SASSO, Javier. *La filosofía latinoamericana y las construcciones de su historia*. Monteávila Editores Latinoamericana. Caracas, 1998, pp. 118-122 y 224-225).

-) Bello era un sabio, lo cual es bien distinto de ser un *tecnócrata*. Por esto, aunque buscaba “los adelantamientos en todas las líneas”, ponía los de la moral y la política sobre los de las ciencias naturales o la técnica. Las letras, para él, valían más que los placeres brutales del mercado y el bienestar, que son los únicos que nos proporciona la civilización norteamericana: sabía que ellas producen placeres más sutiles, pero más intensos, estables y elevados. Y a la religión positiva, el Cristianismo, no la concebía en pugna con la razón, sino en una armonía que constituye el centro mismo de una institución sapiencial sana en un país ampliamente católico, como lo era Chile (*cf.*, en la edición de Pedro Grases, las pp. 30-31, 35 y 59).

-) Andrés Bello amaba a su Patria adoptiva. Por esto no se le pasa por la cabeza construir una institución que viva de espaldas a la realidad chilena. De aquí que diga: “[...] en éste, como en los otros ramos, el programa de la universidad es enteramente chileno: si toma prestadas de Europa las deducciones de la ciencia es para aplicarlas a Chile. Todas las sendas en que se propone dirigir las investigaciones de sus miembros, el estudio de sus alumnos, convergen a un centro: la patria” (pp. 36-37). No puede ser la Universidad, si no quiere traicionar su misión, una mera repetidora de las formulaciones que han hecho otras sociedades (pp. 68 y ss.). El no seguir esta máxima ha sido el origen de muchos de nuestros problemas. Nuestras instituciones *académicas* muchas veces se han limitado a copiar, y a menudo no la búsqueda de los principios, sino unos resultados muertos, desconectados de los problemas que les dieron origen. No han descubierto lo que la verdad nos exige a nosotros, aquí y ahora.

-) Y, aunque sabía Bello que la Universidad tenía como primera misión ser fuente de luz, le impuso también la tarea de difundirla. Y pensó muy bien cuáles serían los medios adecuados: la formación de maestros, la redacción de buenos libros y la invención de buenos métodos. Pero, además, encargó a una sección de la Universidad “de velar sobre la instrucción primaria, de observar su marcha, de facilitar su propagación, de contribuir a sus progresos”. Y dejó sentado que “el fomento, sobre todo, de la instrucción religiosa y moral del pueblo es un deber que cada miembro de la Universidad se impone por el hecho de ser recibido en su seno” (p. 34).

-) Los proyectos del *Discurso* fueron llevados a la práctica. La labor constante de hombres sabios produjo en apenas cinco años unos frutos sorprendentes, como se ve en la *Memoria*: se fortaleció considerablemente la Escuela Normal; se inspeccionaron y supervisaron las escuelas de casi toda la República, atendiendo a sus demandas de auxilios, con el apoyo del Gobierno, sustituyendo los libros inútiles o perniciosos por buenos libros impresos en Chile y distribuidos a un precio ínfimo o gratuitamente y velando por la ejemplaridad de los preceptores; se revisaron programas y textos y se compusieron o tradujeron y adaptaron a las escuelas de Chile. En esas composiciones se cuidó la calidad del contenido, pero también la sencillez y pureza del lenguaje. Se elaboró un proyecto de ley, no etéreo sino apoyado en los recursos institucionales de la Universidad, dirigido a reorganizar la instrucción primaria, ampliando y mejorando la enseñanza, y a hacer del preceptorado una carrera honrosa. Se encargó a Sarmiento de una investigación de los métodos que se usaron en otras sociedades para ampliar y mejorar la educación primaria, y se adaptó cautamente a la realidad chilena. Se crearon Salas de Asilo para instruir y moralizar a la niñez más indigente, sin dejar por ello de fomentar -en lugar de destruir, como hemos hecho nosotros tantas veces- la acción de las órdenes religiosas y otras asociaciones pías en ese mismo terreno. Se fortaleció la enseñanza del dibujo lineal, se preparó la creación de la Escuela de Artes y Oficios. Se distribuyeron honores y distinciones a iniciativas particulares que fomentaban las artes liberales o la caridad cristiana. Se fortalecieron y expandieron la instrucción preparatoria y superior, mirando, entre otras cosas, a la educación integral de las jóvenes -sin perder de vista la distinción natural de los sexos (p. 57)- y a la transmisión de una cultura cívica y de urbanidad. Se introdujeron oposiciones para la provisión de cargos académicos. Se reformaron los estudios de la Academia Militar y del Seminario. En aquélla, la Academia, como en las demás instituciones educativas, ocupaba lugar privilegiado la Religión, junto a las más variadas disciplinas dirigidas a formar hombres cultos y vigorosos. Se encomendó al Instituto Nacional el aplicar exámenes que habilitaban para la enseñanza profesional a los alumnos de todos los colegios, públicos o privados. Se expandió considerablemente la investigación, muy orientada hacia la realidad chilena (pp. 63 y ss.). Etc., etc.

Con lo dicho pueden ya imaginarse la profundidad que alcanzó en Chile la revolución producida por Bello, y por la oligarquía que lo apoyó.

24. Este ejemplo, unido al programa que esboqué antes (*cf.* nn. 13-19), puede servirnos para captar que es posible mejorar la realidad de la civilización presente. Ciertamente que exige esfuerzos titánicos y -también- un poco, o un mucho, de ayuda de la Providencia. Pero, vale la pena jugarse en esto la vida. Quizás la Universidad Simón Bolívar pueda ser la institución que preste este servicio sublime en Venezuela. A los universitarios y, en particular, a los alumnos, lo que toca ahora es estudiar seriamente y luchar por que eso que estudian, si es bueno, informe verdaderamente sus vidas. Si no ponen sus

esfuerzos en acomodar radicalmente su conducta a la verdad, serán mañana nuevos factores de desorden en este mundo desorientado.

No basta el estudio. Hace poco, un alumno de post-grado me hacía notar que lo que busca la gente que visita a un psicoanalista es una ayuda para cortar ataduras vitales, que esterilizan a la persona en algún aspecto de su actividad o en la orientación general de ésta. Se trata de ataduras que no pueden romperse con un saber frío y abstracto, sino con un saber concreto, acompañado de la acción. En tiempos pasados, añadía él, la función del psicoanalista la cumplían la ascética y la mística. Quizá tenga razón. Quizá se haya topado con una experiencia semejante a la de San Agustín: éste nos dijo que encontró en los libros de los platónicos lo que debía hacer. Pero no podía. La fuerza para hacerlo la descubrió más tarde, al conocer a San Pablo²⁰.

25. Nuestro pueblo tiene un espíritu propio, aunque padezcan ceguera respecto de él los alienados. La Universidad venezolana tendría que ser expresión de ese espíritu, si es que quiere dar sentido a la vida del pueblo y librarlo de las pesadas cadenas de la explotación colonial angloamericana. Para ello se necesita altura intelectual que, como dije, podemos obtener de los clásicos. Como sé, sin embargo, que sobre muchos venezolanos pesa un complejo de inferioridad paralizante, juzgo conveniente apoyarme en unas palabras del más grande humanista que ha dado la América, nuestro Andrés Bello:

La ley que dio forma jurídica a la Universidad de Chile, “[...] inspirada, en mi humilde opinión, por las más sanas y liberadas ideas, ha encargado a la Universidad, no sólo la enseñanza, sino el cultivo de la literatura y las Ciencias; ha querido que fuese a un tiempo Universidad y Academia; que contribuyese por su parte al aumento y desarrollo de los conocimientos científicos; que no fuese un instrumento pasivo, destinado exclusivamente a la transmisión de los conocimientos adquiridos en naciones más adelantadas, sino que trabajase, como los institutos literarios de otros pueblos civilizados, en aumentar el caudal común. Este propósito aparece a cada paso en la Ley Orgánica, y hace honor al Gobierno y a la Legislatura que la dictaron. ¿Hay en él algo de presuntuoso, de inoportuno, de superior a nuestras fuerzas, como han supuesto algunos? ¿Estaremos condenados todavía a repetir servilmente las lecciones de la ciencia europea, sin atrevernos a discutir las, a ilustrarlas con aplicaciones locales, a darles una estampa de nacionalidad? Si así lo hiciéramos, seríamos infieles al espíritu de esa misma ciencia europea, y la tributaríamos un culto supersticioso que ella misma condena. Ella misma nos prescribe el examen, la convicción concienzuda [...]” (pp. 63-64).

Hoy se ven no pocos signos de corrupción de la cultura europea, y de su retoño estadounidense. Debemos, por eso, a ir más allá que Bello. Nadie puede pensar por nosotros los problemas prácticos, técnicos o teóricos que nos son propios. *Sapere aude!*, decía el hombre europeo moderno. Digamos también a cada uno de nuestros jóvenes: *atrévete a pensar por tí mismo.*

20. GILSON, Etienne, *Introduction a l'étude de Saint Augustin.*

§ 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

Sonia Picado

Presidenta del Instituto Interamericano
de Derechos Humanos, Costa Rica

I. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ÉTICA

En su acepción más general, se ha definido la ética como el estudio de lo bueno y de lo malo. Este no es sólo un concepto estrecho, sino también equivocado, pues definir lo *bueno* o lo *malo* nos lleva al plano de la subjetividad individual, inaceptable para cualquier intento de análisis serio del tema.

John Hospers inicia su texto sobre *La Conducta Humana*, con una serie de cuestionamientos sobre problemas morales: ¿Estarías dispuesto a meter tu brazo en un fuego vivo y mantenerlo allí durante diez minutos si de este modo pudieras salvar la vida de tu vecino más cercano? ¿Quisieras que él hiciera lo propio para salvar tu vida? Si alguien está constantemente irritándote y pinchándote hasta hacerte casi enloquecer, y pudieras darle un veneno inodoro pero mortal, sin la menor posibilidad de ser descubierto, lo harías?... ¿Qué prefieres ser honrado y que te consideren ladrón o ser un ladrón y que te consideren un hombre honrado?¹. Podríamos llevar al infinito el número de preguntas de contenido ético variable, y que, de ser contestadas por diversos individuos, nos darían una amplia gama de respuestas, ciertamente controversiales.

A partir de Tomasio y Kant son múltiples los esfuerzos por distinguir la moral individual tanto de las normas del trato social como de las jurídicas y de darle un espacio a la ética en el fuero interno del individuo. En este sentido, Henrich Henkel señala cómo la moral no debe dividirse, sino que es preciso distinguir las diversas esferas que la integran. La moral autónoma es la conciencia del individuo que determina su comportamiento y luego actúa como instancia juzgadora sobre su cumplimiento. Los sistemas de ética superior religiosa y profana, cuyas normas son vinculantes tan sólo para quienes se adhieren a sus preceptos y finalmente la esfera de la moral social, que consiste en el conjunto de las exigencias que la sociedad formula a sus miembros. Se da entonces, un *espíritu común moral* semejante al ordenamiento jurídico que surge en cada sociedad².

Dado lo complejo del tema y para fines de este análisis general, es preferible definir la Ética como: “el conjunto de principios fundamentales que rigen una vida en un marco personal o profesional, en una sociedad determinada”.

En la actualidad, la Ética Pública se encuentra cuestionada y las estadísticas muestran un permanente deterioro de la confianza en la clase política y una debilidad creciente de las instituciones públicas. Si para Platón la política era el arte por excelencia, privilegio de los filósofos gobernantes, no hay duda de que hoy en día se percibe al político más bien como el personaje de Maquiavelo, hábil, astuto y falso.

1. Editorial Tecnos, Madrid 1979.

2. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ediciones Taurus, Madrid 1988, pp. 120 y ss.

La ética pública debe enmarcarse dentro del sistema democrático de gobierno que impera en la mayoría del mundo pero es indudable que la democracia en la actualidad no es la misma que soñó Rousseau, en la pequeña Ginebra de su época. La democracia actual opera con base en partidos políticos, grupos de presión o interés, que teóricamente hacen más real el gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo, pero que, en un mundo cada vez más globalizado y agresivo, el individuo se siente aislado del poder e impotente para ser escuchado por quienes lo dirigen.

En su libro sobre *La Ética Parlamentaria en Costa Rica*, Marina Ramírez señala “El servicio público es una actividad profesional en la que participan personas de la más diversa formación, realizando una gama enorme de actividades y funciones específicas. En el servicio público o acción pública en términos más amplios, intervienen la llamada clase política, aquella conformada por los líderes escogidos por la comunidad—normalmente por períodos constitucionalmente establecidos para que determinen los valores fundamentales de la sociedad y fijen y lleven adelante las políticas públicas para su actuación”³.

El fenómeno de la corrupción no es exclusivo del sector público ni de los políticos, sino que, por el contrario, cada día parece permear más todas las capas sociales y, en diversos grados, todos los países del mundo. Dados sus nocivos efectos para la vida democrática y el desarrollo de los pueblos, el estudio de este problema es objeto de un amplio debate en los más diversos foros y conferencias que buscan sociedades más justas y equitativas. Turku Abdul Aziz, Vicepresidente de Transparencia Internacional, hablando en Malasia durante el lanzamiento del informe del 2002 dijo: “El IPC ha confirmado una vez más que la corrupción es un mal que aflige no sólo a los países en vías de desarrollo, sino también al mundo desarrollado. La corrupción es neutral. No respeta a ninguna Nación por grande o pequeña que sea, ni por rica o pobre que sea. Por lo mismo es de fundamental importancia que tanto el Norte como el Sur se metan de lleno en la tarea de confrontar la corrupción de manera enérgica y decisiva”⁴.

Los estudiosos del tema reconocen en la corrupción una compleja naturaleza originada en la diversidad de sus fuentes y manifestaciones, pero también en la serie de prejuicios que dificultan su comprensión. Por lo anterior, es esencial no dejarnos llevar por una serie de mitos que dominan la percepción popular, y a veces no tan popular, del problema. En este sentido y en otros casos que veremos más adelante, la discusión del tema no debería limitarse exclusivamente a la situación de los valores en una determinada sociedad ni concebirse como un problema de personas, o más bien de *malas personas*, corregible simple y esencialmente por medio del discernimiento entre *lo honesto* y *lo deshonesto*.

A pesar de que la moral constituye un elemento clave en esta materia, debemos cuidarnos de no limitar el análisis de la corrupción a este enfoque puesto que, concebirlo como un problema exclusivamente de esta naturaleza, impide crear las condiciones necesarias para eliminarlo o reducir significativamente sus alcances, creando una sensación de impotencia que contribuye a aumentar la vulnerabilidad del sistema de frente a este mal.

3. *Ética en la función pública; una aproximación al tema*, Proel, San José, Costa Rica 1996.
4. Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional 2002, p. 3.

II. LA CORRUPCIÓN COMO ANTI-ÉTICA

La definición de corrupción es objeto de amplios debates, pero para fines de este trabajo, se utilizará una simple y concreta: *el abuso de la función pública para el beneficio privado*.

Respecto a las causas que dan lugar a la corrupción se dan diversos enfoques. En sectores calificados de *neoliberales*, se trata de una manifestación de los mercados negros originados por el exceso de intervencionismo estatal. Estos estiman que cuanto más interviene el Estado, más reglamenta y más fomenta la burocracia, agravándose el riesgo de comportamientos delictivos. Por el contrario, los que no están convencidos de la perversidad intrínseca del Estado o de los méritos evidentes del mercado, mencionan como causa el debilitamiento de la ética pública, la deslegitimación del Estado como encarnación del interés general, la disolución de los valores colectivos por la búsqueda del beneficio y la defensa de intereses egoístas y privados.

Otra discrepancia se da alrededor de la supuesta *novedad* del fenómeno y su explotación con fines políticos. Tengamos en cuenta, en este caso, que en el pasado algunas manifestaciones de la corrupción eran disimuladamente toleradas y que la complejidad de las actividades económicas era menor, pero la realidad es que formaba parte, en menor o mayor grado de la cultura de la gran mayoría de los pueblos.

Igualmente se discute sobre la *extensión* del problema y aquí la discusión es prácticamente insoluble habida cuenta de la naturaleza misma del fenómeno objeto de este análisis. La corrupción es en síntesis una transacción clandestina salvo allí donde, por ser ya sistemática, disfruta de una *status* casi oficial⁵.

No es posible analizar este tema sin mencionar la *ecuación básica de la corrupción*, elaborada por Robert Klitgaard en 1988, que señala; *Corrupción=monopolio de la decisión pública + discrecionalidad en la decisión política - responsabilidad de rendir cuentas por las decisiones tomadas*. Según esta ecuación fundamental, la corrupción encuentra su terreno mejor abonado cuando las decisiones públicas se toman en régimen de monopolio (personal u organizacional) con amplias facultades discrecionales y sin rendición de cuentas⁶. La aplicación de esta fórmula resulta muy adecuada en cualquier espacio en donde se pretenda comprender y, en especial, combatir la corrupción.

Debe también mencionarse la tipología de Heidenheimer quien hace una distinción entre la corrupción blanca, en la que prácticas usuales discutibles no son percibidas por la opinión pública como una manifestación del fenómeno. La corrupción negra, en la que de manera general se estima la acción como violatoria de la ética pública y la corrupción gris, entendida como una amplia zona que bordea los límites de lo aceptado por la mayoría y que produce permanentes distorsiones es el caso por ejemplo, de la financiación a los partidos políticos⁷.

Hasta hace poco tiempo, los economistas hacían caso omiso del problema. Esto no debería llevarnos a conclusiones engañosas, tendientes a menospreciar el efecto del fenómeno en el crecimiento económico y en el potencial de la sociedad para mejorar sus estándares de vida. Sin embargo, la explicación de la influencia de la corrupción sobre la pobreza o la riqueza de un país, hay que buscarla en las condiciones particula-

5. Sobre este tema V., MÈNY, Ives, *La Corrupción de la Republique*, Fayard, París Francia 1992.

6. V., www.unesco.org.

7. Banco Mundial en www.worldbank.org.

res de cada sociedad, sin permitirnos la tentación de las generalizaciones. En este sentido, la ausencia de corrupción, o la presencia de niveles bajísimos, no necesariamente nos hará *más ricos*, pero la combinación de altos niveles y la *sensación de impunidad* (aunque sólo fuera eso una sensación) definitivamente obstruyen nuestras posibilidades de mejorar en cualquiera de los campos que contribuye al desarrollo humano. Esto último, especialmente, nos debería indicar que el problema, o más bien su capacidad de limitar las opciones de una sociedad en materia de desarrollo, estaría entonces no en la presencia o en la ausencia del fenómeno, sino en la forma como se le enfrente.

Existe una gran diferencia entre la manera como la corrupción se da en algunos países como Italia, México e Indonesia en donde tiene profundas raíces culturales y lo que observaríamos en Inglaterra, Holanda, Suiza o los Países Escandinavos, para citar algunos ejemplos, donde se presenta con carácter de excepción. Los factores que contribuyen para que así sea son diversos, y no podríamos tomar como explicación suficiente la presencia de una moral más sólida. Allá observaríamos, por ejemplo, la investigación de oficio realizada por los tribunales, y sobre todo una sincera y activa censura moral de parte de la ciudadanía. El informe de Transparencia Internacional del año 2002, ubica a Finlandia en el primer lugar con un puntaje de 9.7 y a Bangladesh en el último con 1.2. Enfatiza el informe en que “las élites políticas corruptas y los inversionistas inescrupulosos paralizan el crecimiento sostenible, así en América Latina la democracia sufrió un gran revés en Argentina, donde la corrupción ha aumentado, al igual que en Panamá, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Bolivia, Ecuador, Haití y Paraguay con un puntaje de 3 o menos en el IPC 2002.

Las encuestas demuestran la enorme preocupación que existe sobre el tema. Sin embargo, ese mismo ciudadano que protesta airado contra la corrupción, es incapaz de respetar las señales de tránsito, de mantener limpias las ciudades, o de entender que si desea un buen funcionamiento de los servicios públicos debe pagar impuestos.

Siempre dentro del ánimo de erradicar concepciones impropias o inexactas, debemos advertir la inconveniencia de concebir la corrupción como un fenómeno compuesto esencialmente por actos delictivos de gran magnitud *-escándalos-*, que además tendemos a concebir como exclusivos de la administración pública. Este es un fenómeno social y cultural, indiferente a las condiciones económicas de las personas, en el que se involucran representantes de los distintos sectores de la sociedad. Una de las fuentes de la corrupción, al menos en nuestro medio, estaría en la dificultad para ajustar la conducta del funcionario público y de los particulares a la determinante diferencia entre bienes públicos y privados. Los países receptores de la tradición romana de gobierno, de la que nosotros participamos desde la colonia española, tienen serias dificultades de orden cultural para hacer esta distinción.

A lo anterior se suma la inflación legislativa que padece nuestro ordenamiento y que, entre otras formas, se manifiesta en la presencia de una legislación reglamentista, de contenido frecuentemente ambiguo, donde la competencia institucional es igualmente imprecisa, y las sanciones por su incumplimiento son a veces inaplicables y otras ridículamente leves. Esta condición, al combinarse con aparatos burocráticos dominados por trámites engorrosos, cuya razón de ser es poco clara o del todo inexistente, contribuye a estimular un medio en el que la *propina* necesaria para *aceitar el sistema* no sólo es aceptada disimuladamente, sino que se convierte en parte de la vida diaria. A lo anterior debemos sumar el hecho de que no todas las acciones que identificaríamos como parte de un cuadro de corrupción, están tipificadas como delitos o son susceptibles de serlo, lo que haría natural pensar en la moral como el medio para identificar lo que es y

no es corrupción. Sin embargo, en nuestra cultura, este recurso, como ya se mencionó, tiene sus límites, por lo que debemos reforzarlo con una serie de medidas complementarias.

Por todo lo anterior, las campañas para el rescate de valores, y la acción policial y judicial son útiles para lidiar con la maleza superficial, pero no con sus raíces. Estas irremediablemente reproducirán las formas de corrupción, y las actitudes que la permiten, con la misma intensidad que los organismos policiales y judiciales la persiguen, pues en ambientes como el nuestro, la solución para esto es provocar una transformación en la cultura. Lo importante no es que pensemos en algo distinto, sino en algo más. Algo que demande creatividad, tanto para exponer el origen y las dimensiones del fenómeno como para conseguir involucrar, aunque sea sólo emocionalmente, a una ciudadanía pasiva e incrédula, sin la cual no habrá esfuerzo que pueda dar resultados tangibles. En este sentido, dirigirse a la ciudadanía como a un individuo crítico, al que es necesario recuperar mediante la información y el convencimiento, así como por la coherencia y claridad de la acción política, es esencial. Cuando la incredulidad del pueblo alcanza los niveles a que hemos llegado en nuestros países, la sola denuncia del supuesto corrupto y su procesamiento, incluso cuando se acompaña de una gran despliegue periodístico, no necesariamente se percibe como un paso adelante en la lucha contra este fenómeno, sino como la confirmación de que éste crece en forma incontenible.

III. RETOS Y POSIBLES SOLUCIONES

Rafael Di Tella, del Harvard Business School, destaca tres iniciativas que deben ser consideradas en la actualidad:

a) En primer término, las organizaciones no gubernamentales, dedicadas a analizar y denunciar la corrupción. Algunas merecen citarse a pesar de su relativo éxito: “*La Comisión Independiente Contra la Corrupción*” de Hong Kong, la Oficina de Ética en Argentina, adjunta al Ministerio del Interior, circunstancia que le resta credibilidad ante la opinión pública y la más reciente, *Transparencia Internacional*, antes citada, cuyos informes son analizados con interés creciente en la esfera política y económica mundial.

b) El rol del Estado en el financiamiento de los partidos políticos. En este tema tan delicado el pago adelantado de la deuda política, como en el caso de Costa Rica, es una opción válida en esa dirección, en el tanto que abre posibilidades para limitar las contribuciones privadas.

c) Finalmente, debe destacarse la importancia de la libertad de prensa, aspecto en que coinciden todos los analistas. Una prensa fuerte y libre es indiscutiblemente un arma poderosa para luchar contra la corrupción. Por esta razón deben reforzarse todas las instancias que la fortalezcan. La *Declaración de Chapultepec* es un esfuerzo valioso en esa dirección⁸.

8. “Corruption; a review of Recent Trends”, *Diálogo Interamericano*, Washington D.C. diciembre 1997.

IV. INSTANCIAS INTERNACIONALES

En la actualidad no pueden ignorarse los múltiples esfuerzos que se realizan para crear normas internacionales que ayuden a combatir este flagelo de manera coordinada. La *Convención Contra La Corrupción* que entró en vigencia el seis de marzo de 1997, cumple un papel trascendental en el Sistema Interamericano, al establecer los medios de cooperación indispensables para prevenir, detectar y sancionar la corrupción. En su preámbulo se señala que *la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos*. Esta Convención establece medidas preventivas y otras de carácter penal, pero dicta además pautas para la colaboración entre los países, sin la cual no es posible entablar ninguna lucha que pretenda tener éxito.

La profusa legislación internacional que existe hoy en día, es una consecuencia del progresivo desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se inicia en 1948 con la promulgación de las *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, cuya vigencia en estos cincuenta años, ha permitido crear conciencia sobre valores comunes a la humanidad de profundo contenido ético y moral. Si en sus inicios la Declaración fue tomada como un simple esbozo de buenos principios, hoy nadie pone en duda el carácter vinculante de sus normas fundamentales. Es dentro de este contexto y con el mismo espíritu que debemos analizar la *Declaración contra la Corrupción*.

El respeto a los Derechos Humanos como eje central de la Democracia y el Desarrollo, permite orientar esta lucha con base en un ideal común de aspiración ética. Como todo ideal, es necesario vivirlo para interiorizarlo y exigirlo para convertirlo en símbolo hacia el futuro. Al dejar atrás el convulsionado siglo XX y con la mirada puesta en el amanecer del siglo XXI, este es un reto que vale la pena abrazar si realmente deseamos consolidar nuestro desarrollo y afianzar la democracia.

«CURRICULUM VITAE»

Allan R. Brewer-Carías

Nacido el 13 de noviembre de 1939 en Caracas, Venezuela

I. Títulos, cursos y distinciones académicas

1960-1969

- Abogado (Diploma Summa Cum Laude), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 21/08/62.
- Cursante de las materias del Curso de Derecho Administrativo, (Profesores M. Waline, Ch. Einsenman, R. Charlier), Tercer Ciclo, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de París, Francia (1962-1963), becado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa.
- Doctor en Derecho (con la más alta mención que conceden los Reglamentos Universitarios), con la Tesis Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana (Jurado: Gonzalo Pérez Luciani, Enrique Pérez Olivares, Tomás Polanco Alcántara), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 24/04/64.
- Cursante del Seminario sobre Expropiación Forzosa, a cargo del Profesor Sebastián Martín Retortillo, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.
- Ponente General sobre el tema Le régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Uppsala, Suecia, agosto 1966.
- Miembro Correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, 1966.
- Cursante del Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la Integración para Profesores de Derecho, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, marzo de 1967.
- Premio Luis Sanojo, 1963-1964, por el libro Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, (Jurado: Antonio Planchart Hernández, Joaquín Gabaldón Márquez y Francisco Manuel Mármol), otorgado por la Fundación Rojas Astudillo, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Caracas 1967.
- Miembro de la Sociedad Interamericana de Planificación, 15/05/68.
- Miembro Suplente del Comité Ejecutivo del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas (1968-1971).

- Primer Premio del Concurso para Fomentar Estudios Especializados sobre Control Fiscal, por el trabajo El Control de las actividades económicas del Estado en el Derecho Venezolano (Jurado: Evaristo Sourdis, Contralor General de la República, de Colombia; Gonzalo Hernández Uribe, Sub-Contralor General de la República de Chile; Luis A. Pietri, Contralor General de la República de Venezuela), Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras, Caracas, 1968.

1970-1979

- Ponente General sobre el tema Los límites a la libertad de información (prensa, radio, cine y televisión) en el Derecho Comparado, en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Pescara, Italia, agosto-septiembre de 1970.
- Vicepresidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (1971-1977), Roma, septiembre 1971.
- Fundador y Director del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1972-1986
- Miembro de la International Association for Water Law, octubre 1974.
- Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Venezolana de Planificación (1972-1973), Caracas, junio 1972.
- Ponente Gneral sobre el tema Regionalization in Economic Matters in Comparative Law en el IX International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Teherán, agosto-septiembre 1974.
- Presidente de la Asociación Internacional de Derecho de Aguas, AIDA (1976-1989), febrero, 1976.
- Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1976 al libro Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela, (Jurado: Alejandro Urbaneja A., José Loreto Arismendi, Francisco Manuel Mármol), Caracas, 20/09/76.
- Premio Anual a la Investigación al libro Cambio Político y Reforma del Estado, de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1974-1976), Caracas, 24/11/76.
- Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina, 28/10/77.
- Profesor Honorario del Colegio Mayor Nuestra Señora de El Rosario, Santafé de Bogotá, 24/07/78.
- Individuo de Número (Sillón N° 10) de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1978.
- Secretario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, Caracas, 1978-1987.
- Mención de Honor en el Premio XX Aniversario del Ministerio de Justicia, al libro Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas 1979.

1980-1989

- Miembro de la Societé de Législation Comparé, París, 1981.
- Premio Nacional del Ciencias (Ciencias Sociales), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, CONICIT, Caracas, julio 1981.
- Miembro del Comité Asesor del Volumen XVII, State and Economy de la International Encyclopedia of Comparative Law, La Haya, 1980.
- Director y Editor de la Revista de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Publicación Trimestral, Caracas, 1980-2003.
- Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, desde 1981.
- Director y Editor de la Revista de Estudios Políticos, Editorial Jurídica Venezolana, N° 0, Caracas 1981; N° 1, Caracas 1982.
- Ponente General sobre el tema Descentralización Política, Autonomía Territorial y Regionalización Política, XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Caracas, septiembre de 1982.
- Académico Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, enero 1982.
- Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.
- Miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1984.
- Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, desde 1985.
- Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado, 1982-1985.
- Profesor Invitado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España, diciembre 1986.
- Profesor Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, octubre de 1987.
- Participación en la Misión de Observación Electoral del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos a Santiago de Chile, Santiago de Chile, abril 1988.
- Miembro Correspondiente por Venezuela de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, mayo 1989.
- Observador Internacional de CAPEL a las Elecciones de Bolivia, La Paz, abril 1989.

1990-2003

- Ponente General sobre el tema Las limitaciones constitucionales y legales contra impositores confiscatorias en el XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal, agosto de 1990.
- Cátedra Fundacional de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías (Iniciativa del Prof. León Henrique Cottin), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, febrero 1991.

- Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, mayo 1993.
- Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 18/05/92. Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto 1995.
- Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, agosto 1995.
- Miembro Correspondiente Extranjero, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá 1996.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad Carlos III de Madrid, España, septiembre 1996.
- Miembro de Honor de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), España, octubre 1996.
- Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, 1997.
- Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1997-1999), Caracas, marzo 1997.
- Observador Internacional de las elecciones a Panamá, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Panamá, mayo 1994.
- Miembro del Jurado del Concurso de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, para Profesores, Titulares, Asociados y Adjuntos, Buenos Aires, Argentina, mayo 1997.
- Miembro de la Corte Española de Arbitraje, 1998.
- Miembro Asociado Correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Perú, 1998.
- Miembro Honorario de la Asociación de Constitucionalistas Colombianos, Bogotá, enero 1998.
- Ponente General sobre el tema Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra, 30/07/98.
- Miembro del Tribunal de Tesis de Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, septiembre 2000.
- Miembro Honorario de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, noviembre 2000.
- Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 2002.

II. Actividades académicas

1960-1969

- Auxiliar de Investigación en el Instituto de Derecho Público (Director: Antonio Moles Caubet), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, desde noviembre de 1960 hasta agosto de 1962.

- Instructor Interino, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela (1963-1966).
- Profesor de Derecho Administrativo I, Segundo Año, y de Derecho Administrativo II, Tercer Año, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, a partir de 1963 hasta 1984.
- Profesor del Curso monográfico sobre La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el sistema jurídico venezolano, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963.
- Relator de la Sección de Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, a partir de 1965 hasta 1979.
- Profesor del Curso monográfico sobre Régimen jurídico de la participación del Estado en la actividad económica: Las empresas del Estado, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965.
- Profesor Instructor por Concurso, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela (1966-1967), (19 puntos) (Jurado: Antonio Moles Caubet, Tomás Polanco A., Eloy Lares Martínez), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 04/06/66.
- Profesor del Curso monográfico sobre Aspectos Jurídicos de la Integración Económica Latinoamericana, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966.
- Profesor del Seminario sobre El régimen jurídico de las empresas del Estado, Seminario de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (1966-1967; 1967-1968; 1975-1976).
- Profesor Asistente, con el Trabajo de Ascenso Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, (Jurado: Eloy Lares Martínez, Luis H. Farías Mata, e Hildegard Rondón de Sansó), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 30/05/67.
- Profesor del Seminario de Derecho Público, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (1967-1979).
- Profesor del Curso sobre Les problèmes juridiques de l'intégration latinoaméricaine, en el Programme sur les organisations politiques et économiques de l'Amérique Latine, Faculté International pour l'Enseignement du Droit Comparé (Strasbourg), Sesiión de París, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, París, 01 al 14 de octubre de 1967.
- Profesor del Curso monográfico sobre Aspectos Jurídicos de la Integración Económica, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968.
- Profesor del Curso sobre Problemas institucionales del desarrollo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, junio 1968.
- Profesor del Curso sobre Los problemas jurídicos de la integración latinoamericana, en el Programa Especial sobre Organizaciones Políticas y Económicas Interamericanas, 1^{er} Ciclo de Derecho Comparado, Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 23/09/68.

- Organizador y Director del I Ciclo de Estudios de Derecho Comparado de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, (Estrasburgo), (Sesión de Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 05 al 24/02/68.
- Profesor del Curso monográfico sobre Aspectos jurídicos de la integración económica latinoamericana, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.
- Director del Seminario sobre Aspectos jurídicos de la Integración Latinoamericana, Instituto de Derecho Público, Centro de Derecho Comparado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 10 al 26/03/69.
- Organizador y Director del II Ciclo de Estudios de Derecho Comparado de la Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé (Strasbourg), (Sesión de Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 03 al 28/02/69.

1970-1979

- Profesor Agregado con el trabajo de ascenso El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho venezolano, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1970.
- Profesor del Curso sobre La intervención del Estado en la vida económica, Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas, febrero-marzo, 1970.
- Profesor del Curso de Derecho Público, Escuela Nacional de Administración Pública, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1970.
- Organizador y Director del III Ciclo (Primera Parte) de Estudios de Derecho Comparado, Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, (Sesión Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 02 al 21/02/70.
- Organizador y Director del III Ciclo, (Segunda Parte) de Estudios de Derecho Comparado, de la Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, (Sesión de Caracas), Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 01-22 de febrero de 1971.
- Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, celebrada en Caracas, 11-15 de septiembre de 1972.
- Visiting Fellow en el Clare Hall College y Visiting Scholar en el Center of Latin American Studies, University of Cambridge UK (1972-1974).
- Director de los estudios sobre Los servicios públicos de índole Municipal en el Estudio de Caracas, Universidad Central de Venezuela, Vol. VIII, Gobierno y Política, Tomo I, Caracas 1972, pp. 203-367.
- Profesor del Seminario sobre La réforme administrative en Amérique Latine, en el Institut International d'Administration Publique, París (1973-1981).
- Profesor del Curso sobre Les Entreprises Publiques en Droit Comparé, Cours de deuxième cycle (Diplome de Droit Comparé), Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé (Strasbourg), Institut d'Etudes Judiciaires, Beyrouth, 24 a 28 de septiembre de 1973.

- Profesor Asociado con el Trabajo de Ascenso sobre La consideración del Estado democrático y social de derecho como supuesto para el Estudio del Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, julio 1974.
- Profesor del Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la actuación del Estado en la Economía, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.
- Miembro del Comité Organizador del International Seminar on Foreign Investment Regulations in the Andean Group, Macuto Sheraton, Caraballeda, 19 al 22/03/75.
- Profesor de Fundamentos de la Administración Pública, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975-1980.
- Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Caracas, 1975.
- Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 27/04/76 (hasta 1985).
- Jefe del Departamento de Ciencias de la Administración Pública, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 05/08/76.
- Profesor del Seminario sobre El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones, Cursos de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1976.
- Profesor del Curso sobre La Organización Administrativa y su Reforma, en el Curso de Postgrado sobre La acción Fiscal del Estado y la Distribución del Ingreso, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976.
- Profesor del Curso sobre La Reforma Administrativa en Venezuela, Cursos de Doctorado, Centro de Estudios para Graduados, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976.
- Profesor del Curso sobre La Reforma Administrativa en Venezuela, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Los Andes, Mérida, 1976.
- Profesor del Seminario sobre Propiedad y Urbanismo, Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre 1977.
- Profesor del Curso sobre Aspectos Institucionales de la Ordenación del Territorio, Postgrado de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, segundo semestre de 1977.
- Profesor de Organización Administrativa Venezolana, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977-1982.
- Profesor del Curso sobre Intervención del Estado en la Economía, dictado en la Universidad Simón Bolívar, Caracas, 03 al 10/02/78.

- Profesor del Curso monográfico sobre Algunos aspectos de la actividad de la Administración Pública, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1978.
- Profesor del Curso sobre La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela, Colegio de Abogados del Estado Mérida, Mérida, octubre 1978.
- Profesor del Curso de Derecho Administrativo de la Economía, en el Curso sobre Derecho y Administración de Empresas, Cursos de Doctorado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1978.
- Director del Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central del Venezuela, Caracas, 01 de enero de 1979 hasta 1987.
- Miembro del Consejo Técnico del Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 25/04/79.
- Jefe del Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 24 de septiembre de 1979 (hasta 1985).
- Organizador y Director del Seminario Internacional sobre Derecho Urbanístico, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR), Caracas, 10 al 12/11/80.
- Profesor del Curso sobre Expropiación por Causa de Utilidad Pública Social, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, segundo semestre de 1980.
- Profesor del Curso sobre Derecho Administrativo III, Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación, Escuela Militar, Caracas, primer semestre de 1980.

1980-1989

- Director de la Mesa Redonda sobre El entorno de la Administración Pública en el Instituto Internacional de Administración Pública, París, 16-17/02/81.
- Profesor Titular con el Trabajo de Ascenso Urbanismo y Propiedad Privada (Jurado: Eloy Lares Martínez, Luis Carlos Palacios y Tomás Polanco), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 08/04/81.
- Miembro de la Comisión de Estudios para Graduados, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981.
- Coordinador-Fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981-1984.
- Profesor del Derecho Administrativo Profundizado, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, desde 1981-.

- Profesor del Curso sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los XV Cursos Vacacionales de la Universidad de Los Andes, Mérida, 08-11 de septiembre de 1981.
- Profesor del Seminario sobre Expropiación, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981.
- Profesor del Curso sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en la Universidad Católica Andrés Bello, Extensión Táchira, San Cristóbal, 26 al 27/11/81.
- Vicepresidente del Comité Organizador del XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Academia Internacional de Derecho Comparado, Caracas, 29/08 al 03/09/82.
- Profesor del Curso sobre Procedimientos Administrativos, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1982.
- Profesor del Seminario sobre El contencioso de los actos administrativos, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, desde 1982.
- Profesor del Curso sobre Derecho Público de la Economía, Curso de Gerencia, Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas 1982-1984.
- Director del Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, enero 1983.
- Director del Seminario sobre el Régimen Jurídico Económico del Control de Cambios, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Parque Central, Caracas, marzo 1983.
- Director del II Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Parque Central, Caracas, 24/03/83.
- Director del Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas, 15/06/83.
- Director de las Primeras Jornadas Venezolano-Colombianas de Derecho Público, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá), Caracas, 14/10/83.
- Profesor del Curso sobre Reforma del Estado, Cursos de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1983.
- Coordinador del Seminario sobre El Pacto Andino y el Tribunal Andino de Justicia, Palacio de las Academias, Caracas, 07-09 de noviembre de 1984.
- Profesor del Curso sobre El Derecho Público de la Economía, Curso Avanzado de Gerencia, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas, 26-29 de marzo de 1984.
- Profesor del Curso sobre El Régimen Municipal en Venezuela, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1984.

- Profesor del Curso Sistema Contencioso Administrativo, Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Centro de Estudios para Graduados, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, primer semestre de 1985.
- Simón Bolívar Professor y Fellow del Trinity College, y Profesor del Curso sobre Judicial Review in Comparative Law, Master of Law (LLM) Faculty of Law, University of Cambridge, 1985-1986.
- Director del Estudio sobre el régimen legal de la economía, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, 1986-1987.
- Profesor Jubilado de la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1987.
- Profesor del Curso de Derecho Administrativo, Cursos de Doctorado, Universidad Católica Andrés Bello, 1987-1989.

1990-2003

- Profesor Asociado de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París, Universidad de París II, París, enero-mayo de 1990.
- Profesor del Curso sobre Les principes sur la procedure administrative non contentieux en Espagne et l’Amerique Latine en el Curso de Derecho Administrativo Comparado del Profesor J.M. de Forges, Tercer Ciclo, Universidad de París II, Panthéon-Assas, (Salle 205), París, enero-mayo 1990.
- Profesor del Curso sobre Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, dictado en la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 16 al 20/03/98.
- Profesor Asociado en la Universidad de París X Nanterre, del Curso sobre Derecho Público de la Economía en Venezuela, en el Diplôme d’Etudes Juridiques Appliqués, Unité de Formation et Recherche de Science Juridique, Université de Paris X Nanterre, Diciembre 2000.
- Profesor del Curso sobre El Nuevo régimen constitucional venezolano, dictado en el Taller de Actualización sobre la Nueva Constitución para los Profesores de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, La Universidad del Zulia, Maracaibo, 04 y 05/05/00.
- Profesor del Curso sobre Los Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Santafé de Bogotá, 06 al 12/09/00.
- Profesor del Curso sobre La Constitución de 1999: Constitución Política, Constitución Social y Constitución Económica, con ocasión del Programa de Celebración de los 70 años de la Escuela de Derecho, División de Estudios para Graduados, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, La Universidad del Zulia, Maracaibo, 17 y 18/10/00.
- Visiting Scholar (2002-2003), Universidad de Columbia, New York.

III. Publicaciones

1. Libros

1. LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA, Colección Tesis de Doctorado, Vol. IV, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, 494 pp.
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA VENEZOLANAS, Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965, 120 pp.; 2ª edición, Editorial Mohingo, Caracas, julio 1972, 107 pp.
3. ESTUDIO SOBRE LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL PODER NACIONAL Y EL PODER MUNICIPAL EN MATERIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE (Con especial referencia a la Municipalidad del Distrito Federal), Gobernación del Distrito Federal, Caracas 1965, 84 pp.
4. (Compilador) DOCTRINA ADMINISTRATIVA, Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1959-1963, Ministerio de Justicia, Caracas 1965, 306 pp.
5. (Compilador) DOCTRINA ADMINISTRATIVA, Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1964, Ministerio de Justicia, Caracas 1965, 158 pp.
6. LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL (JURISPRUDENCIA-DOCTRINA ADMINISTRATIVA-LEGISLACIÓN), (con Prólogo de Enrique Pérez Olivares y Presentación de Sebastián Martín Retortillo), Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Vol. 2, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, 416 pp.
7. LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO (ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO), Colección Monografías de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Vol. XXXVI, Caracas 1967, 200 pp.
8. EL RÉGIMEN DE GOBIERNO MUNICIPAL EN EL DISTRITO FEDERAL VENEZOLANO, Comunicación a la II Ponencia, La competencia municipal. Ámbitos más cualificados, IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios, Barcelona, octubre 1967, 76 pp. Publicado también con el mismo título por la Gobernación del Distrito Federal, Caracas 1968, 172 pp. Publicado también en *Crónicas del IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios (Barcelona, octubre, 1967)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Tomo I, Madrid 1968, pp. 759-845; y en *Estudio de Caracas*, Vol. VIII, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1972, pp. 113-201.
9. LES ENTREPRISES PUBLIQUES EN DROIT COMPARÉ (con Prefacio de Roland Drago), Colección de Cursos de la Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, París 1968, 120 pp.

10. LOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA LATINOAMERICANA, Banco Central de Venezuela, Caracas 1968, 131 pp.
11. EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DEL ESTADO EN EL DERECHO VENEZOLANO, Ediciones del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, Contraloría General de la República, Caracas 1969, 176 pp.
12. (Director y editor) BASES PARA UN ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS AGUAS EN VENEZUELA. PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos y el Instituto de Derecho Público, (Publicación N° 11), Caracas, septiembre 1969, 166 pp.; SEGUNDA PARTE: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos y el Instituto de Derecho Público, (Publicación N° 13), Caracas, diciembre 1969, 747 pp.; TERCERA PARTE: ORDENACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (Publicación N° 23), Caracas, octubre 1970, 366 pp.; CUARTA PARTE: DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIA, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (publicación N° 24), Caracas, octubre 1970, 178 pp.; QUINTA PARTE: LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL: USOS, COSTUMBRES, PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (publicación N° 25), Caracas 1970, 114 pp.; SEXTA PARTE: BIBLIOGRAFÍA SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS, Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos e Instituto de Derecho Público, (publicación N° 26), Caracas, noviembre 1970, 180 pp.
13. (Compilador) DOCTRINA ADMINISTRATIVA, Tomo II, Consejo Supremo Electoral, Caracas 1969, 210 pp.
14. UNA REVOLUCIÓN PARA EL DESARROLLO, *Cuadernos para la Reforma Administrativa* N° 1, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, 56 pp. Publicado también en Comisión de Administración Pública, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas 1972, Tomo I, pp. 35-71; como «Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 41, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1968, pp. 19-64; y como «Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo: el caso de Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, N° 58, Madrid 1969, pp. 387-420.
15. EL ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA (con Prólogo de Rafael Caldera), Ediciones de la Comisión de Administración Pública, Caracas 1971, 255 pp.
16. ASPECTOS INSTITUCIONALES DEL TRANSPORTE Y TRÁNSITO EN EL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS (con Prólogo de Antonio Moles Caubet), Fondo Editorial Común, Caracas 1971, 140 pp.

17. EL PROCESO DE REGIONALIZACIÓN Y LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN LOS ESTADOS Y MUNICIPALIDADES, Ediciones Corporación de Los Andes, Mérida 1971, 60 pp.
18. DERECHO Y DESARROLLO, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Derecho y Desarrollo, N° 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, 55 pp.; publicado también en *La Ciencia en Venezuela*, Tomo III, Aspectos Sociales, Universidad de Carabobo, Valencia 1973, pp. 15-42
19. (Director y editor) INFORME SOBRE LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, Vol. 1, 645 pp. y Vol. 2, 621 pp.
20. (En colaboración con Pedro Pablo Aspúrua, Aurelio Useche, Eduardo Buroz, Cecilia Sosa y Sebastián Martín Retortillo) CRITERIOS Y PRINCIPIOS PARA UN REORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS AGUAS, Coplanarh, publicación especial, Caracas, agosto 1974, 67 pp.
21. CAMBIO POLÍTICO Y REFORMA DEL ESTADO EN VENEZUELA, Editorial Tecnos, Colección Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política, Madrid 1975, 695 pp.
22. DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1ª edición, Caracas, 1975, 463 pp.; 2ª edición, 1981; 3ª edición 1984.
23. UN DERECHO PARA EL DESARROLLO Y LA PROTECCIÓN DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS PODERES PÚBLICO Y PRIVADO, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo 1975, 97 pp.
24. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I: EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, 648 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
 - 24-a: «Los límites del Poder discrecional de las autoridades administrativas», pp. 15-41.
 - 24-b: «Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias», pp. 43-78.
25. DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE LAS AGUAS Y OTROS RECURSOS NATURALES RENOVABLES, publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Derecho y Desarrollo, N° 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, 282 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
 - 25-a: «La administración de las aguas y de los recursos naturales renovables», pp. 11-44.
 - 25-b: «La reforma del régimen legal de las aguas en Venezuela», pp. 45-92.
 - 25-c: «Limitaciones a la propiedad privada en razón de la conservación, fomento y racional aprovechamiento de los recursos naturales renovables», pp. 93-134.

- 25-d: «Algunas propuestas específicas relacionadas con la reordenación de las aguas y del ambiente», pp. 135-204.
- 25-e: «Algunos aspectos administrativos de aprovechamiento de las aguas para abastecimiento de poblaciones», pp. 205-267.
26. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, Colección Monografías Jurídicas, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1976, 145 pp.
27. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO II: EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO Y TRIBUTARIO DEL ESTADO, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, 599 pp.
- Este libro contiene los siguientes estudios:
- 27-a: «El régimen de gobierno del Distrito Federal», pp. 15-54.
- 27-b: «El Área Metropolitana de Caracas y la cooperación intermunicipal en materia de urbanismo», pp. 55-69.
- 27-c: «La Hacienda Pública venezolana. Bases constitucionales para su estudio», pp. 71-128.
28. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO III: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. VOL 1. REGLAMENTOS, PROCEDIMIENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, 433 pp.
- Este libro contiene los siguientes estudios:
- 28-a: «Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisitos de forma de los mismos», pp. 11-23.
- 28-b: «Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el Derecho venezolano», pp. 25-64.
- 28-c: «Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa en el sistema venezolano», pp. 65-95.
- 28-d: «Aspectos de la ejecutividad y de la ejecutividad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *solve et repete*», pp. 97-115.
29. (Director y Editor) ANALES JURIS AQUARUM, Actas y documentos de la IIIª Conferencia Internacional de Derecho Administrativo de Aguas, Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas, 3 Vols., Caracas 1976, 1.749 pp.
- En el Vol. II, Tomo 2 contiene el siguiente estudio:
- 29-a: «La reforma del régimen legal de las aguas en Venezuela», pp. 685-733. Publicado también en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 66-67, Año XXXV, Caracas 1976, pp. 33-69; y en el libro *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*, publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Derecho y Desarrollo, N° 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp.45-92.

30. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES, Colección Estudios Jurídicos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, 219 pp.
31. 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.
Este libro contiene los siguientes estudios:
 - 31-a: «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los Contratos Administrativos», pp. 443-498.
 - 31-b: «La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos», pp. 499-522.
 - 31-c: «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», pp. 523-531.
32. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO IV: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1977, 324 pp.
Este libro contiene el siguiente estudio:
 - 32-a: «Algunas consideraciones sobre el control de la constitucionalidad de los actos estatales en el Derecho venezolano», pp. 15-50.
33. (Coordinador), (En colaboración con Norma Izquierdo Corser), ESTUDIOS SOBRE LA REGIONALIZACIÓN EN VENEZUELA, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Colección Ciencias Económicas y Sociales, Vol. XXI, Caracas 1977, 472 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
 - 33-a: «Aspectos institucionales de la Administración del desarrollo regional y urbano», pp. 5-26.
 - 33-b: «El Federalismo venezolano y la regionalización», pp. 27-72.
 - 33-c: «La regionalización en materia económica en el derecho comparado», pp. 193-220.
 - 33-d: «Soluciones institucionales para el área metropolitana de Caracas», pp. 221-242.
 - 33-e: «Observaciones al proyecto de decreto de regionalización administrativa», pp. 245-249.
 - 33-f: «Algunas bases para la reforma del decreto de regionalización administrativa», pp. 249-251.
 - 33-g: «Notas y documentos sobre la ordenación del área metropolitana de Caracas», pp. 283-318.
 - 33-h: «Los problemas de las áreas metropolitanas y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Municipal», pp. 321-328.
 - 33-i: «La reforma del Régimen local y el Proyecto de Ley Orgánica del Régimen Municipal», pp. 353-368.

34. (En colaboración con José Muci Abraham y Oswaldo Padrón Amaré) OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA TRIBUTARIA 1976, Colección Monografías Jurídicas, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, 114 pp.
Este libro contiene el siguiente estudio:
- 34-a: «La política de ordenación del territorio y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», pp. 91-95.
- 34-b: «El proceso de Urbanización y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», pp. 95-99.
- 34-c: «La imprecisión del objeto del tributo en el Proyecto de Ley de Impuesto Predial y su efecto en el desarrollo agropecuario», pp. 99-105.
35. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA VENEZOLANA, Colección Monografías Administrativas, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, 135 pp.; 2ª edición, Caracas 1980, 133 pp.; 3ª edición, Caracas 1983, 138 pp.
36. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo 1978, 53 pp. Publicado también en *Revista de Control Fiscal*, N° 81, Contraloría General de la República, Caracas 1976, pp. 23-52; y como «La carga de la prueba en el derecho administrativo venezolano» en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 11, Buenos Aires 1976, pp. 15-41. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974. Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol 2, Caracas 1978, pp. 463-495.
37. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO V: LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, VOL. 1. LOS ÓRGANOS Y EL RECURSO DE ANULACIÓN, Caracas 1978, 386 p. Este volumen contiene los siguientes estudios:
- 37-a: «Aspectos generales del procedimiento contencioso-administrativo», pp. 15-52.
- 37-b: «El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares. Los vicios de los actos administrativos», pp. 53-85.
- VOL. 2. LOS RECURSOS DE ANULACIÓN Y DE PLENA JURISDICCIÓN, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1978, 816 p. Este volumen contiene los siguientes estudios:
- 37-c: «La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa», pp. 407-462.
- 37-d: «La carga de la prueba en el derecho administrativo», pp. 463-495.
- 37-e: «Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones», pp. 496-506.
- 37-f: «El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano», pp. 507-533.

38. POLÍTICA, ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (con Prólogo de Rafael Caldera), 1ª edición, Ediciones Conjuntas Editorial Ateneo de Caracas y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1979, 254 pp.; 2ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, 246 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
38-a: «El Estado contemporáneo en Venezuela», pp. 39-84.
38-b: «Los condicionamientos políticos de la Administración Pública», pp. 85-122.
38-c: «La revitalización del Federalismo», pp. 123-164.
38-d: «La reforma del régimen local y la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal», pp. 165-197.
38-e: «La participación política a nivel local», pp. 199-240.
39. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1930-1974 Y ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO VI: LA PROPIEDAD Y LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, 690 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
39-a: «Adquisición de la propiedad privada por parte del Estado en el derecho venezolano», pp. 17-45.
39-b: «Las expropiaciones urbanísticas», pp. 47-139.
40. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN VENEZUELA, Ediciones del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1ª edición, Caracas 1980, 372 pp.; 2ª edición, Colección Estudios Jurídicos, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, 372 pp.
41. ESTUDIOS SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Colección Ciencias Económicas y Sociales, Vol. XXIII, Caracas 1980, 670 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
41-a: «Administración Pública para el Siglo XXI (1973)», pp. 11-23.
41-b: «Estrategia de la reforma administrativa en Venezuela (1969)», pp. 27-32.
41-c: «El objetivo de la reforma administrativa: La Administración Pública para el desarrollo (1969)», pp. 33-39.
41-ch: «La reforma administrativa y la planificación del desarrollo económico y social (1969)», pp. 40-45.
41-d: «La redefinición de funciones ministeriales como paso previo de la reforma administrativa: El caso del Ministerio de Fomento (1969)», pp. 46-53.
41-e: «La micro-reforma administrativa con visión sectorial: El caso del Sector Agropecuario (1969)», pp. 54 -62.
41-f: «Áreas del Plan de Trabajo para la reforma administrativa (1969)», pp. 63-71.

- 41-g: «El sentido de la instrucción presidencial sobre la reforma administrativa (1970)», pp. 72-76.
- 41-h: «Los criterios de la reforma administrativa (1971)», pp. 78-86.
- 41-i: «Reforma administrativa y desarrollo económico y social en Venezuela (1970)», pp. 87-111.
- 41-j: «La reforma administrativa en Venezuela a partir de 1969. Experiencias y planteamientos (1970)», pp. 112-134.
- 41-k: «El proceso de reforma administrativa en Venezuela (1970)», pp. 135-155.
- 41-l: «La reforma administrativa en 1969», pp. 156-164.
- 41-ll: «La reforma administrativa en 1970», pp. 165-172.
- 41-m: «La reforma administrativa en 1971», pp. 173-181.
- 41-n: «La reforma administrativa en 1972», pp. 182-189.
- 41-ñ: «Consideraciones sobre el Estatuto de los Funcionarios Públicos (1970)», pp. 193-212.
- 41-o: «Las propuestas de reforma de la Administración Pública venezolana (1972)», pp. 213-230.
- 41-p: «Aspectos de la Administración Descentralizada (1971)», pp. 231-238.
- 41-q: «Algunos aspectos jurídicos de las relaciones entre el gobierno central y las empresas del Estado (1974)», pp. 239-271.
- 41-r: «La reforma de la administración descentralizada (1976)», pp. 272-283.
- 41-rr: «La reforma administrativa, sus efectos y proyecciones en los Estados y Municipios (1971)», pp. 285-301.
- 41-s: «El proceso de reforma administrativa en las administraciones estatales (1970)», pp. 302-318.
- 41-t: «La experiencia de la reforma administrativa en Venezuela 1969-1973: Estrategias, tácticas y criterios (1973)», pp. 321-377.
- 41-u: «Comentarios sobre la reforma administrativa en México y Venezuela (1972)», pp. 378-421.
- 41-v: «Algunos obstáculos a la reforma administrativa (1969)», pp. 422-429.
- 41-w: «La Ley Orgánica de la Administración Central de 1976 y la reforma administrativa», pp. 430-434.
- 41-x: «Algunos criterios para la transformación de la Administración Pública: 1974-1979», pp. 435-456.
- 41-y: «Perspectivas del proceso de reforma administrativa en los inicios del período constitucional 1974-1979», pp. 457-496.
- 41-z: «1975: El reto en materia de reforma administrativa», pp. 497-502.
42. URBANISMO Y PROPIEDAD PRIVADA (Trabajo de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1978), (con Prólogo de Ramón Martín Mateo y Presentación de Pedro Pablo Azpúrua), Colección Estudios Jurídicos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, 628 pp.

43. FUNDAMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tomo I, Colección Estudios Administrativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, 386 pp.; 2ª edición, 1984.
44. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA ECONOMÍA 1939-1979, Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Valencia 1980, 227 pp.
45. (Coordinador-editor), (En colaboración con Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta), LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, 160 pp. (12 ediciones).
Este libro contiene el siguiente estudio:
45-a: «Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos», pp. 7-51.
46. (Director y Editor) EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NACIONALIZACIONES EN VENEZUELA, ARCHIVO DE DERECHO PÚBLICO Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN, Tomo III, 2 Vols, 1981, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1981, 1.251 pp.
En este libro se publicaron los siguientes estudios:
46-a: «Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela», Tomo I, Caracas 1981, pp. 23-44.
46-b: «Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela», Tomo I, Caracas 1981, pp. 407-491.
46-c: «Consideraciones sobre los reparos formulados por la Contraloría a las empresas concesionarias de hidrocarburos respecto del ejercicio fiscal 1970» Tomo 2, pp. 674-685.
47. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Colección Estudios Jurídicos, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, 1ª edición, Caracas 1982, 448 pp.; 2ª edición, Caracas 1985; 3ª edición, Caracas 1992; 5ª edición 1999. La 6ª edición fue publicada como EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, Caracas 2002, 570 pp.
48. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, 176 pp.
49. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, 1ª edición, Ediciones Manoa, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-San Cristóbal, 1982, 713 pp.
50. EL ESTADO, CRISIS Y REFORMA, Colección Ensayos, N° 4, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1982, 293 pp.
51. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1978, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 1.398 pp.
52. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1979, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 968 pp.

53. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), *LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1980*, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 1.624 pp.
54. (En colaboración con Gregorio Burgueño Álvarez), *LEGISLACIÓN VENEZOLANA 1981*, Editorial Grouz-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid-Caracas 1982, 1.166 pp.
55. *LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA*, Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, 91 pp. Publicado también en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá 1986, pp. 159-212.
56. *ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO, Tomo I, (Labor en el Senado 1982)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1983, 266 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
 - 56-a: «La reforma política del Estado: la descentralización política», pp. 15-39.
 - 56-b: «La reforma institucional de la región capital y del Área Metropolitana de Caracas», pp. 41-83.
 - 56-c: «El régimen jurídico del transporte terrestre y de los sistemas rápidos de transporte (Metro)», pp. 85-129.
 - 56-d: «La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público», pp. 131-159.
 - 56-e: «El régimen jurídico de los fondos de divisas de Pdvsa y la centralización de las reservas monetarias internacionales por el Banco Central de Venezuela», pp. 161-181.
 - 56-f: «Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa», pp. 183-193.
 - 56-g: «El régimen jurídico de la reconducción del presupuesto», pp. 195-207.
 - 56-h: «La creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana», pp. 209-241.
 - 56-i: «Aspectos formales de la reforma de las leyes», pp. 243-256.
57. *LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO EN LA OBRA DE ANDRÉS BELLO*, (con Prólogo de Pedro Grases), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1983, 130 pp. Publicado también en *Bello y América Latina*, Cuarto Congreso del Bicentenario, La Casa de Bello, Caracas 1982, pp. 99-154.
58. (Coordinador y editor), (En colaboración con Alberto Arteaga, Humberto Njaim y Manuel Rachadell), *LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO*, Colección Textos Legislativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, 254 pp.
Este libro contiene el siguiente estudio:
 - 58-a: «La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos», pp. 7-77.

59. SUMARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961, Colección Sumario, Ediciones Conjuntas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1983, 247 pp.
60. CONSTITUCIÓN DE 1961, ENMIENDAS N° 1 Y N° 2, Colección Textos Legislativos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, 247 pp.
61. EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN VENEZUELA, Colección Estudios Administrativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, 423 pp.
62. LEY ORGÁNICA PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, Colección Textos Legislativos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, 149 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
 - 62-a: «Introducción al régimen jurídico de la Ordenación del Territorio», pp. 7-77.
 - 62-b: «El régimen del urbanismo en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio», pp. 79-104.
63. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1985, 2 Tomos, 754 y 734 pp.
64. (Coordinador), (En colaboración con Enrique Viloria V.) SUMARIO DE LAS NACIONALIZACIONES (HIERRO Y PETRÓLEO), Ediciones Conjuntas, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1985, 150 pp.
65. LAS CONSTITUCIONES DE VENEZUELA. *Compilación y Estudio Preliminar de Allan R. Brewer-Carías*, Edición conjunta de la Universidad Católica del Táchira (Venezuela) y del Instituto de Estudios de Administración Local y del Centro de Estudios Constitucionales (España), Madrid 1985, 1.086 pp. Una segunda edición ampliada se publicó con el mismo título por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, 1.210 pp.
En esta obra, además del texto de las Constituciones, se publica el estudio:
 - 65-a: «La conformación político-constitucional del Estado Venezolano», pp. 9-152.
66. EL ESTADO INCOMPRENDIDO, Vadell Hermanos Editores, Caracas 1985, 160 pp.
67. ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO, *Tomo II, (Labor en el Senado)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1985, 460 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
 - 67-a: «Los condicionantes políticos de la Constitución de 1961 y sus efectos», pp. 11-64.
 - 67-b: «La aprobación legislativa de los contratos de interés nacional y el contrato Pdvsá-Veba Oil», pp. 65-82.
 - 67-c: «El régimen jurídico de la ordenación del territorio y su regulación legal», pp. 83-214.
 - 67-d: «Aspectos generales del régimen municipal y su reforma», pp. 215-356.

- 67-e: «La reforma del régimen del Distrito Federal», pp. 357-395.
- 67-f: «La reforma del régimen de la Administración Descentralizada», pp. 397-430.
68. ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, 214 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
- 68-a: «El concepto del derecho administrativo en Venezuela», pp. 7 a 24.
- 68-b: «El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas», pp. 25-60.
- 68-c: «La evolución del concepto de contrato administrativo», pp. 61-90.
- 68-d: «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa», pp. 91-124.
- 68-e: «El régimen municipal y bases para su reforma», pp. 125-157.
- 68-f: «La jurisdicción contencioso-administrativo», pp. 159-212.
69. (Coordinador y editor), (En colaboración con Enrique Viloria V.), EL HOLDING PÚBLICO, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1986, 216 pp.
70. ESTADO DE DERECHO Y CONTROL JUDICIAL (JUSTICIA CONSTITUCIONAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y AMPARO EN VENEZUELA), (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, 657 pp.
71. REFLEXIONES EN ESPAÑA, Caracas 1987, 100 pp.
Este libro contiene los siguientes estudios:
- 71-a: «España y el constitucionalismo iberoamericano», pp. 11-31.
- 71-b: «Derecho Público y Urbanismo», pp. 33-53.
- 71-c: «Municipio, democracia y participación», pp. 55-78.
72. PROBLEMAS DEL ESTADO DE PARTIDOS, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 340 pp.
73. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao) LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, Colección Textos Legislativos, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 242 pp. (10 ediciones).
Este libro contiene el siguiente estudio:
- 73-a: «Introducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales», pp. 7-105.
74. LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL, Colección Textos Legislativos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 247 pp.
Este libro contiene el siguiente estudio:
- 74-a: «Introducción General al Régimen Municipal», pp. 7-151.
75. (Coordinador y editor), (En colaboración con Cecilia Sosa, Carlos Ayala Corao y Humberto Romero Muci), LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA, Colección Textos Legislativos, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 271 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

75-a: «Introducción General al Régimen Legal de la Ordenación Urbanística», pp. 7-88.

76. JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW, (Prólogo de J. A. Jolowicz), Cambridge Studies in International and Comparative Law. New Series, Cambridge University Press, Cambridge 1989, 406 pp.

77. (Coordinador y editor), (En colaboración con Josefina Calcaño de Temeltas), LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Colección Textos Legislativos, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, 369 pp.; 2ª edición actualizada, Caracas 1991, 371 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

77-a: «Algunos aspectos del proceso contencioso-administrativo», pp. 137-290.

78. ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO, *Tomo III, (Labor en el Senado 1985-1987)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1989, 420 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

78-a: «Documento de trabajo para una Ley Nacional de Urbanismo (1985)», pp. 11-69.

78-b: «Observaciones críticas al Proyecto de Ley de la Acción de Amparo de los Derechos Fundamentales (1985)», pp. 71-186.

78-c: «Proyecto de Ley Orgánica sobre el Derecho de Amparo (1987)», pp. 187-204.

78-d: «Propuestas de reforma al Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1987)», pp. 205-229.

78-e: «Aproximación general al régimen de la economía (1986)», pp. 231-281.

78-f: «El régimen legal de la industria (1987)», pp. 283-419.

79. LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA: CASI 200 AÑOS DE HISTORIA, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 38, Caracas 1990, 462 pp.

80. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990, 200 pp. También fue publicado como «Principios del procedimiento administrativo en España y América Latina» en el libro *200 Años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje*, Tomo I, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas 1989, pp. 255-435.

81. (Coordinador y editor), (En colaboración con Hildegard Rondón de Sansó y Carlos Ayala Corao) LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL 1989, Colección Textos Legislativos, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, 361 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

81-a: «Introducción General al Régimen Municipal», pp. 7-159.

82. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao, Jorge Sánchez Meleán, Gustavo Linares y Humberto Romero Muci) LEYES Y

REGLAMENTOS PARA LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA DE LA FEDERACIÓN, Colección Textos Legislativos, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, 299 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

82-a: «Bases legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990: El inicio de una reforma», pp. 7-53.

83. LA CONSTITUCIÓN Y SUS ENMIENDAS, Colección Textos Legislativos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, 217 pp.
84. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA VENEZOLANA, Colección Estudios Jurídicos, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, 146 pp.
85. EL CASO DE LAS CARTAS DE CRÉDITO (EFECTOS RETROACTIVOS Y CONFISCATORIOS DE LA UNIFICACIÓN CAMBIARIA Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBVENCIONES ADMINISTRATIVAS), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, 150 pp.
86. REFLEXIONES SOBRE LA REVOLUCIÓN AMERICANA (1776) Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA (1789) Y SUS APORTES AL CONSTITUCIONALISMO MODERNO, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 213 pp.
87. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 302 pp.
88. LES PRINCIPES DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTEN-TIEUSE. *Etudes de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, (Prólogo de Frank Moderne), Editorial Económica, París 1992, 167 pp.
89. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao), EL CASO DEL MONSTRUO DE LOS PALOS GRANDES. ESTUDIO JURÍDICO URBANÍSTICO, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 586 pp.
90. NUEVAS TENDENCIAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, 238 pp.
91. EL AMPARO A LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSTITUCIONALES. UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVA, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp. Publicado también por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Curso Interdisciplinario), San José, Costa Rica, 1993, (mimeo), 120 pp.
92. LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO, Colección Textos Legislativos, N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, 230 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

92-a: «Introducción General al Régimen de la Ley Orgánica del Sufragio», pp. 7-140.

93. (Coordinador y editor), (En colaboración con Armida Quintana Matos, León Henrique Cottin, Gabriel Ruan Santos y Carlos Ayala Corao) EL CASO DEL BANCO DE VENEZUELA, Volumen I. La acción de amparo, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, 457 pp.
94. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 2, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1994, 179 pp. Publicado también en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Bogotá 1993, pp. 705-846.
95. RÉGIMEN CAMBIARIO, Tomo I, Colección Estudios Jurídicos, N° 62, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, 324 pp.
96. INFORME SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN EN VENEZUELA 1993, Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización (junio 1993-febrero 1994), Caracas 1994, 1.072 pp.
97. (Coordinador y editor), (En colaboración con José Guillermo Andueza y Gerardo Fernández), LOS DERECHOS DEL NIÑO VS. LOS ABUSOS PARLAMENTARIOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, 167 pp.
98. (Director y Editor) MANUAL DE ZONIFICACIÓN DE LOS MUNICIPIOS BARUTA Y EL HATILLO. «Presentación» (pp. 8-11), Fundación de Derecho Público, Caracas 1994, 864 pp.
99. EL SISTEMA MIXTO O INTEGRAL DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y VENEZUELA, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (Quaestiones Juridicae N° 5), Bogotá 1995, 120 pp. Publicado también en *Revista Tachirensis de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, N° 5-6, San Cristóbal, enero-diciembre 1994, pp. 111-164; en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín-Colombia 1996, pp. 163-246; y en G. J. Bidart Campos y J.F. Palomino Manchego (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 1997, pp. 483-560.
100. (En colaboración con Jorge Vélez García) CONTRATACIÓN ESTATAL, DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIÓN, Pontificia Universidad Javeriana, Quaestiones Juridicae N° 6, Bogotá 1995, 51 pp.
Este libro contiene el siguiente estudio:
100-a: «El Derecho Administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo», pp. 7-37.
101. (Coordinador y editor), (En colaboración con Carlos Ayala Corao) EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA Y SU PROTECCIÓN FRENTE A LAS INJERENCIAS ABUSIVAS O ARBITRARIAS

- DEL ESTADO, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, 347 pp.
102. EL RÉGIMEN HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO, TOMO I DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, 715 pp.
 103. EL RÉGIMEN DEL PODER PÚBLICO Y SU DISTRIBUCIÓN VERTICAL: EL PODER NACIONAL Y EL RÉGIMEN FEDERAL Y MUNICIPAL, TOMO II DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, 754 pp.
 104. LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO Y EL SISTEMA DE GOBIERNO, TOMO III DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, 722 pp.
 105. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, TOMO IV DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, 566 pp.
 106. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, TOMO VI DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, 642 pp.
 107. (En colaboración con Luis A. Ortiz-Álvarez), LAS GRANDES DECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (1991-1996), Colección Jurisprudencia, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, 1.066 pp.
 108. (Coordinador y editor), (En colaboración con Gustavo Linares Benzo, Luis Ortiz y Faustino Flamarique), LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA, Colección Textos Legislativos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 7-99.
Este libro contiene el siguiente estudio:
108-a: «Introducción General al Régimen para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia», pp. 7-99.
 109. LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, TOMO VII DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1997, 613 pp.
 110. LA CIUDAD ORDENADA (ESTUDIO SOBRE «EL ORDEN QUE SE HA TENER EN DESCUBRIR Y POBLAR» O SOBRE EL TRAZADO REGULAR DE LA CIUDAD HISPANOAMERICANA, EN PARTICULAR, DE LAS CIUDADES DE VENEZUELA), Universidad Carlos III, Madrid 1997, 203 pp.
 111. REFLEXIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO EN VENEZUELA Y EN LA AMÉRICA COLONIAL (con un apéndice de la bibliografía del autor), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, 315 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

- 111-a: «Carlos III y la organización territorial del poblamiento en América», pp. 19-41.
- 111-b: «El poblamiento del Táchira y la descentralización territorial», pp. 43-65.
- 111-c: «El proceso de poblamiento de las provincias de Venezuela (Siglo XVI)», pp. 67-108.
- 111-d: «El proceso de descentralización política en América Latina: La perspectiva federal», pp. 109-146.
- 111-e: «El reto democrático de la descentralización», pp. 147-202.
- 112. DERECHO Y ACCIÓN DE AMPARO, TOMO V DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y CONSTITUCIONALES, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1998, 577 pp.
- 113. CINCO SIGLOS DE HISTORIA Y UN PAÍS EN CRISIS (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comisión Presidencial V Centenario de Venezuela, Caracas 1998, 117 pp.
- 114. LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 163 pp.
- 115. (Coordinador y editor), (En colaboración con Francisco Zubillaga Silva, Gerardo Fernández), EL CASO “LAS CRISTINAS”. Sobre el intento de despojo de las Minas de Oro más ricas de Guayana, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 306 pp.
- 116. ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, 328 pp.
- 117. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente), Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp.
- 118. DEBATE CONSTITUYENTE (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 233 pp.
- 119. DEBATE CONSTITUYENTE (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 286 pp.
- 120. DEBATE CONSTITUYENTE (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 340 pp.
- 121. LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Comentada por Allan R. Brewer-Carías, Editorial Arte, Caracas 2000, 414 pp.; 1ª edición, enero 2000, Editorial Arte,

429 pp.; 2ª edición, Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Arte, junio 2000, 505 pp.

122. 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, 134 pp.
123. EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y DE TOMA DE CONTROL DE EMPRESAS, Colección Textos Legislativos N° 22, 1ª Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, 147 pp.
124. FEDERALISMO Y MUNICIPALISMO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva), Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001, 187 pp.
125. ÉTUDES DE DROIT PUBLIC COMPARÉ, Académie International de Droit Comparé, Bruylant, Bruxelles 2001, 1.182 pp.
126. (Coordinador y editor), (En colaboración con Héctor Faúndez Ledesma, Pedro Nikken, Carlos M. Ayala Corao, Rafael Chavero Gazdik, Gustavo Linares Benzo y Jorge Olavaria) LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN AMENAZADA. SENTENCIA 1013), (con Pórticos: Roberto Cuellar M. y Santiago Cantón y Prólogo: Alberto Quiroz Corradi), Edición Conjunta Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José 2001, 379 pp.

Este libro contiene el siguiente estudio:

126-a: «La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia», pp. 17-57.

127. REFLEXIONES SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA (con una *Biblio Verbi Grafia* del autor), Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, 436 pp.

Este libro contiene los siguientes estudios:

- 127-a: «Retos constitucionales para el siglo XXI (junio 2000)», pp. 11-39.
- 127-b: «La opción entre democracia y autoritarismo (julio 2001)», pp. 41-59.
- 127-c: «El fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno (junio 2001)», pp. 61-104.
- 127-d: «Democratización, descentralización política y reforma del Estado (julio-octubre 2001)», pp. 105-125.
- 127-e: «El Municipio, la descentralización política y la democracia (octubre 2001)», pp. 127-141.
- 127-f: «Justicia constitucional y participación política (junio 2001)», pp. 143-152.
- 127-g: «El proceso constituyente venezolano y la nueva Constitución de 1999 (febrero 2000)», pp. 153-163.

- 127-h: «El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela (septiembre 2001)», pp. 165-185.
- 127-i: «Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana y su control judicial (junio 2001)», pp. 187-241.
- 127-j: «Formas constitucionales de terminación del mandato del Presidente de la República en Venezuela (octubre 2001)», pp. 243-253.
- 127-k: «La justicia constitucional en la Constitución de Venezuela de 1999 (mayo 2001)», pp. 255-285.
128. GOLPE DE ESTADO Y PROCESO CONSTITUYENTE EN VENEZUELA, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.
129. LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA VENEZOLANA. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA Y LOS SUCESOS DE ABRIL DE 2002, Libros El Nacional, Caracas, 2002, 263 pp.
130. (Coordinador y editor), (En colaboración con Rafael Chavero Gazdik), LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Colección Textos Legislativos, N° 24, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, 236 pp.
Este libro contiene el siguiente estudio:
130-a: «Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública», pp. 7-91.
131. (Coordinador y editor), (En colaboración con Gustavo Linares Benzo, Dolores Aguerrevere Valero y Caterina Balasso Tejera) LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL), Colección Textos Legislativos, N° 26, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, 291 pp.
Este libro contiene el siguiente estudio:
745-a: «Introducción General al régimen de la expropiación», pp. 7-100.
132. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario -1653-, Literatura Jurídica, Legis, Bogotá 2003, 344 pp.

2. Folletos

133. ESQUEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO I, (Tesis 1 a 16), (Curso de Profesor Gonzalo Pérez Luciani, Segundo año), Edición del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, (multigrafiado), Caracas 1960, 96 pp.
134. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (tercer año) (anotaciones taquigráficas multigrafiadas), Tomo I, Editorial Mohingo, Caracas 1965, 112 pp.; 2ª Edición, Caracas 1968, 150 pp.
135. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (tercer año) (anotaciones taquigráficas multigrafiadas), Tomo II, Editorial Mohingo, Caracas 1967, 140 pp.; 3ª edición, Caracas 1968, 124 pp.

136. LES PROBLEMES CONSTITUTIONNELS DE L'INTEGRATION ÉCONOMIQUE LATINOAMERICAINE, Faculté Internationale pour l'enseignement del Droit Comparé, Sesion d'automne, Madrid 1968, N° 753, (multigrafiado), 32 pp.
137. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (tercer año) (anotaciones taqui-gráficas multigrafiadas), Tomo III, Editorial Mohingo, Caracas 1970, 190 pp.
138. REFORMA ADMINISTRATIVA Y DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL EN VENEZUELA, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, (multigrafiado), Caracas 1970, 50 pp. Publicado también por la Comisión de Administración Pública, *Cuadernos para la Reforma Administrativa*, N° 2, Caracas 1970, 30 pp.; en las Ediciones del Instituto de Investigaciones Administrativas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de La Plata, *Cuaderno N° 43*, (multigrafiado), La Plata 1972, 43 pp.; en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XXXVI, N° 1, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1970, pp. 34-46; en el libro *La Reforma de toda la Administración Pública por toda la Administración Pública*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, pp. 39-46; en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. I, 1968-69, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, pp. 35-46; en *Revista Interamericana de Planificación*, Vol. VI, N° 22, Bogotá 1972, pp. 22-38; y en *Estudios sobre la reforma Administrativa*, Caracas, 1980, pp. 87-111.
139. «LES LIMITES A LA LIBERTE D' INFORMATION EN DROIT COMPARE (PRESSE, RADIO, CINEMA TELEVISION)», (mimeografiado), *Rapport generae au VIIIème Congrès International de Droit Comparé*, Academic International de Droit Comparé, Pescara 1970, 60 pp.
140. EL PROCESO DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA, Conferencia dictada en la Sala de Exposiciones de la Fundación Eugenio Mendoza, Oficina Central de Información, Caracas, junio 1970, 40 pp. Publicado también en *Estudios en Homenaje al Profesor Laureano López Rodó*, Madrid 1972, Tomo I, pp. 99-120; y en *Estudios sobre la reforma administrativa*, Caracas 1980, pp. 135-155.
141. (Director y editor), LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA 1969-1971 (multigrafiado), Comisión de Administración Pública, Caracas, 1971, 160 pp.
 En este libro se incluyen los siguientes estudios:
 142-a: «Orientación general del proceso de reforma administrativa en Venezuela», pp. 1-36.
 142-b: «El sentido de la Instrucción Presidencial sobre la reforma administrativa», pp. 56-64
 142-c: «Los criterios de la reforma administrativa», pp. 82-96
143. (Director y editor) INFORME PRELIMINAR SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA; PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN. LA REFORMA ADMINISTRATIVA PARA EL DESARROLLO, Comisión

- de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 4, Caracas 1971, 37 pp.; SEGUNDA PARTE: LA REFORMA ESTRUCTURAL. VOL. I. (OBJETIVOS. LA REFORMA MACRO-ESTRUCTURAL. LA REFORMA DE LOS ORGANISMOS DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 5, Caracas 1971, 62 pp.; VOL. II (LA REFORMA DE LOS MINISTERIOS), Comisión de Administración Pública. Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 6, Caracas 1971, 55 pp.; VOL. III. (LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 7, Caracas 1971, 39 pp.; VOL. IV (LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 8, Caracas 1971, 62 pp.; VOL. V (LA REFORMA MICRO-ESTRUCTURAL EN LOS MINISTERIOS), Comisión de Administración Pública, Cuadernos para la Reforma Administrativa, N° 9, Caracas 1971, 99 pp.
144. PROBLEMAS INSTITUCIONALES DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS Y DEL DESARROLLO REGIONAL Y URBANO, Ediciones de la Comisión de Administración Pública, (multigrafiado), Caracas 1971, 60 pp.
 145. LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, II Conferencia Venezolana de Empresas Estatales de Servicio Público, Comisión de Administración Pública, (multigrafiado), Caracas, Noviembre 1971, 15 pp.
 146. LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, (multigrafiado), Caracas 1971, 12 pp.; publicado también en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 60, Año XII, Contraloría General de la República, Caracas 1971, pp. 62-69; publicado también en el libro *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*, 1971, pp. 55-71; y en *Revista de Control Fiscal*, N° 125 (Selección de artículos publicados 1959-1985), Contraloría General de la República, Caracas 1990, pp. 414-427.
 147. COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL, Ediciones de la Sociedad de Tasadores de Venezuela, Caracas 1972, 37 pp.
 148. INFORME QUE PRESENTA EL SECRETARIO ORGANIZADOR DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Primera Asamblea General Ordinaria, (multigrafiado), Caracas, septiembre 1972, 25 pp.
 149. EL ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA, MSAS, Dirección de Bienestar Social, Serie Organización y Administración N° 1, (multigrafiado), Caracas, enero 1972, 46 pp.
 150. LA EXPERIENCIA DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA 1969-1973. ESTRATEGIAS, TÁCTICAS Y CRITERIOS, 1^{er} Seminario Interamericano de Reforma Administrativa, Fundación Getulio Vargas, Escuela Interamericana de Administración Pública, Ministerio de Planeamiento y Coordinación General de Brasil, Río de Janeiro, 03 al 07 de Diciembre de

1973. (multigrafiado), Río de Janeiro, noviembre 1973, 130 pp. Publicado también en *Reforma Administrativa: Experiencias Latinoamericanas*, Instituto Nacional de Administración Pública, México 1975, pp. 193-234 y 509-526; en A. F. Leemans (compilador) *Cómo reformar la Administración Pública*, México 1977, pp. 228-254; y en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 321-377.
151. REGIONAL INTEGRATION IN CENTRAL AND LATIN AMERICA: A PROGRESS REPORT, Working Papers, N° 20, Centre of Latin American Studies, University of Cambridge 1973, (mimeografiado), 26 pp.
152. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Curso de Ampliación en Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, (multigrafiado), Caracas 1974, 59 pp. Publicado también en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, publicación dispuesta en homenaje al Profesor Rafael Bielsa, Buenos Aires 1979, pp. 267-309; y en el libro *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo V: La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Vol. 1. Los Órganos y el Recurso de Anulación*, Caracas 1978, pp. 15-52.
153. SISTEMÁTICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Programa para los Cursos de Derecho Administrativo I y II, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, 27 pp.
154. LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES DES DROITS DE L'HOMME DANS LES PAYS DE L'AMERIQUE LATINE, Société de Législation Comparée, Journées Juridiques Franco-Latinoaméricaines, (multigrafiado), Bayonne, Mai 1976, 176 pp.; publicado también en *Revue Internationale del Droit Comparé*, N° 1, París 1977, pp. 25-102
155. LES CONDITIONNEMENTS POLITIQUES DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE DANS LES PAYS DE L'AMERIQUE LATINE, Coloquio Internacional, *L'Administration Publique: Perspectives d'avenir*, Quebec, mayo 1979, (multigrafiado), 28 pp. Publicado también en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLV, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1979, pp. 213-233; y como «L'environnement politique de l'administration publique dans les pays d'Amérique Latine» en *Revue Française d'Administration Publique*, N° 12, Institut International d'Administration Publique, París, octubre-diciembre 1979, pp. 703-721.
156. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL ESTADO ARAGUA, con el estudio «El régimen de los Estados en la federación venezolana (con ocasión de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Estado Aragua)», Asamblea Legislativa del Estado Aragua, (mimeografiado), Maracay, agosto 1979, 130 pp.
157. CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ESTADOS EN LA FEDERACIÓN VENEZOLANA Y EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PARA EL ESTADO YARACUY, Vol. I, Estudio jurídico-administrativo del Régimen del Estado Yaracuy, OTEPI, Gobernación del Estado Yaracuy, Caracas, mayo 1979, (multigrafiado), 146 pp.
158. EL SISTEMA DE ECONOMÍA MIXTA. LIBERTAD ECONÓMICA, PLANIFICACIÓN Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, MARNR, Serie de Monografías o Estudios Técnicos, Específicos MET/DGSP00A/-04, (mimeografiado), Caracas, enero 1980, 179 pp.

159. PROPUESTA PARA UNA REFORMA INSTITUCIONAL DE CARACAS Y DE LA REGIÓN CAPITAL, Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1982, 41 pp.
160. (En colaboración con Álvaro Paez Pumar, Alberto Morales Tucker, Odoardo Poggioli y Luis Rojas B.) LA TRANSFORMACIÓN TOTAL DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA Y ADMINISTRATIVA DE CARACAS), Caracas 1982, 12 pp.
161. «LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIALE. AUTONOMIE TERRITORIALE ET REGIONALISATION POLITIQUE», IX Congrès Internationale de Droit Comparé, Tema IV, B,1, Caracas 1982, (mimeo), 25 pp.
162. LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL: AUTONOMÍA TERRITORIAL Y REGIONALIZACIÓN POLÍTICA, XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Tema IV, B.1, Caracas 1982, (mimeo), 41 pp.; publicado también en *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 218, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, abril-junio 1983, pp. 209-232
163. COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL 24 DE NOVIEMBRE DE 1982, Senado de la República, (mimeografiado), Caracas, febrero 1983, 105 pp. Publicado también en el libro *Estudios de Derecho Público (Labor en el Senado 1983)*, Tomo II, Ediciones del Congreso de la República, pp. 83-214.
164. PROYECTO DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL, Secretaría Nacional de Asuntos Municipales Partido Copei, Caracas 1984, 56 pp.
165. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL DISTRITO FEDERAL, Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1984, 35 pp.
166. LA CRISIS DE LAS INSTITUCIONES: RESPONSABLES Y SALIDAS, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, 40 pp. Publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 129-155.
167. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Noviembre 1986, (multigrafiado), 102 pp. Publicado también en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, N° 3, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina*, Bogotá, noviembre 1986, pp. 527-592.
168. EL DESARROLLO INSTITUCIONAL DEL ESTADO CENTRALIZADO EN VENEZUELA (1899-1935) Y SUS PROYECCIONES CONTEMPORÁNEAS, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1988, 48 pp. Publicado también en *Revista Paramillo*, Universidad Católica del Táchira, N° 7, San Cristóbal 1988, pp. 439-480; y en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, N° 227, Madrid, julio-septiembre 1985, (Primera Parte) pp. 487-514; y en *Revista de Estudios de Administración*

Local y Autonómica, N° 228, Madrid, octubre-diciembre 1985, (Segunda Parte), pp. 695-726.

169. LA DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO (1789) Y SU INFLUENCIA SOBRE LAS CONSTITUCIONES. EL CASO DE VENEZUELA, (multigrafiado), Ponencia al XIII Congrès International de Droit Comparé, Montreal, 1990, 57 pp.
170. EL NUEVO FEDERALISMO Y EL RETO DE HACER EL ESTADO ZULIA, COMISIÓN PARA LA REFORMA EL ESTADO, (COPRE-ZULIA), Gobernación del Estado Zulia, Maracaibo 1990, 20 pp.
171. LE DROIT COMMUNITAIRE EUROPÉEN: UNE EXPÉRIENCE POUR L'INTEGRATION ANDINE, The European Union in a Changing World, Bruxelles, 19-20 September 1996, Commission Européenne, Bruxelles 1996, 21 pp.
172. SOBRE EL CONCEPTO DE SEGURIDAD DEL ESTADO Y SU PRECISIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO. REFLEXIONES PARA EL PRÓXIMO MILENIO, Conferencia Magistral con motivo al XX Aniversario de la SECONASEDE, Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, Caracas, septiembre 1997, 20 pp.

3. Artículos en Revistas y Obras Colectivas

172. «Estudio sobre la Ley de Regulación de Alquileres de 1° de agosto de 1960» en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 113, Año XXIII, Caracas, julio-septiembre 1960, pp. 217-232.
173. «El Servicio de Cajas de Seguridad Bancarias» en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 115, Año XXIV, Caracas, enero-marzo 1961, pp. 75-104.
174. «El Derecho de Huelga en el concepto de Libertad en el Estado moderno» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 21, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1961, pp. 251-284.
175. «Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado y documento registrado» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 41, Año XI, Caracas, abril-mayo-junio 1962, pp. 187-221; y en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 23, Universidad Central de Venezuela, Caracas, junio 1962, pp. 347-378. Reproducido en la *Estudios sobre el Documento Público y Privado*, (Autores Venezolanos), Ediciones Fabretón, Caracas 1982, pp. 251-291.
176. «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.
177. «Algunas bases fundamentales del derecho público en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 27, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1963, pp. 143-147.
178. «Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano» en *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, N° 43, Madrid, enero-abril 1964, pp. 427-456; y en

- Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 127-128, Caracas, enero-diciembre 1964, pp. 19-61.
179. «La Hacienda Pública Venezolana. Bases Constitucionales para su Estudio» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 49, Año XIII, Caracas, abril-junio 1964, pp. 65-124. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo, Tomo II: El Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado*, 1976, pp. 71-128.
180. «El régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en Venezuela» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 51, Caracas, octubre-diciembre 1964, pp. 263-295; y como «Algunas notas sobre el régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano» en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 8, Año X, Madrid, abril-junio 1965, pp. 27-46.
181. «La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en la contratación administrativa» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-112; y como «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, Administración y Jurisprudencia*, Tomo 62, N° 2-3, Montevideo 1965, pp. 25-56. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: Recursos y Contratos Administrativos*, Caracas 1977, pp. 443-498.
182. «El poder discrecional en la jurisprudencia administrativa» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1964, pp. 187-194.
183. «Los contratos de la Administración en la doctrina de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 48, Año XIII, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 27-75.
184. «Los servidores del Estado en la doctrina de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 30, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1964, pp. 23-38.
185. «Los recursos administrativos o gubernativos en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 29, Universidad Central de Venezuela, Caracas, junio 1964, pp. 171-198.
186. «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.
187. «Aspectos de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *solve et repete*» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 33, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1965, pp. 17-26; y en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 53, Año XIV, Caracas, diciembre 1965, pp. 67-86. Publicado también en el libro *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol 1 Reglamentos, Procedimientos y Actos Administrativos*, Caracas 1976, pp. 97-115.

188. «Aspectos de la actividad contralora sobre los funcionarios públicos y sus consecuencias» en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 129, Caracas, enero-junio 1965, pp. 9-34; y en el libro *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1971, pp. 95-118.
189. «Estudio sobre los actos recurribles en vía contencioso administrativa emanados de la Contraloría General de la República» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 37, Contraloría General de la República, Caracas 1965, pp. 29-63.
190. «El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano» (en colaboración con Enrique Pérez Olivares) en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 32, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1965, pp. 103-126. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo V: La jurisdicción Contencioso-Administrativa, Vol. 2. Los recursos de anulación y de plena jurisdicción*, Caracas 1978, pp. 507-533.
191. «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.
192. «Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa» en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 54, Año XIV, Caracas, enero-diciembre 1966, pp. 83-112; y en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje al profesor Enrique Sayagüez Lazo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, Tomo V, pp. 743-769. Publicado también como «Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa en el sistema venezolano», en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol 1 Reglamentos, Procedimientos y Actos Administrativos*, Caracas 1976, pp. 65-95.
193. «Le régime des activités industrielles et commerciales des pouvoirs publics en droit compare» en *Rapports Généraux au VII Congrès International de Droit Comparé, Acta Instituti Upsaliensis Jurisprudentiae Comparativae*, Stockholm 1966, pp. 484-565.
194. «Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas» en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Uppsala, agosto 1966)*, publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, pp. 255-279; en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I: El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, Caracas 1975, pp. 15-41.
195. «La integración del Área Metropolitana de Caracas y la coordinación de los servicios de transporte urbano» en *Revista Taller*, Facultad de Arquitectura, Universidad Central de Venezuela, N° 20, Caracas 1966, pp. 23-27.

196. «El juicio “Municipalidad del Distrito Federal contra el Instituto Nacional de Hipódromos” por la aplicación de las Ordenanzas de Impuestos sobre Apuestas Lícitas (Comentarios críticos en torno a una Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil)» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 42, Contraloría General de la República, Caracas 1966, pp. 45-63.
197. «La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1966, pp. 151-166.
198. «La calificación de funcionarios o empleados públicos u obreros al servicio del Estado en la jurisprudencia administrativa venezolana» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 34, Universidad Central de Venezuela, Caracas, septiembre 1966, pp. 243-257.
199. «La Ley de Representación de los Trabajadores en los Institutos, Organismos de Desarrollo Económico y Empresas del Estado» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 4, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966-1967, pp. 199-212.
200. «Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias» en *Revista de Derecho Tributario*, N° 18, Caracas, mayo-junio 1967, pp. 1-36. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I: El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, Caracas 1975, pp. 43-78.
201. «El control de las empresas del Estado por grupos de intereses de la comunidad» en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XXXIII, N° 1, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1967, pp. 47-57.
202. «El Área Metropolitana de Caracas y la Cooperación Intermunicipal en materia de urbanismo» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 35, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1967, pp. 49-76. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo II: El Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado*, Caracas 1976, pp. 55-69.
203. «Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 37-38, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1967, pp. 293-302. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo V: La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Vol. 2. Los Recursos de Anulación y de Plena Jurisdicción*, Caracas 1978, pp. 496-506.
204. «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; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol. 2. Recursos y Contratos Administrativos*, Caracas 1977 pp. 499-522. Publicado también como «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 Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 19, Año XIII, Madrid, enero-marzo 1968, pp. 101-117.
205. «El control fiscal externo sobre las empresas públicas» en *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Fundación Rojas Astudillo, Años 1967-1968, N° 17, Caracas 1968, pp. 7-31.
206. «La réforme administrative au Vénézuéla» en *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique (Revue d'Administration Publique)*, N° 11, París, juillet-septembre 1969, pp. 41-57.
207. «Estrategia de la reforma administrativa en Venezuela» en *La Reforma de toda la Administración Pública por toda la Administración Pública*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, pp. 7-15. Publicado también como «Estrategia de la reforma administrativa en Venezuela (1969)», en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, 1980, pp. 27-32.
208. «Las limitaciones a la libertad de información en el Derecho Comparado (Prensa, Radio, Cine y Televisión)» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 47, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1970, pp. 9-47; y en *Revista Orbita*, Nos. 5-6, Caracas 1973, pp. 55-88.
209. «Palabras en el acto de la firma de la Instrucción Presidencial sobre los lineamientos generales de la Reforma Administrativa» en el libro *Lineamientos generales de la Reforma Administrativa*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, pp. 16-26.
210. «La reforma administrativa. Sus efectos y proyecciones en los Estados y Municipios» en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 61, Año XII, Contraloría General de la República, Caracas 1971, pp. 84-93. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 285-301.
211. «Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos», *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, pp. 233-234.
212. «La reforma administrativa en Venezuela a partir de 1969. Experiencias y planteamientos» en *Reforma Administrativa (documentos de un seminario)*, Instituto Centroamericano de Administración Pública, San José, Costa Rica 1971, pp. 74-90. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 112-134.
213. «La structure institutionelle de l'Organisation des Etats Americains» (en colaboración con Juan Garrido Rovira) en *Les organisations régionales internationales (Recueil de Cours)*, Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, Fascicule I, París 1971, pp. 487-521.
214. «Les sources du droit dans l'Organisation des Etats Americains», (en colaboración con Juan Garrido Rovira) en *Les Organisations Régionales Internationales*, Recueil de Cours, Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, Fascicule II, París 1971, pp. 811-825.
215. «Relations extérieurs de l'Organisation des Etats Americains», (en colaboración con Juan Garrido Rovira) en *Les Organisations Régionales Internationales*,

- Recueil de Cours, Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, Fascicule II, Paris 1971, pp. 1.115-1.170.
216. «Expropriation in Venezuela» (en colaboración con Enrique Pérez Olivares, Tomás Polanco e Hildegard Rondón de Sansó), en libro de A. Lowenfeld (ed.), *Expropriation in the America A. Comparative Legal Study*, New York 1971, pp. 199-240.
 217. «Le statut du fonctionnaire vénézuélien», *Annuaire International de la Fonction Publique*, Institut International d'Administration Publique, París 1972, pp. 393-404.
 218. «El régimen de gobierno municipal en el Distrito Federal» en *Estudio de Caracas*, Vol. VIII, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1972, pp. 113-201.
 219. «Comentarios sobre la reforma administrativa en México y Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, N° 25, México 1972, pp. 9-39. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 321-377.
 220. «Proyecto del Centro Regional Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)» en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XXXVIII, N° 3, (*Las Ciencias Administrativas en Venezuela*), Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1972, pp. 233-239.
 221. «Las propuestas de reforma de la Administración Pública Venezolana (1972)» en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XXXVIII, N° 3, *Las ciencias administrativas en Venezuela*, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1972, pp. 252-261; y en *Revista de Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, N° 23, México 1972, pp. 41-54. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 213-230.
 222. «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», *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Año XIII, N° 65, Contraloría General de la República, Caracas 1972, pp. 86-93; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III: La Actividad Administrativa. Vol. 2. Recursos y Contratos Administrativos*, Caracas 1977, pp. 523-531.
 223. «Problemas institucionales del desarrollo en Venezuela» en *Boletín de la Asociación Cultural Humboldt*, N° 8, Caracas 1973, pp. 49-72.
 224. «Obstáculos Políticos al desarrollo en Venezuela» en *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 1, Caracas 1973, pp. 103-128.
 225. «Aspects généraux de la procédure contentieuse administrative au Vénézuéla», *Etudes et Documents, Conseil d'Etat*, París 1973, pp. 339-363.
 226. «Caracas», en Rowat, D. (ed), *The Government of Federal Capitals*, Toronto 1973, pp. 113-130.

227. «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.
228. «Algunos criterios para la transformación de la Administración Pública (1974-1979)» en *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Contraloría General de la República, N° 73, Año XV, Caracas 1974, pp. 6-21. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 435-456.
229. «Reform Proposals for the Venezuelan Public Administration» en *Journal of Administration Overseas*, Vol. XIII, N° 4, Londres, october 1974, pp. 524-535.
230. «La Réforme Administrative Vénézuélienne a l'épreuve (1969-1973), Stratégies, Tactiques et Critéries», *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, N° 31, París 1974, pp. 7-50.
231. «Aspectos jurídicos de las relaciones entre el Gobierno Central y las empresas del Estado», *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 4, Caracas 1974, pp. 83-119. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 239-271.
232. «Perspectivas del proceso de reforma administrativa en los inicios del período constitucional 1974-1979» en *Revista de Control Fiscal*, N° 76, Año XVI, Contraloría General de la República, Caracas 1975, pp. 11-52; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XII, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1975, pp. 209-226. Publicado también en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 457-496.
233. «Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales en el derecho venezolano» en *Revista de Administración Pública*, N° 76, Madrid 1975, pp. 419-446. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Caracas 1977, pp. 15-50.
234. «La regionalización en materia económica en el Derecho Comparado» en *Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Planificación*, Nos. 124-127, Caracas 1975, pp. 49-69. Publicado también en *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela* (en colaboración con Norma Izquierdo Corser), Caracas 1977, pp. 193-220.
235. «Comentarios sobre las recientes regulaciones urbanísticas relativas a la Región Capital» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 54, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 109-153.
236. «Leyes susceptibles de impugnación mediante el recurso de inconstitucionalidad» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 56, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 71-90.
237. «La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el Derecho Venezolano» en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Montevideo, Nos. 3-4, año XXIII, Montevideo 1975, pp. 157-169.
238. «Estudio sobre la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos de registro» en *Libro Homenaje a la Memoria de*

- Joaquín Sánchez Covisa*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 425-480»; y en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1975*, Caracas 1976, pp. 139-195.
239. «Comentarios sobre el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones administrativas» en *Revista de Control Fiscal*, N° 83, Año XVII, Contraloría General de la República, Caracas 1976, pp. 9-17.
240. «Regional integration in Central and Latin America: a progress report» en C.M. Schmistthoff and K.R. Simmonds, (ed), *International Economic and Trade Law*, Leyden 1976, pp. 13-33.
241. «The administrative reform experience in Venezuela 1969-1975: Strategies, Tactics and Perspectives», en A.F. Leemans (ed.), *The Management of Change in Government*, La Haya 1976, pp. 213-237.
242. «Introducción al estudio del régimen legal de las empresas públicas en Venezuela» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 21, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1976, pp. 83-120.
243. «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.
244. «La distinción entre las personas jurídicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 57, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 115-135; y en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, Buenos Aires 1977, pp. 15-29. Publicado también en *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas 1984, pp. 223-248.
245. «Las cesiones obligatorias de la propiedad privada a los entes públicos por razón de urbanismo, con especial referencia a las áreas verdes, áreas educacionales y calles» en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, N° 1, Caracas 1976, pp. 13-54.
246. «El proceso jurídico-organizativo de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela» en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 58, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 53-88; publicado también como «Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela» en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. III, 1972-1979, Tomo 1, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 407-491; y en Marcos Kaplan (Coordinador), *Petróleo y Desarrollo en México y Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1981, pp. 333-432.
247. «Regionalization in Economic Matters in Comparative Law» en *Rapports Generaux au IX Congrès International de Droit Comparé, Teherán 1974*, Bruselas 1977, pp. 669-696.
248. «Consideraciones sobre el régimen jurídico-administrativo de Petróleos de Venezuela S.A.» en *Revista de Hacienda*, N° 67, Año XV, Ministerio de Hacienda, Caracas 1977, pp. 79-99.

249. «Venezuela» (National Report) en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 1, La Haya 1977, pp. V-5 a V-19.
250. «Algunas soluciones institucionales para el Área Metropolitana de Caracas» en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, N° 2, Caracas 1977, pp. 17-39. Publicado también en *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela* (en colaboración con Norma Izquierdo Corser), Caracas 1977, pp. 221-242.
251. «Les cessions obligatoires de propriété aux organismes municipaux pour raisons d'urbanisme» en *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse 1978, pp. 159-187.
252. «Aspectos jurídicos de las relaciones entre el Gobierno Central y las empresas del Estado» en *Gobierno y Empresas Públicas en América Latina*, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, SCIAP, Buenos Aires 1978, pp. 151-184.
253. «El régimen de competencia entre empresas públicas y empresas privadas en el sistema económico venezolano» en *Ponencias Venezolanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado (Budapest, Hungría, 23/28 agosto de 1978)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1978, pp. 261-300; y como «La intervención del Estado en la actividad mercantil» en *Jornadas de Derecho Mercantil*, Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1978, pp. 529-560.
254. «Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías» en *Anuario de Derecho Ambiental 1977*, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Caracas 1978, pp. 72-112.
255. «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.
256. «El urbanismo en Venezuela y la cuestión jurídico-institucional» en *Revista de Acción Municipal de Venezuela*, N° 53, Caracas 1978, pp. 25-29; y en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, N° 22, Madrid 1979, pp. 325-337.
257. «Comentarios» en José López Portillo, Alejandro Carrillo Castro, Luis García Cárdenas, Arne F. Leemans, Allan R. Brewer-Carías, Andrés de la Oliva de Castro y Hahn Been Lee, *Como reformar la Administración Pública. Visita al Presidente de la República*, Instituto Nacional de Administración Pública, Cuadernos Serie Praxis, N° 10, México 1978, pp. 14-19.
258. «Evolução do conceito do contrato administrativo» en *Revista de Direito Publico* Nos. 51-52, Sao Paulo, julio-diciembre 1979, pp. 5-19.
259. «La proyectada creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena y la cuestión constitucional en el proceso de integración económica latinoamericana» en *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado Dr. Roberto Goldschmidt*, Caracas, enero 1978, Maracaibo 1979, pp. 148-197.

260. «El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares» en *El Control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 169-194. Publicado también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol. 1, Caracas 1978, pp. 53-85.
261. «La participación política a nivel local» en *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, edición conmemorativa del 42 Aniversario de la creación de la Guardia Nacional, Caracas 1980, pp. 35-62. Publicado también en el libro *Política, Estado y Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1979, pp. 199-240; en *Revista Resumen*, N° 277, Caracas 25/02/79, pp. 13-22; y como «La participación política en la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal» en *Libro Homenaje a Rafael Pizani*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 45-59.
262. «50 años en la evolución institucional de Venezuela 1926-1976», en R. J. Velásquez y otros *Venezuela Moderna, Medio Siglo de Historia 1926-1976*, Fundación Eugenio Mendoza, 2ª edición, Barcelona 1979, pp. 533-761.
263. «El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela» en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1.139-1.246.
264. «La evolución y situación actual del régimen del derecho de propiedad en Venezuela» en *Estudios de Derecho Económico*, Vol III, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pp. 7-64.
265. «Adquisición de la propiedad privada por parte del Estado en el Derecho Venezolano» en *Revista de Control Fiscal*, N° 94, Contraloría General de la República, Caracas 1979, pp. 61-84. Publicado también en el libro *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI: La Propiedad y la Expropiación por causa de utilidad pública e interés social, Caracas 1979, pp. 17-45; y en *Seminario Internacional sobre Derecho Urbano*, Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, Cali 1994, pp. 191-245.
266. «Las Fuerzas Armadas Nacionales y la organización de la Administración Central» en *Normativa Fundamental de la Guardia Nacional y de sus Funciones Institucionales*, Obra Conmemorativa del 42 Aniversario de la creación de la Guardia Nacional 1937-1979, Tomo I, Vol. I, Mérida 1979, pp. 27-93.
267. «Las Reformas al Estado. Algunas ideas para un Proyecto del Estado Contemporáneo en Venezuela» en Rafael Caldera y otros, *Sobre la Democracia*, Editorial Ateneo de Caracas, Caracas 1979, pp. 173-205. Publicado también como «El Estado venezolano carece de contemporaneidad» en *Revista Resumen*, N° 245, Vol. XX, Caracas 16/07/78, pp. 18-36; y en *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas 1979, pp. 39-84.
268. «Aspectos del derecho público interno aplicable a las empresas de producción internacional» en *Regulación Jurídica de las Empresas Multinacionales y Transnacionales*, Colegio Universitario Francisco de Miranda, Caracas 1979, pp. 133-166.

269. «La descentralización política y el régimen de los Estados en la Federación Venezolana» en *Jurídica. Revista del Colegio de Abogados del Estado Mérida*, N° 9, Mérida, diciembre 1979, pp. 77-113.
270. «Los aspectos legales e institucionales de la creación de la Autoridad Metropolitana del Transporte» en *Autoridad Metropolitana de Transporte*, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Caracas 1979, pp. 11-20.
271. «Discurso de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nos. 75-76, Caracas 1979, pp. 75-99.
272. «Principios generales de la organización administrativa de la Administración Central, con particular referencia a la administración ministerial» en *Bases jurídicas y organización de las Áreas y Autoridad de Desarrollo Rural Integrado*, Tomo II, (multigrafiado), Caracas 1979, pp. 62-69; y en *Revista de Derecho Público*, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980, pp. 5-22.
273. «Las empresas públicas y las empresas privadas en el sistema económico venezolano» en *Revista Latinoamericana de Administración Pública*, N° 10-11, Instituto Nacional de Administración Pública, México 1980, pp. 609-632.
274. «Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos» en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, N° 8, Año 5, Lima 1980, pp. 239-258; en *Revista Resumen*, N° 294, Caracas 24/06/79, pp. 29-38; y en *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas 1979, pp. 85-122.
275. «Aspectos institucionales de la ordenación del territorio en el Estado Yaracuy» en *Primer Congreso sobre el Desarrollo Integral del Estado Yaracuy, Informe Final y Documento Base*, Caracas 1980, pp. 303-308.
276. «Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso administrativo de anulación» en *Revista de Control Fiscal*, N° 96, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 11-33.
277. «Comentarios sobre la nueva Constitución del Estado Yaracuy de 22 de diciembre de 1979» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 67-73.
278. «Comentarios a la Ley sobre normas técnicas y control de calidad de 30 de diciembre de 1979» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 74-78.
279. «Comentarios sobre los Reglamentos de Organización de los Ministerios de Fomento, Educación, Juventud e Información y Turismo» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 79-82.
280. «Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 45-50.

281. «Aspectos institucionales de la ordenación del territorio» en *Ciclo de Conferencias sobre el Proceso de Ordenación Territorial*, Cámara de Diputados, Caracas 1980, pp. 9-40.
282. «Comentarios sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal» en *Revista de Derecho Público*, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980, pp. 179-183.
283. «Comentarios a las Normas para el desarrollo y control de Urbanizaciones dictadas por Decreto N° 668 de 3 de julio de 1980» en *Revista de Derecho Público* N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 77-88.
284. «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.
285. «El auto de admisión en los recursos contencioso-administrativos de anulación» en *Revista del Consejo de la Judicatura*, N° 19, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 43-50.
286. «Aspectos procesales de la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad en los recursos contencioso-administrativos de anulación» en A. Moles y otros, *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas 1980, pp. 125-178.
287. «La reforma del Estado Yaracuy: la revitalización del Federalismo» en *Revista de Estudios Municipales*, N° 8-9, Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal, Caracas 1980, pp. 13-25.
288. «Las condiciones político-administrativas internas para el funcionamiento del derecho internacional público», en OEA, *Sexto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Washington 1980, pp. 259-292.
289. «Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 27-30.
290. «Comentarios sobre el régimen jurídico de la industria automotriz» en *Revista de Derecho Público* N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 89-101.
291. «Comentarios en torno a la suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía contencioso administrativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 189-193.
292. «El servicio público de correos como servicio reservado al Estado» en *Revista de Control Fiscal*, N° 99, Contraloría General de la República, Caracas, octubre-diciembre 1980, pp. 83-96.
293. «Aspectos del control parlamentario sobre la Administración Pública Nacional en Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, N° 92, Madrid, mayo-agosto 1980, pp. 425-440; publicado como «Aspectos del control político sobre la Administración Pública» en *Revista de Control Fiscal*, N° 101, Contraloría General de la República, Caracas, abril-junio 1981, pp. 107-130.

294. «Aspectos institucionales del Estado Yaracuy y de su ordenación territorial» en *1^{er} Congreso sobre Desarrollo Integral del Estado Yaracuy*, Tomo II Ponencias, Gobernación del Estado Yaracuy, San Felipe 1981, pp. 629-699.
295. «Comentarios sobre las autorizaciones industriales en la industria automotriz» en *Revista de Derecho Público*, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1981, pp. 37-44.
296. «La corrupción administrativa» en *Revista Administración y Hacienda*, Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública, N° 21, Caracas, abril 1981, pp. 1-3.
297. «Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias» en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1981, pp. 65-71.
298. «Comentarios sobre el impuesto municipal de patente de industria y comercio» en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1981, pp. 199-208.
299. «La autonomía de los Estados y la inversión coordinada del Situado Constitucional» en *Revista de Control Fiscal*, N° 102, Contraloría General de la República, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 39-46.
300. «El principio de la legalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista del Consejo de la Judicatura*, N° 22, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 5-14.
301. «Régimen jurídico del traslado de Industrias» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 5-32.
302. «Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 115-117.
303. «Comentarios sobre el sistema de sanciones administrativas en la Ley de Protección al Consumidor» en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 118-122.
304. (En colaboración con Mary Ramos Fernández) «Evolución jurisprudencial del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo», en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 197-203.
305. «La formation des fonctionnaires en Amerique Latine» en *Revue Francaise d'Administration Publique*, N° 19, Institut International d'Administration Publique, París, juillet-septiembre 1981, pp. 69-74.
306. «El sistema político venezolano y sus problemas actuales» en *Revista de Estudios Políticos*, N° 0, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 41-53.
307. «El Manifiesto de Porlamar y la reforma del Estado» en *Revista de Estudios Políticos*, N° 0, Caracas 1981, pp. 64-67.
308. «Los problemas institucionales de la Capital» en *Foro. Caracas Ya. 14 Conferencias*, Caracas 1981, pp. 199-223.

309. «El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1981, pp. 27-34.
310. «Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública en Costa Rica» en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, N° 1, pp. 47-58.
311. «La competencia general de los Municipios» en *Derecho Venezolano en 1982, Ponencias al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 589-601.
312. «La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control», en *El Derecho Venezolano en 1982, Ponencias al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 603-617.
313. «Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista de Control Fiscal*, N° 104, Contraloría General de la República, Caracas 1982, pp. 113-133.
314. «Comentarios a la Ley de Mercado de Capitales» en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 283-302.
315. «El régimen de los servicios públicos municipales dentro de las competencias municipales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal» en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1982, pp. 5-18.
316. «Comentarios sobre las implicaciones de la reconducción del Presupuesto, con motivo del proceso de sanción de la Ley de Presupuesto para 1982» en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1982, pp. 103-108. Publicado también en el libro *Estudios de Derecho Público*, Tomo I (labor en el Senado 1982), Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1963, pp. 195-207.
317. «La reforma del sistema político venezolano. El centralismo del Estado y las exigencias de la descentralización política», *Revista de Estudios Políticos* N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1982, pp. 5-10.
318. «Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia respecto de los asuntos secretos» en *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1982, pp. 25-42.
319. «Las pruebas en derecho administrativo» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 87-88, Caracas 1982, pp. 175-204.
320. «La estructura político-administrativa de Venezuela» en *Desarrollo, Seguridad y Defensa. Temas del IADEN*, N° 4, Caracas 1982, pp. 145-187.

321. «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.
322. «El sentido de la autonomía de los Estados y sus limitaciones» en *Revista de Derecho Público*, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1982, pp. 55-63.
323. «La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Contencioso-Administrativo» en *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV, 1980-81, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, pp. 179-254.
324. «La formación del abogado y los problemas del ejercicio de la abogacía» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 91, Caracas, enero-marzo 1983, pp. 23-39; publicado también en el folleto *Día Nacional del Abogado*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Cuadernos N° 4, Caracas 1983, pp. 21-35.
325. «La urbanización en Venezuela y la ausencia de un derecho urbanístico» en *Derecho Urbanístico, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. V, 1982, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, pp. 15-29.
326. «Aspectos del régimen jurídico de la moneda» en *Revista de Derecho Público*, N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1983, pp. 5-20.
327. «Recientes regulaciones sobre control de precios» en *Revista de Derecho Público* N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1983, pp. 83-91.
328. «Comentarios a la Enmienda Constitucional N° 2 de 1983» en *Revista de Derecho Público*, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1983, pp. 109-115.
329. «Fundamentos constitucionales del sistema electoral venezolano» en *Revista de Derecho Público*, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1983, pp. 5-20.
330. «Las funciones instructoras de la policía judicial y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público» en *Revista de Derecho Público*, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1983, pp. 59-62.
331. «La organización político institucional del sector agrícola» en María Teresa Rosales y Humberto Fontana (compiladores), *El Desafío Agrícola. Políticas para la Agricultura Venezolana en los años 80*, ILDIS, Caracas 1983, pp. 93-99.
332. «Normativa electoral venezolana» en Conciencia 21 (Ed.), *Sistema Político y Campañas Electorales*, Caracas 1983, pp. 85-99.
333. «Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela» en *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1983, pp. 5-20; y *El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1986, pp. 215-231; y

- como «El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela» en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Vol I, Madrid, enero-diciembre 1983, pp. 685-704, y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 7-24.
334. «Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos de efectos particulares» en *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1983, pp. 227-233.
335. «La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela» en *Estudios de Derecho Económico*, Vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 7-46.
336. «Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos» en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLIX, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1983, pp. 247-258.
337. «El problema de la definición del acto administrativo» en *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78.
338. «Las fundaciones y su control por el Estado» en *Revista de Derecho Público*, N° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1984, pp. 5-18; y en *Síntesis de la Actividad Fundacional en Venezuela*, Fede-Fundaciones, N° VI, Caracas 1984, pp. 1-6.
339. «Naturaleza jurídica del Centro Simón Bolívar C.A., Especial referencia al carácter de los miembros de la Junta Directiva» (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz) en *Revista de Derecho Público*, N° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1984, pp. 68-78.
340. «Estructuras gubernamentales para la Venezuela posible: Aspectos de la Reforma del Estado», *Venezuela: Gerencia y Política*, Asociación Venezolana de Ejecutivos, Caracas 1984, pp. 309-314.
341. «El régimen de los Territorios y Dependencias Federales», en *Revista de Derecho Público*, N° 18, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1984, pp. 85-98.
342. «Los poderes de los Tribunales Agrarios para adoptar medidas preventivas y los efectos de los actos administrativos autorizatorios de movimientos de tierra» en *Revista de Derecho Público*, N° 18, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1984, pp. 211-216.
343. «La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo» en *Revista de Derecho Público*, N° 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1984, pp. 207-217.
344. «Ideas centrales sobre la organización el Estado en la Obra del Libertador y sus Proyecciones Contemporáneas» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 95-96, enero-junio 1984, pp. 137-151.
345. «Descentralización política y participación» en *Comunitarismo*, Jornadas Internacionales sobre Pensamiento Comunitario, Tomo II, Centro de Estudios Comunitarios, Universidad de Los Andes, Mérida 1984, pp. 161-186.
346. «Ventajas y desventajas de la revisión de los actos administrativos emanados de las Comisiones Nacionales de Valores por parte del Superior Jerárquico,

- en sede administrativa» en *Aspectos Jurídicos de los Mercados de Capital en América Latina y el Caribe*, Instituto Interamericano de Mercados de Capital, Caracas 1985, pp. 191-198.
347. «El régimen de las fundaciones en el Decreto-Ley N° 401 de 14 de diciembre de 1984» en *Revista de Derecho Público*, N° 20, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1984, pp. 96-100.
348. «El control de precios y la Ley que crea la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios» en *Revista de Derecho Público*, N° 20, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1984, pp. 100-103.
349. «El régimen municipal en Venezuela» en *Derecho Municipal Iberoamericano*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1985, pp. 339-567.
350. «La Administración Pública y sus problemas políticos», *Investigación y Gerencia, Revista Venezolana de Gestión*, Vol. II, N° 2, Caracas, abril-junio 1985, pp. 116-126.
351. «La acción de incumplimiento» en *Seminario sobre Integración Andina* (celebrado por iniciativa del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena), Universidad Católica Andrés Bello, (multigrafiado), Caracas, marzo 1985, pp. 130-150.
352. «El desarrollo institucional del Estado Venezolano» en *Apreciación del proceso histórico venezolano*, Universidad Metropolitana, Caracas 1985, pp. 43-75; 2ª edición, Fondo Editorial Interfundaciones, Colección Seminario, Caracas 1988, pp. 65-74.
353. «El régimen jurídico de las fundaciones y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público» en *El Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VI, 1983, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 179-213.
354. «La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos» en *El Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VI, 1983, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 303-377. Publicado también en el libro *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, pp. 7-77.
355. «Consideraciones sobre la actividad interna de la Administración y sus formalidades», *Revista de Derecho Público*, N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1985, pp. 39-43.
356. «Comentarios sobre la naturaleza y alcance de la intervención del Procurador General de la República en juicios en los que ésta tenga interés», *Revista de Derecho Público*, N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1985, pp. 44-61.
357. «Democracia, Sociedad y Administración Pública (algunas reflexiones sobre el caso venezolano)» en *Congreso Iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1985, pp. 291-355.

358. «El Principio de la distribución del poder en el mundo moderno» en *Estudios Jurídicos. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1985, Tomo I, pp. 43-67.
359. «El derecho de amparo y la acción de amparo», en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1985, pp. 51-61.
360. «El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas» en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1985, pp. 5-32; en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 275-310; y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 25-60.
361. «El carácter de Petróleos de Venezuela S.A. como instrumento del Estado en la Industria Petrolera» en *Revista de Derecho Público*, N° 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1985, pp. 77-86.
362. «Algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y la cuestión de los actos de Estado (*act of state*) en la jurisprudencia norteamericana» en *Revista de Derecho Público*, N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1985, pp. 29-42.
363. «Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela», en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1986, pp. 5-30.
364. «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*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.
365. «Las vicisitudes del pago de la deuda privada externa y las incongruencias jurídicas del Poder Ejecutivo», en *Revista de Derecho Público*, N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1986, pp. 35-49.
366. «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. Publicado como «Las cláusulas obligatorias y los principios especiales en la contratación administrativa» en *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá, 1986, pp. 91-124.
367. «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.
368. «Discurso» en el acto de investidura del Doctorado Honoris Causa, Universidad de Granada, en *Discurso pronunciado en el acto de Investidura Doctor Honoris Causa de los Profesores Allan R. Brewer-Carías, J.E. Keller y Ludwig Demling*, Universidad de Granada, 1986, pp. 27-41.
369. «La Administración Pública Regional. Los Estados y los Municipios», *Jornadas para un mejor conocimiento de la Administración Pública*,

- Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1987, pp. 59-70 y 78-88.
370. «Algunos aspectos de los procedimientos administrativos en materia ambiental» en *Régimen Jurídico-Institucional de la Ordenación del Ambiente*, Fundación Polar y la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1987, Tomo III, pp. 13-47.
371. «Consideraciones sobre la causación de las tasas de los servicios eléctricos y su aplicación temporal» en *Revista de Derecho Público*, N° 29, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1987, pp. 51-60.
372. «Obligaciones urbanísticas de la propiedad inmueble derivadas de la regulación de los servicios educativos» en *Revista de Derecho Público*, N° 30, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1987, pp. 63-73.
373. «Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) de Venezuela» en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 6, San José, julio-diciembre 1987, pp. 135-178.
374. «La restricción a las libertades económicas o de cómo establecer nuevas regulaciones de control de precios al margen de la Ley de Protección al Consumidor» en *Revista de Derecho Público*, N° 31, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1987, pp. 62-67.
375. «Comentarios a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística: El control urbanístico previo y la nueva técnica autorizatoria» en *Revista de Derecho Público*, N° 32, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1987, pp. 48-54.
376. «La decisión en materia de control de constitucionalidad en el derecho venezolano» en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 66 (Ponencias Venezolanas al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado), Universidad Central de Venezuela, Caracas 1987, pp. 135-170.
377. «La opción del desacuerdo» en *Heterodoxia y Estado, 5 Respuestas, Estado y Reforma*, Revista de IDEAS, COPRE, Caracas 1987.
378. «La reforma del sistema electoral» en *Revista Venezolana de Ciencias Políticas*, CEPESAL-Postgrado en Ciencias Políticas, Universidad de Los Andes, N° 1, Mérida, diciembre 1987, pp. 55-75.
379. «Papel de las políticas gubernamentales en la gestión del Estado Moderno» en *Políticas gubernamentales para la eficacia del Estado*, Asociación Latinoamericana de Administración Pública, Ecuador, Quito, 1987, pp. 39-71.
380. «Las estructuras territoriales» en *Jornadas para un mejor conocimiento de la Administración Pública*, Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas 1987, pp. 57-94.
381. «Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) de Venezuela» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año N° 63, Año XXI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, septiembre-diciembre 1988, pp. 1.107-1.159.

382. «El caso del bono compensatorio o de cómo se ignora el régimen de los Decretos-Leyes y se desquicia el régimen de la economía» en *Revista de Derecho Público*, N° 33, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1988, pp. 167-181.
383. «Estructura jurídica del sector inmobiliario» en *Inmobiliaria*, Edición Especial IV Convención Inmobiliaria, Ponencias, Cámara Inmobiliaria de Venezuela, Caracas 1988, pp. 39-44.
384. «Los principios del procedimiento de amparo» en *El amparo constitucional y su impacto en la gerencia*, Foro Asociación Venezolana de Ejecutivos, Caracas, mayo 1988, pp. 5-11.
385. «El problema del amparo contra sentencias o de cómo la Sala de Casación Civil remedia arbitrariedades judiciales» en *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1988, pp. 157-171.
386. «Commentary» en R.A. Goldwin and A. Kaufman (ed), *Constitution Makers on Constitution Making*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D.C. 1988, pp. 379-387.
387. «Consecuencias Jurídicas del restablecimiento de las garantías económicas», en *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1988, pp. 69-73.
388. «Situación actual del derecho de amparo en Venezuela» en *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, Tomo III, Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, pp. 1.703-1.759.
389. «Los problemas de la federación centralizada en Venezuela» en *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, N° 12, Perú, diciembre 1988, pp. 49-96.
390. «El recurso de amparo contra sentencias de amparo dictadas en segunda instancia» en *Revista de Derecho Público*, N° 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1988, pp. 160-172.
391. «Municipio, democracia y participación. Aspectos de la crisis» en *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, N° II, Caracas, junio 1988, pp. 13-30.
392. «Papel de las políticas gubernamentales en la gestión del Estado Moderno» en *Políticas gubernamentales para la eficacia del Estado*, Asociación Latinoamericana de Administración Pública, Quito 1988, pp. 39-73.
393. «El poder judicial en Venezuela y la justicia constitucional: Control de la constitucionalidad y amparo a los derechos fundamentales» en *Elementos para una reforma de la Constitución*, Congreso Internacional sobre la Reforma de la Constitución, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1988, pp. 47-135.
394. «Consideración sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales» en *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1989, pp. 5-25.
395. «Notas sobre la Democracia y el Estado de Partidos» en *Politemas, La Revista de los Procesos Políticos*, Año 3, No 7, Caracas, 1989, pp. 10-14.

396. «Evolución Institucional en Venezuela 1974-1989» en *Venezuela Contemporánea 1974-1989*, Fundación Eugenio Mendoza, Caracas 1989, pp. 325-561.
397. «La Guardia Nacional como Policía Nacional y las limitaciones al Poder de Policía» en *Revista de la Escuela Superior Fuerzas Armadas de Cooperación*, Edición Especial Conmemorativa, 51 Aniversario, Caracas 1989, pp. 1-27.
398. «El régimen de protección al consumidor y su aplicación a empresas productoras de bienes no sometidos a regulación de precios», en *Revista de Derecho Público*, N° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1989, pp. 39-50.
399. «Administración Pública. Siglo XX» en *Diccionario de Historia de Venezuela*, Fundación Polar, Caracas 1989, Tomo I, pp. 43-53.
400. «Territorio de Venezuela. Período Republicano», en *Diccionario de Historia de Venezuela*, Tomo II, Fundación Polar, Caracas 1989, pp. 867-874.
401. «La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes», en *Revista de Derecho Público*, N° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1989, pp. 157-175.
402. «El régimen de control de precios y algunas inconstitucionalidades» en *Revista de Derecho Público*, N° 38, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1989, pp. 53-57.
403. «El Poder Municipal, vigencia histórica y política de los Ayuntamientos» en *El Municipio Moderno y la Participación Social*, Centro de Promoción del Hombre, Caracas 1989, pp. 23-30.
404. «La nulidad de los actos electorales: Una perspectiva constitucional comparada» en *Transición democrática en América Latina: reflexiones sobre el debate actual, Memoria III Curso Anual Interamericano de Elecciones*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, San José 1990, pp. 89-137.
405. «Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires», *Rapports Généraux XIIIe Congrès International*, Académie Internationale de Droit Comparé, Montreal 1990, pp. 795-824.
406. «Consideraciones sobre la ejecución de los actos administrativos (a propósito de los actos administrativos que ordenan el desalojo de viviendas)» en *Revista de Derecho Público*, N° 41, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1990, pp. 163-176.
407. «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.
408. «El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias en Tratados Internacionales y la cuestión Constitucional de la Integración Latinoamericana» en *Revista de Derecho Público*, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1990, pp. 225-229
409. «Discurso» en *I Jornadas de Coordinación del Gobierno Local, Documento Final*, Mérida, 28-29 Junio 1990, Corpoandes, Alcaldía de Mérida, Mérida 1990, pp. 134-141.

410. «La descentralización política en Venezuela: 1990. El inicio de una reforma» en Dieter Nohlen (editor), *Descentralización Política y Consolidación Democrática Europa-América del Sur*, Madrid-Caracas 1991, pp. 131-160. Publicado también en *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Caracas 1990, pp. 7-53.
411. «Reflexiones sobre la Constitución económica» en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo V, pp. 3.839-3.853. Publicado también en *Revista de Derecho Público*, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1990, pp. 5-16.
412. «El Preámbulo de la Constitución» en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1991, pp. 31-36.
413. «Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela» en *Financiación y democratización interna de partidos políticos. Aproximaciones. Memoria IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-CAPEL, San José, 1991, pp. 121-139.
414. «La Constitución de 1961 y los problemas del Estado Democrático y Social de Derecho» en *Reflexiones sobre la Constitución (Tres Décadas en vigencia)*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1991, pp. 15-38; y en *La Constitución Nacional, 30 años después*, Anuario Homenaje del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho al Centenario de la Universidad de Carabobo, Valencia 1992, pp. 193-216.
415. «La universalidad del control contencioso-administrativo» en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1991, pp. 5-22.
416. «La Constitución como fuente del derecho administrativo» en *Revista de Derecho Público* N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas julio-septiembre 1991, pp. 35-41.
417. «El derecho de amparo en Venezuela» en *Revista de Derecho*, N° 1, año V, Facultad de Derecho, Universidad Central, Santiago de Chile 1991, pp. 151-178; y en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1992, pp. 7-53.
418. «Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1991, pp. 51-66.
419. «El control de la acción administrativa municipal» en *XX Congreso Interamericano de Municipios*. Servicios Básicos Municipales: Derechos y Deberes de los Ciudadanos, OICI, Madrid 1991, pp. 135-148.
420. «La universalidad del control contencioso administrativo» en *Libro de la Amistad en Homenaje a Enrique Pérez Olivares*, Caracas 1992, pp. 203-226.
421. «El sistema constitucional venezolano» en D. García Belaúnde, F. Fernández Segado y R. Hernández Valle (Coordinadores), *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Madrid 1992, pp. 771-815.

422. Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la administración» en *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1992, pp. 5-26; en *Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 331-368; y en «*Homenaje al profesor Eduardo Ortíz Ortíz*», Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica, San José, Costa Rica 1994, pp. 539-561.
423. «La nulidad de actos electorales y su influencia en las Elecciones (a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 11-12-90)» en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1992, pp. 199-205.
424. «Consideraciones sobre el régimen jurídico de los juegos y apuestas lícitas» en *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 2, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1992, pp. 63-68.
425. «Problemas de la Federación centralizada (A propósito de la elección directa de Gobernadores)», *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1992, pp. 85-131.
426. «Las provincias coloniales y la organización territorial del Estado venezolano» en *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1992, pp. 5-14.
427. «Bases del sistema concentrado de justicia constitucional» en *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas octubre-diciembre 1992, pp. 25-39.
428. «Discurso» en *Ceremonial y Discursos Pronunciados en el Acto de Investidura de Doctor Honoris Causa del Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, abril 1992, pp. 47-54.
429. «El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa» en Manuel José Cepeda (editor), *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Editorial Temis, Bogotá 1993, pp. 21-81; y en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo 3, Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 2.695-2.748.
430. «La anulación de las elecciones de Gobernadores de Diciembre de 1992 en los Estados Barinas y Sucre (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30-03-93)», en *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 3, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, enero-junio 1993, pp. 141-146.
431. «Consideraciones sobre el régimen jurídico de las quebradas y el carácter de propiedad privada de sus causas o lechos (con especial referencia a las situadas en zonas urbanas)» en *Revista de Derecho Público*, Nos. 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1993, pp. 94-100.
432. «Comparaciones de los modelos español y francés con el proceso venezolano (de descentralización)» en *Descentralización y modernización del Estado en Venezuela, III Jornadas de la Procuraduría General del Estado Aragua*, Maracay 1993, pp. 241-258.

433. «Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección» en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1994, pp. 53-66.
434. «Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias» en *Revista de Derecho Público*, N° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-junio 1994, pp. 5-24.
435. «Consideraciones sobre el régimen jurídico histórico y actual de los ejidos (con especial referencia a los ejidos de Caracas)» en *Revista de Derecho Urbanístico*, N° 5, Caracas 1994, pp. 7-30.
436. «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.
437. «Introducción al régimen legal de la ordenación urbanística» en *Seminario Internacional sobre Derecho Urbano*, Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, Cali 1994, pp. 247-290.
438. «Discurso en el acto realizado con motivo de la presentación de la obra *Liber Amicorum*, Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci Abraham» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 129, Año LXXI, Caracas, 1994, pp. 81-96.
439. «Los problemas de la Administración Pública y la capacidad de acción del Estado en América Latina» en Manfred Molds y Josef Thesing (Ed.), *El Estado en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano CIEDLA, Buenos Aires 1995, pp. 175-248.
440. «La Justicia Constitucional» en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLV N° 3, Lima, julio-septiembre 1995, pp. 121-180.
441. «Sistemas Jurídico Administrativos de la Ciudad» en *Caracas, Presente, y Futuro. Ideas para transformar una ciudad*, Alcaldía de Caracas, 1995, pp. 65-73.
442. «El Federalismo en la historia política venezolana» en *Provincia. Revista del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales*, N° 1, Mérida, diciembre 1995, pp. 19-27.
443. «La formación del Estado Venezolano» en *Paramillo. Miscellanea Ioseph del Rey Fajardo, S.J. Sexagenario dicata*, N° 14, Caracas 1995, pp. 197-361; y en *II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 33-217.
444. «El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia» en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-diciembre 1993, pp. 47-59; y en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172.

445. «Discurso de Orden en la Sesión Solemne de la Asamblea Legislativa del Estado Táchira con motivo del Aniversario de la primera Constitución del Estado del 21 de septiembre de 1964» en *Revista Foro Judicial*, N° 1, Colegio de Abogados del Estado Táchira, Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Santiago Briceño, San Cristóbal 1995, pp. 36-53.
446. «Palabras con motivo de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo» en *Contencioso Administrativo, Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1995*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, pp. 31-39 y 783-790.
447. «La función de la Procuraduría General de la República en la Emergencia Financiera» en *Aspectos Fundamentales de la Emergencia Financiera*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 10, Caracas 1996, pp. 107-132.
448. «El reto democrático de la descentralización» en *La Gerencia Necesaria*, Maracaibo 1996, pp. 153-179; publicado también en la obra *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, pp. 147-202.
449. «Control de la constitucionalidad. La justicia constitucional» en *El Derecho Público de finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV, Editorial Civitas, Madrid 1996, pp. 517-570.
450. «La Justicia Constitucional en América Latina» en *Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio, Memorias Congreso Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996, pp. 466-516; y en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 309, Santa Fe de Bogotá, Colombia, julio 1997, pp. 81-133.
451. «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, Caracas 1996*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1996, pp. 23-73.
452. «El sistema panameño de control concentrado de constitucionalidad en el Derecho Comparado» en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano, IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Volumen II, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, 1996, pp. 889-974.
453. «El régimen de gobierno y administración municipal» en *Provincia, Revista del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales*, CIEPROL, N° 3-4, Mérida 1997, pp. 20-24.
454. «Fundamentos de los derechos humanos y la Constitución cubana. Comentarios sobre las exposiciones de los Profesores Cubanos» en *Seminario sobre Derechos Humanos La Habana, 30-31 mayo, 1º junio 1996*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Unión Nacional de Juristas de Cuba, San José, 1997.

455. «Comentarios sobre el derecho al desarrollo» en *Seminario sobre Derechos Humanos La Habana, 30-31 mayo, 1º junio 1996*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Unión Nacional de Juristas de Cuba, San José, 1997, pp. 191-202.
456. «La descentralización en la perspectiva de la democracia del futuro» (Comentarios), en *La integración y la democracia del futuro en América Latina*, Ministerio para el Enlace entre el Ejecutivo Nacional y el Congreso de la República, Congreso Nacional de la República de Venezuela, Ediciones Nueva Sociedad, Caracas 1997, pp. 229-234.
457. «La jurisdicción constitucional en América Latina» en Domingo García Belaúnde-Francisco Fernández Segado (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid 1997, pp. 117-161.
458. «Sobre la importancia para el derecho administrativo, de la noción del acto administrativo y de sus efectos», en *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos. III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1997*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1997, pp. 19-43.
459. «Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina», en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, Septiembre-Diciembre 1997, pp. 31-46.
460. «El régimen nacional de los hidrocarburos aplicable al proceso de la apertura petrolera en el marco de la reserva al Estado de la Industria Petrolera», en FUNEDA, *La apertura petrolera, I Jornadas de Derecho de Oriente*, Caracas, 1997, pp. 145-172.
461. «El derecho comunitario europeo: Experiencias para el proceso de integración andino», en *Revista de Derecho Público*, Nos. 61-62, enero-junio 1995, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. 5-49.
462. «La descentralización es una exigencia de la democracia», en *La descentralización en Venezuela*, CEDIEG, Universidad del Zulia, Maracaibo, Edo. Zulia 1997, pp. 153-158.
463. «Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno», en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero 1998, pp. 3-31; publicado también en el libro *Material de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Agosto 2000.
464. «Comentarios sobre el régimen legal de la Industria y el Comercio del Gas como actividades reservadas al Estado», en *Revista de Derecho Público*, Nos. 63-64, julio-diciembre 1995, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 105-127.
465. «Comentarios sobre el Proyecto del Código Orgánico Procesal Penal en materia de los llamados jueces escabinos», en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 52, UCAB, Caracas 1998, pp. 442-448.

466. «Le droit communautaire: une expérience pour le processus d'intégration andine», en Third ECSA-World Conference, *The European Union in a changing world, Bruxelles 19-20 Septembre 1996*, European Commission, Bruselas 1998, pp. 559-628.
467. «Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional» en *El Derecho Venezolano a finales del Siglo XX*, Ponencias Venezolanas XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, julio-agosto 1998, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 407-511.
468. «Descentralización y Democracia: Una Reflexión obligada en Venezuela» en Carlos Mascareño (Coordinador), *Descentralización. Gobierno y Democracia*, Gerencia y Gestión Local, CENDES, Caracas, 1998, pp. 271-283.
469. «Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente», en el libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*. Ciclo de Exposiciones 10-18 Agosto 1998, (Presentación y organización de la Edición Allan R. Brewer-Carías), Serie Eventos N° 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 9-66; y en *Ciencias de Gobierno N° 4*, Julio-Diciembre 1998, Gobernación del Estado Zulia, Instituto Zuliano de Estudios Políticos Económicos y Sociales (IZEPES), Maracaibo, Edo. Zulia, 1998, pp. 49-88.
470. «La necesaria perfectibilidad del sistema electoral cubano», en *Seminario sobre Elecciones y Derechos Humanos en Cuba y América, 24-25 de Noviembre de 1997*, Centro Capitolio de La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), San José, Costa Rica 1998, pp. 273-286.
471. «El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal», en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, N° 1, julio-diciembre 1998, INAP, Madrid 1998, pp. 69-96. Publicado también en *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Caracas 1997, pp. 109-146.
472. «Discurso de Orden», en *Ceremonial y Discursos pronunciados en el Acto de Investidura del Doctor Honoris Causa en Derecho del Profesor Luciano Parejo Alfonso*, San Cristóbal 1998, pp. 21-34.
473. «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina», en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías*, Caracas 9-12 noviembre de 1998, FUNEDA, Caracas 1998, pp. 21-90.
474. «Poblamiento y orden urbano en la conquista española de América», en Enrique Gómez-Reino y Carnota, (Director), *Ordenamientos Urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro, Jornadas Internacionales de Derecho Urbanístico, Santiago de Compostela, 2 y 3 de julio de 1998*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona 1998, pp. 311-349; y en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 313, Mayo 1999, Colombia, pp. 186-225.
475. «Nuevas Tendencias del Contencioso-Administrativo», en *Primeras Jornadas en Ciencias Jurídicas, Universidad José María Vargas*, 30 septiembre-14

- octubre 1991, Fondo Editorial Universidad José María Vargas, Ediciones de la Rectoría, Caracas, 1998.
476. «La acción de amparo contra leyes y demás actos normativos en el Derecho venezolano», en *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica 1998, pp. 481-501.
477. «Discurso con motivo de la Toma de Posesión de la nueva Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales electa para el período 1997-1998» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1999, pp. 23-38.
478. «Discurso con motivo de la Toma de Posesión de la nueva Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales electa para el período 1999-2000» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 135, Caracas 1999, pp. 27-43.
479. «Intervención en el Primer Encuentro Nacional de Economía», Universidad Católica Andrés Bello, 9-10 junio de 1998, en *Foros 2 1998, Colección Revista BCV, Encuentro Nacional de Economía. La coyuntura económica 1998-1999*, Banco Central de Venezuela, Caracas 1999, pp. 137-139.
480. «Comentarios sobre la inconstitucional de la convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999» en *Revista Política y Gobierno*, Vol. 1, N° 1, enero-junio 1999, Caracas 1999, pp. 29-92.
481. «La admisión jurisprudencial de la acción de amparo, en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana» en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 29, San José, enero-junio 1999, pp. 95-102.
482. «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.
483. «Visión global del proceso de descentralización (Situación actual del proceso de descentralización en Venezuela)» en *Descentralización. Presente y Futuro*, ponencia presentada en el Seminario “Descentralización. Presente y Futuro”, 18-19 noviembre 1998, organizadas por el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) y el Ministerio de Planificación y Desarrollo, pp. 20-30, Caracas 1999.
484. «La justicia administrativa en Venezuela como instrumento de protección de los particulares frente a la Administración» y en *XXIV Congreso Iberoamericano de Municipios, «El Municipalismo Iberoamericano del Siglo XXI»*, Guadalajara (España) del 7 al 10 de julio de 1998, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Madrid 1999, pp. 69-121; y. en el libro *Cittadino e amministrazione nel Diritto Comparato*, a cargo del Profesor Eduardo Roza Acuña, Università degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino 2000, pp. 19-90.

485. «Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela» en *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Acti del Convegno Internazionale organizado dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, a cargo del Prof. Eduardo Rozo Acuña, Università Degli Studi di Urbino, publicaciones della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181; y en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169-222.
486. «La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución» en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas 1999, pp. 35-44.
487. «Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana» en el libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pp. 279-317.
488. «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999» en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.
489. «El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999», en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56.
490. «Comentarios sobre la ilegítima “Exposición de Motivos” de la Constitución de 1999 relativa al sistema de justicia constitucional», en la *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Enero-Junio 2000, Caracas 2000, pp. 47-59.
491. «América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, Caracas 2000, pp. 13-33. Publicado también en *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 11-39; y como «Retos constitucionales para el siglo XXI» en *Revista Politeia (Constitución y Constitucionalismo hoy. Bicentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo)*, N° 26, enero-junio 2001, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001, pp. 47-68.
492. «Algunos aspectos de proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999» en *Los requisitos y vicios de los actos administrativos. V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas 1996, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2000, pp. 23-37.
493. «Consideraciones sobre el régimen constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas» en *Revista Iberoamericana de Administración Pública (RIAP)*, Ministerio de Administraciones Públicas, N° 5, julio-diciembre 2000, Madrid 2000, pp. 17-39.

494. «La propiedad privada y el régimen de los parques nacionales en Venezuela» en *Derecho Comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos*, Coordinador Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Colección Ecorama 13, Editorial Comares S.L., Granada 2000, pp. 239-283.
495. «La admisión jurisprudencial de la acción de amparo, en ausencia de regulación constitucional o legal, en la República Dominicana», en *Iudicium et vita, Jurisprudencia en Derechos Humanos*, N° 7, Edición Especial, Tomo I, San José, 2000, pp. 334-341.
496. «Comentario» al tema Revolución, reacción y Constitución, en *Opciones Frente al Porvenir*, Universidad Cecilio Acosta, Maracaibo, Estado Zulia, diciembre 2000, pp. 25-28.
497. «Sistematización para un Código de Derecho Público» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 137, enero-diciembre 2000, Caracas 2001, pp. 149-183.
498. «La justicia constitucional en la Constitución de 1999» en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961. Publicado también en *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 255-285.
499. «Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los poderes públicos» en *Derecho y Sociedad, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, N° 2, Caracas, abril 2001, pp. 135-149.
500. «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, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas 2001, pp. 107-136.
501. «El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela» en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48. Publicado también en *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 243-253.
502. «Consideraciones sobre el Régimen Constitucional del Derecho a la Seguridad Social, el Sistema de Seguridad Social y la Administración Privada de Fondos de Pensiones» en *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001, pp. 73-85.
503. «Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados» en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 17, Caracas 2002, pp. 63-103.

504. «El nuevo régimen de las zonas costeras. Inconstitucionalidades, dominio público, limitaciones a la propiedad privada e insuficiencias normativas» en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 17, Caracas 2002, pp. 245-294.
505. «El régimen constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de gobierno» en *Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001)*, Asociación Venezolana de Derecho Constitución, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2002, pp. 25-74.
506. «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.
507. «Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial» en *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 30-31 mayo y 1° junio 2001, Ediciones RAP S.A., Argentina 2002, pp. 531-579.
508. «Venezuela (Bolivarian Republic of Venezuela)» en *Handbook of Federal Countries, 2002, Forum of Federations*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, London, Ithaca, 2002, pp. 359-371.
509. «Instrumentos de justicia constitucional en Venezuela (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, protección constitucional frente a particulares)» en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, pp. 75-99.
510. «La legitimación activa ante la Justicia Constitucional en Venezuela» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ponencias venezolanas para el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado, (Brisbane-Australia)*, N° 139, Año LXVIV, enero-junio 2002, Caracas 2002, pp.229-276.
511. «El Municipio, la descentralización política y la democracia» en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre del 2001, México 2003, pp. 53-61.

4. Prólogos y Presentaciones

512. «Prólogo» al libro de Omar Lares, *Legislación Urbanística Comparada*, Fondo Editorial Común, Caracas 1971, pp. 7-9.
513. «Prólogo» al libro editado por Julio César Funes, *La Ciudad y la región para el desarrollo*, Comisión de Administración Pública, Caracas 1971, pp. I a XXII.
514. «Prólogo» al libro de Andrés Santos López y Lila Trujillo Ortiz, *Jurisprudencia Municipal 1970-1971*, Ediciones AVECI, Caracas 1971, pp. XIII a XXIII.

515. «Prólogo» y Editor del libro de Alfredo Peña (Entrevistas), *DEMOCRACIA Y REFORMA DEL ESTADO*, Caracas 1978, pp. 9-25.
516. «Prólogo» al libro de Armida Quintana Matos, *La Carrera Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 9 y 10.
517. «Presentación» (pp. 5-7), coordinador y editor del *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2 Tomos, Caracas 1981, 977 pp.
518. «Presentación» (Editor) de la obra *Foros de Alfredo Peña*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, pp. 5 y 6.
519. «Presentación» (Director y Editor) de la obra: *El Derecho venezolano en 1982*, Ponencias Venezolanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 7 y 8.
520. «Prólogo» al libro de Enrique Vilorio, *Petróleos de Venezuela. La culminación del proceso de nacionalización*, Colección Estudios Jurídicos, N° 21, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas 1983, pp. 5-22.
521. «Presentación» al libro de Pedro Pablo Azpúrua y Cecilia Sosa, *Hacia una Ley de Aguas, Evolución del Proyecto de Ley (1972-1982)*, Caracas, 1983, p. 2.
522. «Presentación» al libro de Cecilia Sosa y Oswaldo Montero, *Derecho Ambiental Venezolano*, Fundación Polar-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1983, pp. 5-7.
523. «Prólogo» al libro *El ordenamiento constitucional de las Entidades Federales*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas 1983, Tomo I, pp. 29-46.
524. «Prólogo» al libro de Alejandro Fuenmayor Espina, *Régimen Jurídico de la Radio y la Televisión*, Colección Estudios Jurídicos, N° 19, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas 1983, pp. 7-8.
525. «Presentación» (pp. 7-9), (Director y Editor) *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Tomo IV, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, 500 pp.
526. «Presentación» (pp. 7-9), (Director y Editor) *Derecho Urbanístico, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Tomo V, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, 534 pp.
527. «Prólogo» al libro de Luciano Parejo Alfonso, *El Concepto de Derecho Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos, N° 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 5-24.
528. «Prólogo» al libro de Juan Garrido Rovira, *Temas sobre la Administración Descentralizada en Venezuela*, Colección Estudios Administrativos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 5-7.
529. «Presentación» (pp. 7 y 8) (editor y traductor) del libro de Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Caracas 1984.
530. «Prólogo» al libro de Ricardo Combellas, *Copei. Ideología y Liderazgo*, Editorial Ariel S.A., Caracas 1985, pp. 11-20.

531. «Presentación», (Director y Editor) *Régimen jurídico de salvaguarda del patrimonio público*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias De La Administración*, Tomo VI, 1983, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, 786 pp.
532. «Presentación», (Director y Editor), *El Derecho Público en Venezuela y Colombia*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Tomo VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1986, 352 pp.
533. «Prólogo» y editor del libro de Luis Loreto, *Ensayos Jurídicos*, Publicaciones de la Fundación Roberto Goldsmith, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987, pp. 11 y 12.
534. «Prólogo» al libro de Gustavo Penagos, *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos. La Desviación de Poder*, Bogotá 1987, pp. 7-11.
535. «Prólogo» al libro de José Antonio Muci Borjas, *La retrocesión en la expropiación*, Caracas 1988, pp. 9-14.
536. «Prólogo» al libro de Humberto Briceño León, *La acción de inconstitucionalidad en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, pp. 7-37.
537. «Prólogo» al libro de Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, pp. 11-33.
538. Editor y Presentación (en colaboración con León Henrique Cottin) del libro Gonzalo Parra Aranguren y otros, *Acciones en Tesorería*, Caracas, Junio 1991.
539. «Prólogo» al libro de Carlos Ayala Corao, *El Régimen Presidencial en América Latina y los planteamientos para su reforma*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 9-18.
540. «Prólogo» al libro de Gerardo Fernández, *Los Decretos Leyes (la facultad extraordinaria del artículo 190, ordinal 8° de la Constitución)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 9-30.
541. «Presentación» edición y traducción (en colaboración con Luis Castro Leiva), al libro J.A. Jolowicz (ed), *Derecho Ingles*, Caracas 1992.
542. «Presentación» y Editor del libro de Eduardo García de Enterría, Massimo Severo Giannini, Roland Drago, Antonio Jiménez Blanco y José Guillermo Andueza, *El Caso del Banco Central de Venezuela. Tomo II. La incompetencia de la Comisión Nacional de Valores para declarar acciones en Sociedades Anónimas como Acciones en Tesorería*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, 159 pp.
543. «Presentación» al libro de Alfredo Morles Hernández, *El caso del Banco de Venezuela, Tomo III, El Takeover del Banco de Venezuela*, Colección

- Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, 318 pp.
544. «Prólogo» al libro de Argelia Ríos (Invest.), *Descentralización: La inversión rentable para el futuro*, Foros Fundación EnCambio, Caracas, 1997, pp. 19-38.
545. «Prólogo» al libro de Humberto Romero-Muci, *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la Autonomía Local (1936-1996)*, Tomo I, Colección Jurisprudencia N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. XI a XXIX.
546. «Presentación» y Editor de la obra: LOS CANDIDATOS PRESIDENCIALES ANTE LA ACADEMIA. CICLO DE EXPOSICIONES 10-18 AGOSTO 1998, Serie Eventos N° 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, 345 pp.
547. «Prólogo» al libro de Alfredo Romero Mendoza (Coordinador), (en colaboración con Jesús Caballero Ortiz, Manuel Rachadell, Víctor R. Hernández Mendible, Chris Brown, Christian C. D. Petersen, Andrés Germán Otero L., José Gómez Oriol, y Antonio Vives Llabres), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos Financieros y Técnicos*, Colección Textos Legislativos N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 9-16.
548. «Prólogo» al estudio de Antonio Cançado Trinidad, Eduardo Ferrero Costa, Alonso Gómez-Robledo, *Gobernabilidad Democrática y Consolidación Institucional. El Control Internacional y Constitucional de los interna corporis* (Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua, febrero 1994), Separata del *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 137, Año LXVII, Caracas, enero-diciembre 2000, Caracas 2001, pp. 595-601.

5. Artículos en Periódicos y Revistas

549. «¿A dónde vamos?», en *Opinión*, publicación quincenal estudiantil, Universidad Central de Venezuela, N° 1, Caracas, 24/02/58, p. 4.
550. «¿Obligatoriedad del voto?», en *Opinión*, publicación quincenal estudiantil, Universidad Central de Venezuela, N° 4, Caracas, 15/04/58, p. 1.
551. «Discriminación Estudiantil No! Selección» en *Vértice. Revista Universitaria de Ideas, Artes y Letras*, N° 3, Caracas, junio 1962, pp. 6-7.
552. «El proceso de impugnación en el recurso de casación» en *Revista Rayas*, Órgano divulgativo de los estudiantes de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 7-8, Caracas, julio-agosto 1962, pp. 36-45.
553. «La selección universitaria» en *Vértice, Revista Universitaria de Ideas, Artes y Letras*, N° 19, Caracas, mayo 1964, pp. 25-29.
554. «El reglamento y la autonomía» en *Vértice, Revista Universitaria de Ideas, Artes y Letras*, N° 40, Caracas, febrero-marzo 1967, pp. 22-25.
555. «Venezuela y la Integración Latinoamericana... La problemática general» (Informe), *Revista Integración y Progreso* N° 35 Caracas, sept. 1971 pp. 32-35.
556. «Administración Pública para el Siglo XXI», *El Nacional, Edición Aniversaria*, Caracas 03/08/73, pp. IV-6 a IV-8. Publicado también como

- folleto por el Departamento de Sistemas Administrativos, N° 2, *Fundacomun*, (multigrafiado), Caracas 1973, 20 pp.; y en *Estudios sobre la Reforma Administrativa*, Caracas 1980, pp. 11-23.
557. «Comentarios en torno a la nacionalización petrolera» en *Resumen*, N° 55, Vol. V, Caracas 1974, pp. 22-24.
558. «La reforma del régimen local y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Municipal», *Revista Resumen*, N° 161, Vol. XII, Caracas 05/12/76, pp. 20-29. Publicado también en *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela*, (en colaboración con Norma Izquierdo Corser), Caracas 1977, pp. 353-368.
559. «La política de ordenación del territorio y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», *Revista Resumen*, N° 174, Caracas 06/03/77, pp. 22-23. Publicado también en *Observaciones al Proyecto De Reforma Tributaria 1976*, Caracas 1977, pp. 91-95.
560. «El proceso de Urbanización y el Proyecto de Ley de Impuesto Predial», en *Revista Resumen*, N° 174, Caracas 06/03/77, pp. 23-25. Publicado también en *Observaciones al Proyecto de Reforma Tributaria 1976*, Colección Monografías Jurídicas, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, pp. 95-99.
561. «La imprecisión del objeto del tributo en el Proyecto de Ley de Impuesto Predial y su efecto en el desarrollo agropecuario», en *Revista Resumen*, N° 174, Caracas 06/03/77, pp. 25-26. Publicado también en *Observaciones al Proyecto de Reforma Tributaria 1976*, Colección Monografías Jurídicas, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, pp. 99-105.
562. «La desaparición de la Comisión de Administración Pública», *El Nacional*, Caracas 09/01/77, p. A-4.
563. «Cómo se enjuicia al Presidente de la República de acuerdo a la Ley venezolana» en *Revista Resumen*, N° 266, Vol. XXI, Caracas 10/12/78, pp. 11-17.
564. «Las entrevistas de Alfredo Peña» *El Nacional. Papel Literario* Caracas 23/04/78 p. 2
565. «Fragmentos del discurso de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales» *Revista Entonces* N° 9 (CONAC) Caracas, Nov. 1978 N° 9 pp. 30-31.
566. «La participación política en la nueva Ley de Régimen Municipal» *Diario de Los Andes Valera*, 24/04/79, pp. 12-13.
567. «Evolución institucional de Venezuela y las exigencias de transformación futuras» en «El Congreso sí está en crisis» *El Nacional*, Caracas, 21/08/79, p. D-4.
568. «Una crisis de crecimiento» *El Nacional*, Caracas, 11/11/79, p. D-4.
569. «La revitalización del Federalismo» *El Nacional*, Caracas, 26/12/79, p. C-1.
570. «Evolución institucional de Venezuela y las exigencias de transformación futuras» en *El Nacional*, Edición XXXVI Aniversario, Caracas, 30/08/79, pp. 10-1 y 11-1. Publicado también en el libro *Venezuela 1979. Examen y Futuro*, Edición Aniversaria XXXVI, *El Nacional*, Caracas 1979, pp. 75-82.

571. «El Estado Yaracuy: Nueva Constitución. La Revitalización del Federalismo» en *El Nacional*, Caracas, 26/12/79, p. C-1.
572. «Los 20 años de la Constitución de 1961: Evaluación y Perspectiva» en *Revista Resumen* N° 378, Caracas, 01/02/81, pp. 36-46.
573. «Crisis de la descentralización política: Estados y Municipios» en *Revista Resumen*, N° 399, Caracas, 28/06/81, pp. 27-32.
574. «La reforma institucional del Estado Zulia» en *Revista Metas* N° 2, Maracaibo, septiembre 1981, pp. 38-46.
575. «¿Sería útil un Primer Ministro? Un disparate» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 16/08/81, p. D-4.
576. «Es necesario transformar el régimen jurídico de los Estados para impulsar el desarrollo» <ponencia> *El Diario de Caracas*; 1ª parte 30/09/81, pp. 32-33; Parte final 01/10/81, pp. 32-33.
577. «¿La participación es una utopía? ¿Participación o presión? » <artículo> *El Nacional*, Caracas, 11/10/81, p. D-4.
578. «La concepción del Estado en la obra de Andrés Bello» <estudio> *El Diario de Caracas*, Caracas, 03/12/81, pp. 25-26.
579. «Los problemas institucionales de la Capital» en *Revista Resumen*, N° 426, Caracas, 03/01/82, pp. 33-42.
580. «La descentralización política» en *Revista Número*, N° 102, Caracas, 30/05/82, pp. 42-56.
581. «Del Estado centralista al Estado descentralizado», *Revista Metas* N° 1, Seminario sobre Desarrollo Regional, Maracaibo 1982, pp. 12-15.
582. «Un periodista honesto y capaz» <Foros de Alfredo Peña> <artículo> *El Nacional*, Caracas, 25/04/82, p. C-1.
583. «El Estado empleador que no es patrono» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 12/12/82, p. D-4.
584. «La Reforma del Estado. Parte I <artículo> *Revista Semana*, N° 1, Caracas, 18/04/83, pp. 42-44.
585. «El Consejo Supremo Electoral no puede legalmente convocar a elecciones municipales en 1984, sin una reforma previa de la legislación municipal» <artículo> *Revista Resumen*, N° 531, Caracas, 08/01/84, pp. 10-11.
586. «Bases para la reforma del régimen municipal» en *Revista Resumen*, N° 533, Vol. XLII, Caracas, 29/01/84, pp. 17-22.
587. «La Reforma (municipal) que no es Reforma» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 15/02/84, p. A-3.
588. «El Distrito Federal y su Municipio», *El Universal*, Caracas, 26/02/84, p. 1-4.
589. «La Venezuela posible. No podemos lograr la Venezuela que deseamos con el Estado que tenemos» en *Revista Metas*, N° 20, Año 2, Maracaibo, febrero-marzo 1984, pp. 34-44.
590. «El problema de la convocatoria a elecciones municipales» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 02/03/84, p. A-4.
591. «La Reforma del Distrito Federal» <artículo> *El Universal*, Caracas, 09/03/84, p. 1-4.

592. «El esquema Municipal actual», *El Universal*, Caracas, 09/04/84, p. 1-4.
593. «El Municipio y la artificial base de Población», *El Universal*, Caracas, 16/04/84, p. 1-4.
594. «El absurdo uniformismo del Régimen Municipal», *El Universal*, Caracas 23/04/84, p. 1-4.
595. «Las deficiencias del régimen colegiado Municipal», *El Universal*, Caracas 30/04/84, p. 1-4.
596. «Tras la idea del Alcalde», *El Universal*, Caracas, 07/05/84, p. 1-4.
597. «Municipio y Entidad Local», *El Universal*, Caracas 14/05/84, p. 1-4.
598. «Hacia la Elección Uninominal de los Concejales», *El Universal*, Caracas, 26/05/84, p. 1-4.
599. «Reforma del Estado, la Red Infinita», *El Nacional. Edición Aniversario* (41 Aniversario), Caracas, 03/08/84, Cuerpo VI, p. 4.
600. «El MOP quedó en la historia... Se quiere ordenar la ocupación del territorio...» <artículo> *El Diario Caracas*, Caracas 22/07/85, p. 21.
601. «El Siglo XXI y la ciudad: Organización y democratización. Ciudades sin camisa de fuerza», *El Nacional*, 03-08-87 (*Edición Aniversaria, Venezuela en el siglo XXI*).
602. «La forma de sanción de la Constitución», *El Nacional*, Caracas, 17/04/88, p. A-4.
603. «La Constitución como producto del pueblo», *El Nacional*, Caracas, 22/04/88, p. A-4.
604. «La Constitución de 1961. Los objetivos políticos», *El Nacional*, Caracas, 26/04/88, p. A-4.
605. «La Constitución de 1961. Los objetivos sociales y económicos», *El Nacional*, Caracas, 20/04/88, p. A-4.
606. «La Constitución de 1961. Los objetivos igualitarios», *El Nacional*, Caracas, 03/05/88, p. A-4.
607. «La Constitución de 1961. Los objetivos internacionales», *El Nacional*, Caracas, 06/05/88, p. A-4.
608. «La Constitución de 1961. Los objetivos democráticos», *El Nacional*, Caracas, 10/05/88, p. A-4.
609. «La Constitución de 1961. Los objetivos morales e históricos», *El Nacional*, Caracas, 13/05/88, p. A-4.
610. «El Estado Independiente», *El Nacional*, Caracas, 17/05/88, p. A-4.
611. «El Estado Federal», *El Nacional*, Caracas, 20/05/88, p. A-4.
612. «El gobierno democrático», *El Nacional*, Caracas, 24/05/88, p. A-4.
613. «El gobierno republicano», *El Nacional*, Caracas, 27/05/88, p. A-4.
614. «Los símbolos de la patria», *El Nacional*, Caracas, 31/05/88, p. A-4.
615. «El idioma oficial», *El Nacional*, Caracas, 03/06/88, p. A-4.
616. «El territorio nacional», *El Nacional*, Caracas, 07/06/88, p. A-4.

617. «El territorio nacional y sus modificaciones válidas», *El Nacional*, Caracas, 10/06/88, p. A-4.
618. «La extensión de la soberanía territorial», *El Nacional*, Caracas, 14/06/88, p. A-4.
619. «La inalienabilidad del territorio nacional», *El Nacional*, Caracas, 17/06/88, p. A-4.
620. «La división del territorio nacional», *El Nacional*, Caracas, 21/06/88, p. A-4.
621. «Las modificaciones a la división territorial», *El Nacional*, Caracas 24/06/88, p. A-4.
622. «La ciudad de Caracas», *El Nacional*, Caracas, 28/06/88, p. A-4.
623. «El Distrito Federal y los Territorios Federales», *El Nacional*, Caracas 01/07/88, p. A-4.
624. «Las Dependencias Federales», *El Nacional*, Caracas, 05/07/88, p. A-4.
625. «El Régimen de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 08/07/88, p. A-4.
626. «La organización política de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 12/07/88, p. A-4.
627. «El régimen administrativo de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 15/07/88, p. A-4.
628. «Los inexistentes tributos estatales a la producción y al consumo», *El Nacional*, Caracas, 19/07/88, p. A-4.
629. «La policía estatal», *El Nacional*, Caracas, 22/07/88, p. A-4.
630. «La ausente descentralización política», *El Nacional*, Caracas, 26/07/88, p. A-4.
631. «Las competencias residuales de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 20/07/88, p. A-4.
632. «Las competencias concurrentes de los Estados», *El Nacional*, Caracas, 02/08/88, p. A-4.
633. «Las Asambleas Legislativas», *El Nacional*, Caracas, 05/08/88, p. A-4.
634. «Las atribuciones de las Asambleas Legislativas», *El Nacional*, Caracas, 09/08/88, p. A-4.
635. «Los gobernadores de Estado», *El Nacional*, Caracas, 12/08/88, p. A-4.
636. «La elección directa de Gobernadores», *El Nacional*, Caracas, 16/08/88, p. A-4.
637. «Los Municipios», *El Nacional*, Caracas, 19/08/88, p. A-4.
638. «Los órganos municipales y la figura del Alcalde», *El Nacional*, Caracas, 23/08/88, p. A-4.
639. «La organización municipal y la diferenciación de regímenes locales», *El Nacional*, Caracas, 26/08/88, p. A-4.
640. «La autonomía municipal», *El Nacional*, Caracas, 30/08/88, p. A-4.
641. «Las competencias municipales», *El Nacional*, Caracas, 02/09/88, p. A-4.
642. «Los impuestos municipales», *El Nacional*, Caracas, 06/09/88, p. A-4.
643. «Las contribuciones municipales», *El Nacional*, Caracas, 09/09/88, p. A-4.

644. «Los ejidos y demás bienes municipales», *El Nacional*, Caracas, 13/09/88, p. A-4.
645. «La nacionalidad venezolana por nacimiento (jus soli)», *El Nacional*, Caracas, 16/09/88, p. A-4.
646. «La nacionalidad venezolana por nacimiento (jus sanguinis)», *El Nacional*, Caracas, 20/09/88, p. A-4.
647. «La nacionalidad venezolana derivada», *El Nacional*, Caracas, 23/09/88, p. A-4.
648. «Naturalizaciones con facilidades especiales y naturalizaciones especiales», *El Nacional*, Caracas, 27/09/88, p. A-4.
649. «La naturalización y la igualdad jurídica», *El Nacional*, Caracas, 30/09/88, p. A-4.
650. «La pérdida y recuperación de la nacionalidad», *El Nacional*, Caracas 04/10/88, p. A-4.
651. «La libertad», *El Nacional*, Caracas, 07/10/88, p. A-4.
652. «La irretroactividad de la Ley», *El Nacional*, Caracas, 11/10/88, p. A-4.
653. «El régimen de los extranjeros», *El Nacional*, Caracas, 14/10/88, p. A-4.
654. «La garantía de los derechos fundamentales», *El Nacional*, Caracas, 18/10/88, p. A-4.
655. «La responsabilidad del Estado y de sus agentes», *El Nacional*, Caracas, 21/10/88, p. A-4.
656. «El derecho a exigir identificación a las autoridades de policía», *El Nacional*, Caracas, 28/10/88, p. A-4.
657. «El derecho de amparo», *El Nacional*, Caracas, 01/11/88, p. A-4.
658. «El amparo a través de los medios procesales ordinarios», *El Nacional*, Caracas, 04/11/88, p. A-4.
659. «La acción autónoma de amparo», *El Nacional*, Caracas, 6/11/88, p. A-4.
660. «Los derechos humanos», *El Nacional*, Caracas, 11/11/88, p. A-4.
661. «Los deberes constitucionales y el deber de defender la patria», *El Nacional*, Caracas, 15/11/88, p. A-4.
662. «El deber de obediencia a la autoridad», *El Nacional*, Caracas, 18/11/88, p. A-4.
663. «El servicio militar obligatorio», *El Nacional*, Caracas, 22/11/88, p. A-4.
664. «El deber de trabajar», *El Nacional*, Caracas, 25/11/88, p. A-4.
665. «El deber de educarse», *El Nacional*, Caracas, 29/11/88, p. A-4.
666. «El deber de contribuir a los gastos públicos», *El Nacional*, Caracas, 02/12/88, p. A-4.
667. «La solidaridad social y los deberes ciudadanos», *El Nacional*, Caracas, 06/12/88, p. A-4.
668. «El derecho a la vida», *El Nacional*, Caracas, 13/12/88, p. A-4.
669. «El derecho a la protección de la vida privada, el honor y la reputación», *El Nacional*, Caracas, 16/12/88, p. A-4.
670. «La libertad y la detención administrativa y policial», *El Nacional*, Caracas, 20/12/88, p. A-4.

671. «La libertad física, la seguridad personal y la detención judicial», *El Nacional*, Caracas, 23/12/88, p. A-4.
672. «El hábeas corpus», *El Nacional*, Caracas, 27/12/88, p. A-4.
673. «La libertad frente a los particulares», *El Nacional*, Caracas, 30/12/88, p. A-4.
674. «La libertad individual y sus consecuencias», *El Nacional*, Caracas, 06/01/89, p. A-4.
675. «La Constitución de 1961. La seguridad personal y el debido proceso» <artículo> *El Nacional* Caracas, 17/01/89, p. A-4
676. «Otras garantías del debido proceso y el hábeas corpus», *El Nacional*, Caracas 20/01/89, p. A-4.
677. «El derecho a la integridad personal», *El Nacional*, Caracas, 24/01/89, p. A-4.
678. «La igualdad y la no discriminación», *El Nacional*, Caracas, 27/01/89, p. A-4.
679. «La inviolabilidad del hogar doméstico», *El Nacional*, Caracas, 31/01/89, p. A-4.
680. «La inviolabilidad de la correspondencia», *El Nacional*, Caracas, 03/02/89, p. A-4.
681. «La libertad de tránsito y de establecimiento», *El Nacional*, Caracas, 07/02/89, p. A-4.
682. «La libertad religiosa y de cultos», *El Nacional*, Caracas, 10/02/89, p. A-4.
683. «La libertad de expresión del pensamiento», *El Nacional*, Caracas, 14/02/89, p. A-4.
684. «La libertad personal las detenciones administrativas y la Ley de Vagos y Maleantes», *El Nacional*, Caracas, 21/02/89, p. A-4.
685. «El derecho de rectificación o respuesta», *El Nacional*, Caracas, 24/02/89, p. A-4.
686. «El derecho a la información», *El Nacional*, Caracas, 28/02/89, p. A-4.
687. «La restricción de la libertad económica y las regulaciones ejecutivas de la economía», *El Nacional*, Caracas, 07/03/89, p. A-4.
688. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (I). La fijación de salarios mínimos el aumento de salarios y algunas inconstitucionalidades» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 09/03/89, p. D-14
689. «La Constitución y la restricción de la libertad económica», *El Nacional*, Caracas, 10/03/89, p. A-4.
690. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (II). El régimen de control (liberación) de precios y algunas inconstitucionalidades» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 10/03/89, p. D-11.
691. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (III). Ley del BCV prohíbe alza de intereses hipotecarios» *El Nacional*, Caracas, 11/03/89, p. D-16.
692. «Consecuencias jurídicas del restablecimiento de la garantía económica», *El Nacional*, Caracas, 14/03/89, p. A-4.
693. «Los derechos fundamentales y la garantía constitucional de la reserva legal», *El Nacional*, Caracas, 17/03/89, p. A-4.
694. «Otras garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *El Nacional*, Caracas, 21/03/89, p. A-4.

695. «Los errores jurídicos de las medidas económicas (IV). Vicios de inconstitucionalidad del decreto sobre la inamovilidad laboral» *El Nacional*, Caracas, 26/03/89, p. D-8.
696. «Las garantías judiciales y otras garantías específicas de los derechos humanos», *El Nacional*, Caracas, 28/03/89, p. A-4.
697. «La restricción o suspensión de las garantías constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 31/03/89, p. A-4.
698. «La irretroactividad de la liberación de intereses. Derechos y obligaciones de los bancos y de los deudores hipotecarios» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 01/04/89, p. D-7.
699. «Los efectos de las medidas de restricción o suspensión de las Garantías Constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 11/04/89, p. A-4.
700. «El amparo a los derechos y la suspensión o restricción de las garantías constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 14/04/89, p. A-4.
701. «El ámbito de la suspensión de garantías de febrero-marzo de 1989 (I)», *El Nacional*, Caracas, 18/04/89, p. A-4.
702. «El ámbito de la suspensión de garantías de Febrero-Marzo de 1989 (II)», *El Nacional*, Caracas, 21/04/89, p. A-4.
703. «La informalidad jurídica de la suspensión de garantías de febrero-marzo de 1989», *El Nacional*, Caracas, 25/04/89, p. A-4.
704. «Otras informalidades de la suspensión de garantías», *El Nacional*, Caracas, 28/04/89, p. A-4.
705. «El toque de queda y su insólita informalidad», *El Nacional*, Caracas, 05/05/89, p. A-4.
706. «El control de la suspensión o restricción de garantías constitucionales», *El Nacional*, Caracas, 09/05/89, p. A-4.
707. «La responsabilidad política del ex presidente Lusinchi según CAP» <artículo> *El Nacional* Caracas, 14/05/89, p. D-6.
708. «La emergencia y la legalidad en las circunstancias excepcionales», *El Nacional*, Caracas, 16/05/89, p. A-4.
709. El «hecho del Príncipe», *El Nacional*, Caracas, 23/05/89, p. A-4.
710. «La huelga de la justicia», *El Nacional*, Caracas, 26/05/89, p. A-4.
711. «¡A cuidarse de la policía!», *El Nacional*, Caracas, 30/05/89, p. A-4.
712. «El paro, la huelga y los «piquetes» disuasivos», *El Nacional*, Caracas, 02/06/89, p. A-4.
713. «La elección uninominal de concejales (una propuesta de hace dos décadas)», *El Nacional*, Caracas, 06/06/89, p. A-4.
714. «La responsabilidad de un Presidente de la República», *El Nacional*, Caracas, 09/06/89, p. A-4.
715. «La responsabilidad penal de un Presidente de la República y los delitos contra la cosa pública», *El Nacional*, Caracas, 13/06/89, p. A-4.
716. «Otros delitos contra la cosa pública en los cuales podría incurrir un Presidente de la República», *El Nacional*, Caracas, 20/06/89, p. A-4.

717. «Cómo se enjuicia penalmente a un Presidente de la República o a un ex Presidente por hechos cometidos durante su actuación», *El Nacional*, Caracas, 23/06/89, p. A-4.
718. «La responsabilidad civil de un Presidente de la República y el enriquecimiento ilícito», *El Nacional*, Caracas, 27/06/89, p. A-4.
719. «La responsabilidad administrativa y política de un Presidente de la República», *El Nacional*, Caracas, 30/06/89, p. A-4.
720. «El Poder Judicial», *El Nacional*, Caracas, 04/07/89, p. A-4.
721. «El derecho de acceder a la justicia», *El Nacional*, Caracas, 11/07/89, p. A-4.
722. «Constitución Económica», *El Nacional, Edición Aniversaria Venezuela ¿Cuál es el camino?*, Caracas, 03-08-92.
723. «El Presidente encargado no puede estar más de 30 días» <artículo> *El Diario de Caracas*, Caracas, 22/05/93, p. 3.
724. «La crisis terminal del sistema político», en *Edición Aniversaria diario El Globo, Una evaluación a estos cuarenta años de Democracia. Política. Los cambios necesarios*, Caracas, 24/11/97, pp. 12-13.
725. «... Debate Constituyente... Necesaria e inevitable» <artículo> *El Universal*, Caracas, 19/01/98, p. 1-14.
726. «Cinco siglos de historia y un país en crisis». Texto de discurso... celebración del V Centenario de Venezuela, 07/08/98, *El Globo* (Suplemento), Caracas, 16/08/98.
727. «Las asambleas constituyentes en la Historia de Venezuela» <artículo> *El Universal*, Caracas, 08/09/98, p. 1-5.
728. «Entre democracia y autocracia», *El Mundo*, Caracas, 16/06/99, p. 6.
729. «Crisis terminal y cambio democrático», *El Mundo*, Caracas, 23/06/99, p. 6.
730. «Descentralización, democracia y federalismo», *El Mundo*, Caracas, 30/06/99, p. 6.
731. «Agenda Constituyente», *El Mundo*, Caracas, 07/07/99, p. 6.
732. «Agenda Constituyente II», *El Mundo*, Caracas, 15/07/99, p. 12.
733. «Democracia representativa y participación política», *El Mundo*, Caracas, 21/07/99, p. 6.
734. «Agenda para la Asamblea Nacional Constituyente», en *Espacio Abierto*, Nº 4, año 1, julio 1999, pp. 10 y 11.
735. «Legalidad del referéndum depende del quórum mínimo» <artículo> *Así es la Noticia*, 26/02/99.
736. «Decálogos para la ciudad ideal...» <artículo> *Verbigracia (Encarte El Universal)*, Caracas, 31/07/99, p. 1-3.
737. «¿En cuánto tiempo la Constitución?... Seis meses es poco tiempo» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 08/08/99, p. A-8.
738. «...Temas para el debate. Democracia más representativa» <artículo> *El Mundo*, Caracas, 11/08/99, p. 6.
739. «¿Sí o no?... mi posición» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 12/12/99, p. A-8.

740. «Las Cien Leyes necesarias para el desarrollo de la Constitución de 1999», Parte I, en *Ámbito Jurídico Legis*, Año III-Nº 37, octubre, Caracas 2000, p. 18; Parte II. Para el Desarrollo de la Constitución Política, en *Ámbito Jurídico Legis*, Año III-Nº 38, noviembre, Caracas 2000, p. 18.
741. «Formas constitucionales de terminación del mandato del Presidente de la República (Especial para el Grupo Santa Lucía, oct. 2001) <artículo> *Revista Primicia*, Nº 199, Caracas, 23/10/01 (encartado), 8 pp.
742. «Régimen Constitucional de la delegación legislativa e inconstitucionalidad de los Decretos Leyes habilitados dictados en 2001» en *Revista Primicia*, Informe Especial, Caracas, diciembre 2001.
743. «Son nulas las 53 leyes dictadas por Chávez» (artículo) *Revista Primicia*, Caracas, 11/12/01 dic. 2001 (encarte), 8 pp.
744. «Democracia y Poder» *El Universal, Edición Especial*, Caracas 10/06/02, p. 1-7.
745. «A cordel y regla. La Ciudad Ordenada» <declaraciones a Nelson Rivera> *Papel Literario El Nacional*, Caracas 20/07/02, pp. 2 y 3.
746. «Agenda para la negociación política» *El Universal*, Caracas, 22/07/02.
747. «22 Puntos para reconstruir la democracia. Tenemos que evitar que el país se parta en dos definitivamente» <artículo> *El Nacional*, Caracas, 25/07/02, p. D-4.
748. «Hay que derogar esta Constitución», *Revista Gerente, 100 Líderes de la Sociedad, Edición Aniversaria 2002*, Nº 187, Caracas, septiembre 2002, p. 105.

IV. Funciones públicas

- Auxiliar de Asuntos Legales para el estudio de la jurisprudencia de la Antigua Corte Federal, en el Instituto de Codificación y Jurisprudencia (Director: Juan Porras Rengel), Ministerio de Justicia, 01/05/61 al 01/10/62.
- Abogado Adjunto al Consultor Jurídico, Ministerio de Justicia, 1963-1964.
- Contralor Delegado (Sección Sexta) en la Contraloría General de la República, Caracas 1964.
- Asesor Jurídico del Gobernador del Distrito Federal (1965-1968).
- Asesor Jurídico del Consejo Supremo Electoral a partir de 1965 hasta 1969).
- Miembro de la Delegación a la Sexta Reunión de la Comisión Mixta de la Declaración de Bogotá (Pacto Sub-Regional Andino), Cartagena, Colombia, mayo, 1969.
- Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (junio de 1969 a agosto de 1972).
- Observador venezolano a la I Conferencia de Cancilleres del Grupo Andino, (Primera Reunión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena), Lima, 22/11/69.
- Promotor y Primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), constituido por los Gobiernos de México, Perú y Venezuela, Caracas, 30/06/72.

- Consejero Científico (ad honorem), Embajada de Venezuela en Gran Bretaña e Irlanda, Londres, 18/08/1972 hasta 1974.
- Conjuez de la Sala Político-Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1976-1979.
- Senador (Suplente) por el Distrito Federal, Congreso de la República, Caracas, 1978-1988.
- Magistrado Suplente, Sala Político-Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Caracas 1979-1984.
- Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral, Caracas 1979.
- Ministro de Estado para la Descentralización, Gobierno del Presidente Ramón J. Velázquez, 1993-1994.
- Electo Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999-2000).

V. Participación en iniciativas legislativas

- Corredactor en colaboración con Sebastián Martín Retortillo y Francisco Rubio Llorente, del Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo; del Proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ministerio de Justicia, Caracas 1965.
- Corredactor del Proyecto de Mancomunidad Urbanística del Área Metropolitana de Caracas y el Proyecto de Ordenanza sobre Ordenación Urbanística de Caracas y su Zona de Influencia, Oficina Municipal de Planeamiento Urbano, Concejo Municipal del Distrito Federal, Caracas 1968.
- Corredactor del Proyecto de Ley Orgánica del Sufragio, Consejo Supremo Electoral, Caracas, 1969.
- Corredactor en colaboración con Manuel Rachadell, Nelson Socorro, Juan Garrido Rovira del Proyecto de Ley sobre Funcionarios Públicos, Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Diputados, Caracas, abril 1970.
- Corredactor del Proyecto de Bases Fundamentales para la elaboración de una Ley de Aguas, a la Comisión del Plan Nacional de Aprovechamientos de los Recursos Hidráulicos, Caracas, 1973.
- Corredactor del Proyecto de Bases para el Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística, Ministerio de Obras Públicas, Caracas, noviembre 1975.
- Corredactor de la Exposición de Motivos y Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, Oficina del Ministro de Estado para las Industrias Básicas, Caracas, diciembre 1975.
- Corredactor del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Ordenación del Territorio, Ministerio de Obras Públicas, Caracas, noviembre 1976.
- Redactor del Proyecto de Constitución y de la Ley de la Administración del Estado Yaracuy, y Director del Estudio jurídico-administrativo del Régimen del Estado Yaracuy, 6 Vols., OTEPI-Gobernación del Estado Yaracuy, San Felipe 1979.
- Redactor del Proyecto de Constitución del Estado Aragua, Asamblea Legislativa del Estado Aragua, Maracay 1980.

- Presentación del documento sobre La problemática de la Región Capital y la creación del Estado Vargas, Senado, Caracas, 1982.
- Corredactor en colaboración con Jesús Caballero Ortiz del Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, Cámara de Diputados, Caracas 1982.
- Corredactor del Proyecto de modificación de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, Senado, Caracas, noviembre 1982.
- Redactor del proyecto de Bases para un Proyecto de Ley del Sistema Metropolitano de Transporte, Tránsito y Circulación en el Área Metropolitana de Caracas, Cámara del Senado, Caracas, noviembre 1982.
- Redactor del Proyecto de modificación de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, Senado, Caracas, abril 1983.
- Redactor del Proyecto de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Cámara de Diputados, diciembre 1983.
- Redactor del Proyecto de la Ley Orgánica del Distrito Federal, Cámara de Diputados, diciembre 1983.
- Redactor del Documento de Trabajo para la elaboración de un Proyecto de Ley de Urbanismo, Cámara del Senado, Caracas, julio 1985.
- Redactor de un Proyecto de Ley Orgánica sobre el Derecho de Amparo, Cámara del Senado, Caracas, mayo de 1987.
- Miembro de la Misión del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) al Perú sobre el Proyecto de Ley de Bases de la Descentralización del Perú, Lima, junio 2002.
- Redactor del documento Comentarios sobre la justicia constitucional en Honduras con ocasión de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Justicia Constitucional, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa, agosto 2002.

VI. Conferencista

Ha sido conferencista invitado en las principales universidades e instituciones venezolanas y en muchas Universidades del exterior.

En Venezuela ha dado conferencias en las siguientes instituciones: Colegio de Abogados del Estado Bolívar, Ciudad Bolívar; Colegio de Abogados del Estado Lara; Colegio de Abogados del Estado Aragua; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas; Primer Congreso Venezolano de Cooperación Intermunicipal, Caracas; Gobernación del Distrito Federal, Caracas; Consejo Supremo Electoral, Caracas; Federación de Contadores Públicos y Administradores Comerciales de Venezuela, Caracas; Sociedad Venezolana de Tasadores de Venezuela (SOTAVE), Caracas; Procuraduría General de la República, Caracas; Grupo de Notarías Públicas de Caracas; XIII Convención Nacional de Gobernadores, Caracas; Universidad de Carabobo, Valencia; Escuela Nacional de Administración Pública y Comisión de Administración Pública, Caracas; Sociedad Venezolana de Planificación, Caracas; Asociación Venezolana de Ejecutivos, Caracas; Centro Interamericano de Capacitación en Administración Pública, Caracas; Instituto de Altos Estudios de la Defensa Nacional

(IAEDEN), Caracas; Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas; Asociación Latinoamericana de Administración Pública (ALAP), Caracas; Universidad Católica Andrés Bello; Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICIT), Caracas; Colegio de Ingenieros de Venezuela, Caracas; II Conferencia Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas; Colegio de Abogados del Estado Anzoátegui, Barcelona; Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Valencia; Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo; Asamblea Legislativa del Estado Yaracuy, San Felipe; Universidad Simón Bolívar, Caracas; Comisión Especial de la Cámara de Diputados de Ordenamiento Territorial, Caracas; Universidad de Los Andes (ULA), Mérida; Corpoandes, Mérida; Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación, EFOFAC, Círculo Militar, Caracas; Centro Latino Americano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Gobernación del Estado Yaracuy, San Felipe; Asamblea Legislativa del Estado Miranda, Los Teques; Asociación de Jueces del Distrito Federal, Caracas; Oficina Central de Personal, Caracas; Congreso de la República, Caracas; Escuela Superior de la Fuerza Aérea Venezolana, Caracas; Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas; Universidad Cecilio Acosta, Maracaibo, Estado Zulia; Centro de Estudios de Desarrollo CENDES; Instituto Universitario Tecnológico del Estado Yaracuy, San Felipe; Centro Iberoamericano de Estudios Estatales y Municipales CIEPROL, Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPOZULIA), La Universidad del Zulia (LUZ), Maracaibo; Comisión para la Reforma del Estado Zulia (COPRE), Maracaibo; Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, Caracas; Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, Caracas; Oxford Society, Embajada Británica, Caracas; Concejo Municipal del Distrito San Carlos, Estado Cojedes; Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo; Comité de Reforma Administrativa de la Asamblea Legislativa del Estado Zulia, Maracaibo; Asociación de Fiscales del Ministerio Público, Caracas; Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal; Universidad Nacional Experimental del Táchira, San Cristóbal; Colegio de Abogados del Estado Mérida, Mérida; Colegio de Abogados del Estado Barinas; Consejo Internacional de Filosofía y Ciencias Humanas, La Casa de Bello, Caracas; Asociación Venezolana de Egresados del Instituto Internacional de Administración Pública, Caracas; Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano, Caracas; Contraloría General de la República, Caracas; Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas; Colegio de Administradores, Mérida; Contraloría Municipal del Distrito Federal, Caracas; Instituto Internacional de Mercado de Capitales, Naiguatá; Universidad del Sur del Lago, El Vigía, Estado Zulia; Asociación de Politólogos del Estado Zulia, Maracaibo; Universidad Metropolitana, Caracas; Comisión de Administración y Servicios del Senado, Caracas; Colegio de Abogados del Estado Anzoátegui, Puerto La Cruz; Colegio de Abogados del Estado Nueva Esparta, La Asunción; Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas; Comisión para la Reforma del Estado Trujillo, Valera; Gobernación del Estado Carabobo, Valencia; Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), Caracas; Asamblea Legislativa del Estado Aragua, Maracay; Asamblea Legislativa del Estado Anzoátegui, Barcelona; Universidad José María Vargas, Caracas; COPRE Zulia, Maracaibo; Universidad Nacional Experimental J.M. Baralt, Cabimas; Asamblea Legislativa del Estado Trujillo, Trujillo; Cámara Venezolano Americana, Caracas; CELARG, Caracas; Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal (AVECI), Mérida; Comisión Andina de Juristas, Caracas; Universidad Santa María, Caracas; Asamblea Legislativa del Estado

Lara, Barquisimeto; Consejo de Gobiernos del Área Metropolitana de Caracas, Comisión Nacional para la Descentralización, Caracas; Federación de Unión Nacional de Empleados Públicos (FEDEUNEP), Caracas; Consejo Nacional de Alcaldes, Caracas; Instituto de Investigaciones Procesales, Caracas; Instituto Venezolano de Derecho Social, Caracas; Fondo Intergubernamental para la Descentralización, FIDES, Caracas; Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda, Coro; Centro de Estudios de la Contraloría Municipal de Valencia, Estado Carabobo; Instituto Nacional de Formación y Previsión Social del Concejal, Caracas, Porlamar; Comandancia General Fuerzas Armadas Cooperación, Caracas; Asociación Mundial Jóvenes Juristas, Caracas; Oficina de Asesoría Económica del Congreso, Caracas; Concejo Municipal Municipio Palavecino, Cabudare, Estado Lara; Colegio de Abogados del Estado Amazonas, Puerto Ayacucho; Fondo de Desarrollo del Estado Nueva Esparta (FONDENE), Porlamar; Universidad Simón Rodríguez, Núcleo Zaraza, Edo. Guárico; Universidad Nacional Experimental de Los Llanos Occidentales “Ezequiel Zamora” (UNELLEZ), Barinas; Caracas; Comisión Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente, Caracas; Asociación de Procuradores de Estados de Venezuela, Trujillo; Colegio de Abogados del Edo. Monagas, Maturín; Universidad Gran Mariscal de Ayacucho, Maturín; Federación Colegio de Abogados de Venezuela, Caracas; Asociación de Ejecutivos de Valencia, Estado Carabobo; Asociación Venezolana de Educación, Caracas; Cuerpo Consular en Venezuela, Caracas; Parlamento Latinoamericano, Caracas; Consejo Latinoamericano de Estudios del Derecho Internacional y Comparado, Caracas; Comisión Legislativa Regional del Estado Anzoátegui, Barcelona; Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas; Comisión de Legislación del Consejo Legislativo del Estado Carabobo, Valencia; Comisión de Contraloría, Asamblea Nacional, Caracas; Consejo Legislativo del Estado Aragua, Maracay; Consejo Legislativo del Estado Yaracuy, San Felipe; Consejo Legislativo del Estado Guárico, San Juan de Los Morros; Gobernación del Estado Zulia, Maracaibo; Universidad Gran Mariscal de Ayacucho, Puerto Ordaz; Consejo Legislativo del Estado Bolívar, Ciudad Bolívar; Cabildo Metropolitano de Caracas, Caracas; Sociedad Venezolana de Ingeniería de Transporte y Vialidad, SOTRAVIAL, Colegio de Ingenieros de Venezuela, Caracas; Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), Caracas; VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal; Universidad Monteávila, Caracas; Universidad Central de Venezuela, Caracas; Cámara de Industriales de Venezuela, Caracas; Colegio de Abogados del Distrito Capital, Caracas; Universidad Fermín Toro, Barquisimeto.

2. En el exterior ha sido conferencista invitado en los siguientes Congresos, Universidades e instituciones: IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios, Barcelona, España; 1ª Conferencia Latinoamericana de Autoridades Gubernamentales de Informática, Buenos Aires; Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), San José, Costa Rica; Ciclos de Estudios de Derecho Comparado, Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Caracas; Universidad de Pittsburgh, USA; Sociedad Colombiana de Planificación, Bogotá; Seminario Dominico-Venezolano sobre Reforma Administrativa, República Dominicana; Instituto de Administración Pública de México, Ciudad de México; Canning House, Londres; British Institute of International and Comparative Law, Gosvernor House, London; University of Sussex, UK; Universidad de París II; Christ Church College, Oxford, Inglaterra; University of Bristol, Inglaterra; Journées Juridiques Franco-latino Américaines, Société de Legislation Comparé, Bayonne, Francia; Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México; British Institute of International and Comparative Law, Londres; Universidad de Barcelona, España; Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; Asociación Latinoamericana de Administración Pública, ALAP, México; VI Curso Interamericano de Derecho Internacional Público, Río de Janeiro; Escuela Empresarial Andina del Convenio Andrés Bello, Lima; Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Madrid; Institut International d'Administration Publique, París; Colegio de Abogados de Costa Rica, San José; Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá; II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Municipal, Granada, España; Congreso Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo, Santo Domingo de Silos, Castilla; American Interprise Institute, Washington; Instituto de Estudios de Administración Local, Universidad de Granada, Granada, España; Instituto Nacional de Administración Pública INAP, Alcalá de Henares, España; Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), Granada, España; Centre of Latin American Studies, University of Cambridge, Cambridge; Corte Suprema de Justicia, Costa Rica; The Anglo-Venezuelan Society, Fourth Biennial Simón Bolívar Lecture, Institute of Directors, Londres; Academia de la Historia y Arte de San Quirce, Segovia; Universidad Externado de Colombia, Bogotá; Asociación Latinoamericana de Administración Pública ALAP, Quito; Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires; Universidad de París II, Panthéon-Assas, París; Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH), Montevideo, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, San José, Costa Rica; IV Curso Internacional de Elecciones, Capel, San José, Costa Rica; Universidad Central, Santiago de Chile; Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Santa Fe Bogotá; Université d'Aix en Provence, Francia; Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, Cáceres; Asociación Alemana de Investigación sobre América Latina, Bonn, Alemania; Colegio de Abogados de Medellín, Medellín; Alcaldía de la ciudad de Cali, Colombia; Woodrow Wilson Center, Washington; Instituto Internacional del Ombudsman, Caracas; Universidad Javeriana, Bogotá; III Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Belo Horizonte, Brasil; Seminario Internacional sobre Descentralización Política y Gestión Local, CEPAL, Banco Mundial, Cartagena; Unión Nacional de Juristas de Cuba, Capitolio, La Habana; III Conferencia Mundial de la European Community Studies Association, Bruselas; Universidad Carlos III de Madrid, España; Universidad de Urbino, Italia; Corte Suprema de Justicia, Managua; Academia de Jurisprudencia de Colombia, Bogotá; Universidad de Santiago de Compostela, España; Fundación Universitaria de Boyacá, Tunja, Colombia; Jornadas Internacionales de Derecho Procesal J. Fabregas, Panamá; Asamblea Legislativa, San José de Costa Rica; Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica; Centro Interamericano de Investigaciones y Estudios Gerenciales, Maracaibo; Université du Quebec, Canadá; Interamerican Dialogue, Washington; Universidad Militar de Nueva Granada, Bogotá, Colombia; Cámara de Comercio e Integración Colombo Venezolana, Bogotá; Cámara de Diputados, México; University of Texas, Austin; IV Conferencia Iberoamericana de las Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valencia, España; VII Encuentro Anual de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador; Universidad Libre de Colombia, Santafé de Bogotá; Universidad de Lima, Perú; Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos, Lima, Perú, Universidad Austral, Buenos Aires; Secretaría Nacional del Plan de Gobierno y Desarrollo, Comisión Nacional de Descentralización y Reforma del Estado, Lima, Perú; Asociación

de Organismos Electorales de Centro América y El Caribe, Santo Domingo, República Dominicana; XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), Guadalajara, México; Asociación Latinoamericana de Sociología, Comisión Presidencial para la Modernización y Descentralización del Estado, Antigua Guatemala; Cámara Ecuatoriana Americana, Quito; Centro de Estudios Constitucionales 1812, Cádiz, España; Associação de Direito Publico do Mercosul, Curitiba, Brasil; Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa; United States Institute of Peace, Washington; Colegio de Abogados de Honduras, Tegucigalpa y San Pedro de Sula.

VII. Actividades profesionales

Desde 1974, cuando sus actividades académicas y públicas lo han permitido, ha ejercido la profesión de abogado como socio del Despacho de Abogados Baumeister & Brewer en Caracas.

ÍNDICE GENERAL

PROEMIO	
ALFREDO ARISMENDI A.	27
PRESENTACIÓN	
JESÚS CABALLERO ORTIZ.	29
DOS VIEJOS PRÓLOGOS Y DOS VIEJOS DISCURSOS A MODO DE INTRODUCCIÓN	
I. Discurso del Profesor Eduardo Roca Roca	33
II. Prólogo de Eduardo García de Enterría	41
III. Discurso del Profesor Pedro Nikken	43
IV. Prefacio del Profesor Luciano Parejo Alfonso	51
APRECIACIÓN	
WILBURG JIMÉNEZ CASTRO.....	55

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN

FERNANDO HINESTROSA

§ 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION

ROGELIO PÉREZ PERDOMO

I. ON THE MAIN PERIODS OF LATIN AMERICAN HISTORY OF LAW	72
II. ON MODERNIZATION, IMPOSITION AND RECEPTION OF LAW IN LATIN AMERICA	75
III. LAW AND LEGAL CULTURE IN LATIN AMERICA	77
REFERENCES	82

§ 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PÚBLICO

IGNACIO DE LEÓN

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA	87
II. SURGIMIENTO DE LA VISIÓN TRADICIONAL NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS	88
III. LA COMPETENCIA PERFECTA, LA COMPETENCIA IMPERFECTA Y LAS FALLAS DE MERCADO COMO REFERENTES NORMATIVOS DE LOS MERCADOS	91

IV.	ERRORES EPISTEMOLÓGICOS DE LA VISIÓN CONVENCIONAL DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA	93
1.	<i>Limitaciones de los modelos neoclásicos para aprehender la esencia del fenómeno de la competencia</i>	94
2.	<i>La falacia de la agregación normativa de utilidades individuales</i>	98
3.	<i>Contradicción entre las políticas antimonopolios y el Estado de Derecho: La ausencia de control judicial efectivo en la determinación de conductas legales e ilegales</i>	100
V.	UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS MERCADOS	102
VI.	CONCLUSIONES	104
	BIBLIOGRAFÍA	105

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

1. *Los tipos de gobierno democrático***§ 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN**

LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO

I.	ALCANCE Y CONTENIDO DEL PODER CONSTITUYENTE	113
II.	LA CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA POPULAR Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: LA INSTITUCIÓN DE LA REFORMA	118
III.	EL ALCANCE DE LA AUTOLIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE, UNA NECESARIA REFERENCIA A SU CONTINUIDAD	121
IV.	CRISIS DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE.....	127
V.	EL PODER CONSTITUYENTE UNA CATEGORÍA NECESARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO	130

§ 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811

IRENE LORETO GONZÁLEZ

I.	INTRODUCCIÓN	133
II.	CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE INSCRIBE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1811	134
1.	<i>Población, gobierno, geografía política</i>	135
2.	<i>19 de Abril de 1810</i>	137
III.	CONGRESO CONSTITUYENTE	140
1.	<i>Formación del Congreso Constituyente</i>	140
2.	<i>Elecciones del Primer Congreso. Reglamento para las elecciones</i>	141
3.	<i>Composición y características de la Asamblea</i>	143
4.	<i>Legitimidad</i>	143

IV.	CONTENIDO DEL PROCESO CONSTITUYENTE.....	144
1.	<i>Temas debatidos</i>	144
2.	<i>El Acta de declaración de la Independencia</i>	146
3.	<i>La Constitución</i>	146
A.	<i>Proyecto anónimo de Constitución remitido por el administrador de Correos</i>	147
B.	<i>Consejo de Ancianos</i>	148
C.	<i>Seguridad y fortificación de los puertos marítimos</i>	148
D.	<i>Guardia Constitucional</i>	148
E.	<i>Tribunal de Censura y la Fuerza Armada</i>	149
F.	<i>Soberanía del pueblo y derechos del hombre en sociedad</i>	149
G.	<i>Sobre los extranjeros</i>	149
H.	<i>Comisión sobre Concordato</i>	149
I.	<i>Alta Corte de Justicia</i>	150
4.	<i>Resultados del Proceso Constituyente</i>	150
A.	<i>Acta de la Independencia</i>	150
B.	<i>La Constitución Federal</i>	150
C.	<i>Cuerpo de Leyes</i>	152
V.	FUNCIÓN POLÍTICA DEL PROCESO CONSTITUYENTE.....	152
VI.	CONSTITUCIONES PROVINCIALES DE 1811-1812.....	153
1.	<i>La Constitución de Mérida</i>	153
2.	<i>La Constitución de Trujillo de 1811</i>	154
3.	<i>La Constitución de Barcelona de 1811</i>	154
4.	<i>La Constitución de Caracas de 1812</i>	155
	BIBLIOGRAFÍA.....	155

§ 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

INTRODUCCIÓN.....	161
DERECHOS HUMANOS.....	165
EL ESTADO.....	175
EL URUGUAY Y EL MUNDO.....	181
REFLEXIONES FINALES.....	183

§ 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA

JORGE VÉLEZ GARCÍA

I.	INTRODUCCIÓN.....	185
II.	DEL ANACRÓNICO HERMETISMO A LA APERTURA CONTEMPORÁNEA.....	186
III.	UNA NORMA EN CONSTRUCCIÓN: EN BUSCA DE LA CONSTITUCIÓN.....	188

IV.	LA CUESTIÓN ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL ACTUAL.....	191
V.	LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.....	193
VI.	EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS SENTIDOS	202

§ 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN

CLAUDIA NIKKEN

I.	LA CONSTITUCIÓN ¿POSITIVA?.....	206
1.	<i>La ausencia de regulación de la transición en la Constitución del 30 de diciembre de 1999</i>	206
2.	<i>Las modificaciones de la Constitución</i>	208
A.	<i>La constitución de un régimen de transición</i>	208
B.	<i>Las publicaciones de la Constitución</i>	210
II.	SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMA FUNDAMENTAL	211
1.	<i>La norma fundamental de la Constitución</i>	211
2.	<i>El rechazo de la aplicación de la norma fundamental de la Constitución del 30 de diciembre de 1999</i>	214

§ 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL

SANDRA MORELLI

I.	BREVE INTRODUCCIÓN	219
II.	REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE REFERENDO	220
III.	ANÁLISIS DE LOS TEXTOS APROBADOS POR LAS COMISIONES PRIMERAS DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA Y DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES, CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE LEY N° 47-S/02 57-C/02 POR LA CUAL SE CONVOCA UN REFERENDO Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	227
1.	<i>Consideraciones preliminares</i>	227
2.	<i>Contenido del Proyecto</i>	227
A.	<i>Muerte política</i>	228
B.	<i>Voto nominal</i>	229
3.	<i>Suplencias</i>	229
4.	<i>Facultades de las Corporaciones Públicas de elección popular en la dirección y control de la hacienda pública</i>	230
5.	<i>Servicios Administrativos del Congreso</i>	231
6.	<i>Reducción del Congreso</i>	231
7.	<i>Pérdida de investidura</i>	235
8.	<i>Limitación de pensiones y salarios de los servidores públicos</i>	236
9.	<i>Supresión de las Contralorías Departamentales y Municipales</i>	237
10.	<i>Supresión de las Personerías</i>	237
11.	<i>Auxilios con dineros públicos</i>	238
12.	<i>Nuevos recursos para educación y saneamiento básico</i>	239

13.	<i>Recursos para educación y saneamiento básico</i>	239
14.	<i>Finanzas públicas sanas</i>	240
15.	<i>Partidos Políticos</i>	241
16.	<i>Contra el narcotráfico y la drogadicción</i>	242
17.	<i>Aprobación integral de este Referendo</i>	247
18.	<i>Artículo 2º Vigencia y nuevas elecciones</i>	248
IV.	LA REFORMA JUDICIAL.....	248
V.	CONCLUSIONES.....	252

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

§ 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO

JORGE LUIS SUÁREZ

I.	INTRODUCCIÓN	253
II.	LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS NACIONALES.....	253
III.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS RELACIONES CON EL DERECHO NACIONAL.....	256
1.	<i>El efecto o eficacia directa del Derecho Comunitario</i>	256
2.	<i>El efecto o eficacia directa de las normas comunitarias y el tipo de disposiciones</i>	262
3.	<i>La primacía del Derecho Comunitario</i>	264
4.	<i>La primacía del Derecho Comunitario y las Constituciones de los Estados miembros</i>	267
IV.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA.....	276

§ 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA

MARIANELA ZUBILLAGA

I.	LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ACTUAL.....	281
II.	LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO	282
III.	LA INTEGRACIÓN EN LOS PAÍSES ANDINOS	286
IV.	FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO, CON PARTICULAR REFERENCIA AL SOPORTE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA	290
1.	<i>La transferencia de competencias de los Estados miembros a los órganos comunitarios</i>	291
2.	<i>La aplicación directa del derecho comunitario</i>	295
3.	<i>La preeminencia o primacía del derecho comunitario</i>	297

V.	LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y LA AUSENCIA DE BASE CONSTITUCIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS	299
VI.	LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL ACUERDO DE CARTAGENA	303
1.	<i>La Constitución de 1961</i>	303
A.	<i>La aplicación de las decisiones de la Comisión desde 1973 a 1992</i>	303
B.	<i>El cambio de criterio en la forma de recepción de la normativa comunitaria: 1992 a 1999</i>	306
2.	<i>La Constitución de 1999</i>	307

§ 12. LA CAUSA AUSTRIA, LA ILEGALIDAD DE LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA

HEINZ SCHÄFFER

I.	INTRODUCCIÓN	311
II.	LAS DICHAS “SANCIONES”; SITUACIÓN EN AUSTRIA; LA TOMA DE DECISIÓN POR PARTE DE LOS UE-14; LOS EFECTOS	312
1.	<i>Situación en Austria</i>	312
2.	<i>La toma de decisión por parte de los UE-14</i>	313
3.	<i>Los efectos de las “sanciones”</i>	314
4.	<i>Análisis jurídico</i>	315
5.	<i>La posición de Austria en el conflicto</i>	318
III.	EL “INFORME DE LOS SABIOS” Y EL DESARROLLO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	319
IV.	CONCLUSIONES	322
	CRONOLOGÍA.....	323

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

§ 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

I.	INTRODUCCIÓN	325
II.	EL TIPO DE GOBIERNO DE ASAMBLEA O CONVENCIONAL	326
1.	<i>Características esenciales del tipo de gobierno convencional</i>	326
III.	EL TIPO DE GOBIERNO PRESIDENCIAL.....	327
1.	<i>Introducción</i>	327
2.	<i>Características estructurales y funcionales básicas</i>	329
IV.	LOS GOBIERNOS PRESIDENCIALISTAS DE AMÉRICA LATINA.....	329
1.	<i>Introducción</i>	329
2.	<i>Los rasgos comunes al presidencialismo latinoamericano</i>	331
3.	<i>La elección presidencial en los tipos de gobierno presidencialista de América Latina</i>	332

4.	<i>Los factores de la preponderancia presidencial.....</i>	333
A.	<i>Las competencias legislativas de los Presidentes latinoamericanos.....</i>	333
B.	<i>La iniciativa de ley y la iniciativa exclusiva de ley</i>	334
C.	<i>El veto parcial y los quórum parlamentarios para superarlo</i>	334
D.	<i>La habilitación legislativa del Presidente de la República</i>	335
E.	<i>Los poderes extraordinarios o de crisis</i>	336
5.	<i>Los resguardos del presidencialismo latinoamericano respecto del Presidente de la República</i>	337
A.	<i>La duración limitada y fija del mandato Presidencial</i>	337
B.	<i>La Regla de la no reelección inmediata del Presidente</i>	338
C.	<i>La acusación constitucional contra el Presidente de la República.....</i>	339
V.	LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESIDENCIALISMOS DEMOCRÁTICOS EN AMÉRICA LATINA.....	339
1.	<i>Los rasgos fundamentales de los diferentes tipos de presidencialismos democráticos</i>	340
A.	<i>El presidencialismo puro</i>	340
B.	<i>El presidencialismo parlamentario o atenuado</i>	341
C.	<i>Los presidencialismo dirigidos</i>	344
VI.	EL TIPO DE GOBIERNO PARLAMENTARIO Y SUS VARIANTES	345
1.	<i>El Desarrollo del tipo de gobierno parlamentario</i>	345
2.	<i>Los caracteres estructurales esenciales del régimen parlamentario</i>	346
3.	<i>Los caracteres funcionales</i>	347
A.	<i>La responsabilidad del gobierno ante el Parlamento</i>	347
B.	<i>El derecho de disolución del Parlamento por el Ejecutivo</i>	348
4.	<i>Fisonomía general del tipo de gobierno parlamentario</i>	349
5.	<i>Las dos concepciones diferentes de tipo de gobierno parlamentario en la doctrina constitucional clásica.....</i>	350
A.	<i>La concepción dualista del tipo de gobierno parlamentario.....</i>	350
B.	<i>Del tipo de gobierno parlamentario dualista al régimen parlamentario monista</i>	352
C.	<i>La teoría monista del tipo de gobierno parlamentario</i>	352
6.	<i>Clasificación de los tipos de gobierno parlamentarios según la distribución de competencia</i>	357
A.	<i>El tipo de gobierno parlamentario de cooperación ejecutiva</i>	357
B.	<i>El tipo de gobierno parlamentario de gabinete.....</i>	357
C.	<i>El tipo de gobierno parlamentario dualista contemporáneo</i>	357
VII.	LOS TIPOS DE GOBIERNO SEMIPRESIDENCIALES.....	358
1.	<i>El análisis de los regímenes con forma de gobierno semipresidencial en Europa</i>	359
A.	<i>El estatuto del Presidente de la República</i>	359
(a)	<i>La elección del Presidente de la República y la duración del mandato</i>	359
(b)	<i>Las competencias del Presidente de la República</i>	360
(c)	<i>Las Competencias del Presidente de la República en Francia.....</i>	361

2.	<i>Las atribuciones del Presidente de Finlandia</i>	363
3.	<i>Consideraciones finales</i>	364
VIII.	EL TIPO DE GOBIERNO SEMIPARLAMENTARIO	365
IX.	EL TIPO DE GOBIERNO DIRECTORIAL SUIZO.....	365
1.	<i>El parlamento suizo</i>	365
2.	<i>Las relaciones parlamento - gobierno</i>	367
3.	<i>El Consejo Federal (gobierno federal) y Presidencia de la Confederación</i>	367
X.	CONSIDERACIONES FINALES	368

2. *El régimen electoral*

§ 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?

JORGE REINALDO VANOSI

§ 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL

JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ

I.	CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL RÉGIMEN MEXICANO DE NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL	378
1.	<i>Sólo puede declararse la nulidad de una votación o elección por las causas previstas en la ley</i>	378
2.	<i>Definitividad de los resultados electorales no impugnados oportunamente</i>	379
3.	<i>Imposibilidad de invocar nulidades provocadas por los propios denunciantes</i>	379
4.	<i>Votaciones y elecciones federales susceptibles de anularse</i>	379
5.	<i>Sólo irregularidades determinantes pueden causar la nulidad de la votación o de la elección</i>	380
II.	NULIDAD DE UN VOTO	383
III.	NULIDAD DE UNA VOTACIÓN.....	385
1.	<i>Irregularidades en la constitución de la mesa o casilla electoral</i>	386
2.	<i>Irregularidades en el desarrollo de la votación</i>	390
3.	<i>Irregularidades en el escrutinio o en las actas respectivas y la entrega de los paquetes electorales</i>	393
IV.	NULIDAD DE UNA ELECCIÓN.....	397
1.	<i>Como consecuencia de la nulidad de votación en diversas mesas o casillas</i>	397
2.	<i>Por razones de inelegibilidad de un candidato o fórmula de candidatos</i>	398
3.	<i>Cuando la elección no estuvo revestida de las garantías necesarias</i>	399

§ 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

DIETER NOHLEN

I.	LA INTERRELACIÓN DE LAS VARIABLES INSTITUCIONALES: LA VARIABLE SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS	402
II.	DISEÑO INSTITUCIONAL Y NIVEL OPERATIVO	403
III.	TIPOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL.....	404
IV.	EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES	406
V.	CINCO CRITERIOS DE EVALUACIÓN.....	406
VI.	UN ESQUEMA DE EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES	408
VII.	SISTEMAS ELECTORALES Y GOBERNABILIDAD.....	412

3. La participación política

§ 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS

MANUEL FEO LA CRUZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	415
II.	ESTADO DE BIENESTAR Y LA AUTOSUFICIENCIA DE LA BUROCRACIA.....	416
III.	ESTADO DE BIENESTAR Y EL MODELO ELITISTA DEMOCRÁTICO	417
IV.	LA CRISIS DEL EB Y SUS EFECTOS SOBRE EL MODELO BUROCRÁTICO Y EL MODELO ELITISTA.....	418
V.	LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA EN EL PROCESO DE LA GESTIÓN PÚBLICA	421
VI.	EL CASO VENEZOLANO. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS	424
VII.	LOS OBSTÁCULOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA CULTURA POLÍTICA.....	426
VIII.	A MANERA DE CONCLUSIÓN	428
	BIBLIOGRAFÍA.....	429

§ 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)

YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR

I.	LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO DE LOS CIUDADANOS	431
II.	LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO OBLIGACIÓN CIUDADANA	433
III.	LA CULTURA DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DELINEADOR DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN.....	436
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	437

**§ 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO
COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN
LA CONSTITUCIÓN DE 1999**

COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA

I.	INTRODUCCIÓN	441
II.	EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA	442
III.	EL SISTEMA DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA	442
	1. <i>El Referendo en el sistema jurídico venezolano</i>	446
	A. <i>Reseña histórica: algunas consideraciones</i>	446
	B. <i>Antecedentes legislativos</i>	447
	(a) <i>Ley Orgánica de Régimen Municipal</i>	449
	(b) <i>Ley Orgánica de la Justicia de Paz</i>	451
	(c) <i>Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política</i>	452
	(d) <i>Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles</i>	454
IV.	MODALIDADES DE REFERENDO PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	460
V.	EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATO	472
VI.	A MANERA DE CONCLUSIÓN	480
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	481

**§ 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y
EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA

I.	LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ACTUAL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO.....	485
	1. <i>Algunas consideraciones previas de la democracia y de sus elementos constitutivos</i>	485
	2. <i>La perspectiva de la nueva configuración del Estado democrático en el constitucionalismo comparado</i>	493
II.	EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU ENCUADRAMIENTO EN LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	499
	1. <i>El Derecho de participación ínsito en el texto de la Constitución Política</i>	499
	2. <i>El derecho de participación para la elaboración de las disposiciones reglamentarias de conformidad con el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública</i>	500
	A. <i>Previa ubicación doctrinal y positiva de los reglamentos</i>	500
	B. <i>Distintos tipos de reglamentos</i>	505
	(a) <i>Los denominados reglamentos ejecutivos</i>	505
	(b) <i>Los reglamentos, independientes, autónomos o de organización</i>	506
	(c) <i>Los reglamentos de urgencia o necesidad</i>	507

C.	<i>Análisis del mecanismo regulador para la elaboración de las disposiciones reglamentarias:</i>	509
(a)	<i>Subsiguiente análisis del artículo 361 de la LGAP</i>	511
(b)	<i>Continuación del análisis del numeral 361, inciso 3) de la LGAP</i>	512
(c)	<i>Análisis consecuente del artículo 363 de la LGAP</i>	515
III.	A MANERA DE SIMPLE CONCLUSIÓN	518

§ 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

DANIEL ALBERTO SABSAY

I.	INTRODUCCIÓN.....	521
II.	LA PARTICIPACIÓN.....	522
1.	<i>Constitución Nacional</i>	523
A.	<i>La reforma del 94</i>	524
2.	<i>Derecho Público Provincial y Municipal</i>	527
3.	<i>La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, claro ejemplo de democracia participativa</i>	528
III.	CONSIDERACIONES FINALES.....	532
	BIBLIOGRAFÍA.....	533

4. *La desobediencia civil*

§ 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA

MARIE PICARD DE ORSINI

I.	COMENTARIOS INICIALES	535
II.	CONDUCTA CIUDADANA Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE OBE- DIENCIA A LA AUTORIDAD Y A LAS LEYES.....	537
III.	REFERENCIAS HISTÓRICAS	539
IV.	CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL.....	540
V.	DIFERENCIAS CON OTRAS ACCIONES O FIGURAS QUE SE PUEDEN CONFUNDIR CON LA DESOBEDIENCIA CIVIL	541
VI.	CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL.....	542
VII.	JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DESOBE- DIENCIA CIVIL	544
VIII.	LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	547
IX.	CONCLUSIONES.....	550
	BIBLIOGRAFÍA.....	551

§ 23. EL ARTÍCULO 350: ¿DERECHO DE REBELIÓN, DERECHO A LA RESISTENCIA O DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

ELOÍSA AVELLANEDA Y LUIS SALAMANCA

I.	INTRODUCCIÓN	553
II.	NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESOBEDIENCIA CIVIL, RESISTENCIA CIVIL Y REBELIÓN.....	556
1.	<i>La desobediencia civil</i>	556
A.	<i>Noción</i>	556
B.	<i>Características de la desobediencia civil</i>	557
(a)	<i>La desobediencia civil, a diferencia de la resistencia civil y la rebelión, tiene una finalidad limitada</i>	558
(b)	<i>Son actos ilegales pero moralmente justificados por razones de conciencia</i>	558
(c)	<i>Son actos públicos</i>	558
(d)	<i>Son actos pacíficos, no violentos</i>	558
(e)	<i>Son actos conscientes</i>	558
(f)	<i>Son actos intencionales</i>	559
(g)	<i>La desobediencia civil debe ser un último recurso</i>	559
2.	<i>La resistencia civil</i>	559
A.	<i>Noción</i>	559
B.	<i>Evolución de la teoría de la resistencia</i>	560
C.	<i>Resistencia activa y resistencia pasiva</i>	561
D.	<i>La resistencia civil en la era contemporánea</i>	562
E.	<i>Resistencia civil y resistencia militar</i>	563
3.	<i>La rebelión</i>	564
A.	<i>Noción general de rebelión</i>	564
B.	<i>Noción jurídico-política de rebelión</i>	565
C.	<i>Diferencias entre la desobediencia civil, la resistencia civil y la rebelión</i>	567
III.	EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN.....	568
1.	<i>El artículo 350 de la CRBV y sus posibles alcances</i>	568
2.	<i>Antecedentes constitucionales del artículo 350 de la Constitución de 1999</i>	568
3.	<i>Orígenes del artículo 350 en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente</i>	569
4.	<i>Debate jurídico y confrontación política en torno al artículo 350</i>	572
A.	<i>Las interpretaciones de la oposición civil</i>	572
(a)	<i>El 350 como derecho a la rebelión</i>	573
(b)	<i>El 350 como derecho a la desobediencia y resistencia civiles</i>	573
(c)	<i>El 350 como desobediencia civil</i>	573
B.	<i>Las interpretaciones de la oposición militar</i>	574
C.	<i>Las interpretaciones del gobierno en torno al 350</i>	574
D.	<i>El 350 como fuente de inestabilidad política</i>	575

5.	<i>Nuestra interpretación del artículo 350</i>	576
A.	<i>¿Qué se entiende por pueblo de Venezuela?</i>	576
B.	<i>¿Qué significa “fiel a su tradición” ...?</i>	577
C.	<i>¿Qué significa que el pueblo “desconocerá”?</i>	577
D.	<i>¿En qué tipo de circunstancias puede aplicarse el artículo 350?</i>	578
E.	<i>¿Qué obligaciones impone el artículo 350 de la Constitución?</i>	580
	(a) <i>La desobediencia civil</i>	580
	(b) <i>La resistencia pasiva y activa</i>	580
F.	<i>La rebelión</i>	580
IV.	CONCLUSIONES	581
	BIBLIOGRAFÍA	583

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

§ 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I.	INTRODUCCIÓN: LA PLURALIDAD DE LOS ESTADOS FEDERALES	585
II.	EL CONTEXTO PECULIAR DEL FEDERALISMO EN LATINOAMÉRICA	587
III.	FEDERALISMO DUAL, CENTRALIZADO Y COOPERATIVO EN AMÉRICA LATINA	589
IV.	LOS RASGOS PECULIARES DEL SISTEMA FEDERAL Y SU CONFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA	599
	1. <i>La existencia de una Constitución federal rígida y la participación de los Estados miembros en su reforma</i>	599
	2. <i>El reconocimiento a los Estados miembros del principio de autonomía</i>	600
	3. <i>La existencia de un órgano encargado de dirimir los conflictos entre la Federación y los Estados miembros y salvaguardar la primacía de la Constitución federal</i>	602
	4. <i>El diseño de un cauce de participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal: el bicameralismo y la Cámara de los Estados</i>	603
	5. <i>La distribución constitucional de competencias entre la Federación y los Estados miembros</i>	605
	6. <i>La compensación financiera</i>	610
	7. <i>La intervención federal</i>	615
V.	LA REALIDAD FEDERAL EN LATINOAMÉRICA Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO	617

**§ 25. EL FEDERALISMO UNA SALIDA AL CONFLICTO
DE VIOLENCIA COLOMBIANO**

JORGE LONDOÑO

I.	INTRODUCCIÓN	621
II.	UNA LEVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA	622
	1. <i>Situación actual de la violencia en Colombia</i>	624
	2. <i>Breve conclusión</i>	625
III.	MINÚSCULA APROXIMACIÓN A DOS ELEMENTOS DEL ESTADO	626
	1. <i>Concepto clásico de soberanía</i>	626
	2. <i>Crisis de la idea clásica de Soberanía</i>	627
	3. <i>A manera de reflexión parcial</i>	628
	4. <i>El territorio</i>	628
	5. <i>Reflexión</i>	629
IV.	ALGUNAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL	629
	1. <i>Modelo Regional</i>	630
	2. <i>El modelo de las comunidades autónomas</i>	632
	3. <i>Sistema Federal</i>	635
	4. <i>El Federalismo en Colombia</i>	638
	5. <i>Breve conclusión histórica</i>	642
	6. <i>Propuestas federalistas para Colombia</i>	642
V.	UN BREVE ESPACIO PARA UN TEMA FUNDAMENTAL -LA TOLERANCIA-	648
VI.	CONCLUSIONES	649

**§ 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE
DELL'AMERICA LATINA**

EDUARDO ROZO ACUÑA

I.	REPUBBLICHE FEDERALI E UNITARIE IN AMERICA LATINA	659
II.	EVOLUZIONE DELLO STATO FEDERALE IN AMERICA LATINA	660
III.	EVOLUZIONE DELLO STATO UNITARIO IN AMERICA LATINA	661
IV.	IL NUOVO TITOLO V DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E AUTONO- MIE LOCALI IN ALCUNE ESPERIENZE LATINOAMERICANE	661
	1. <i>La suddivisione dell'ordinamento in Italia</i>	662
	2. <i>Regioni con autonomia ordinaria e speciale</i>	664
	3. <i>La distribuzione dei poteri fra Stato, regioni ed enti locali</i>	665
	4. <i>La distribuzione delle funzioni amministrative</i>	669
	5. <i>L'autonomia fiscale e le norme finanziarie</i>	672
	6. <i>I limiti dell'autonomia e l'intervento sostitutivo</i>	676
	7. <i>Autonomie locali ed obblighi internazionali</i>	677
	8. <i>Il contenzioso Stato, Regioni ed enti locali</i>	677
V.	CONCLUSIONI: DECENTRAMENTO, REGIONALIZZAZIONE E FEDE- RALISMO IN AMERICA LATINA	679

**§ 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y
EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL
ESTADO FEDERAL EN ALEMANIA**

CHRISTIAN PIELOW

I.	EL ESTADO FEDERAL <i>EVOLUTIVO</i>	681
	1. <i>La crisis económica del Estado prestador</i>	683
	2. <i>Liberalización y privatización</i>	683
	3. <i>Internacionalización, especialmente “europeización”</i>	684
	4. <i>Necesidades -y oportunidades- de reflexión: ¿modernización o modificación del federalismo?</i>	685
	A. <i>Quiebras del anterior consenso sobre el federalismo “unitario” y “cooperativo”</i>	686
	B. <i>¿Federalismo “competitivo” como resolución? / Preguntas claves</i>	687
II.	ASPECTOS INSTITUCIONALES	688
	1. <i>Número y dimensión de los entes territoriales</i>	688
	2. <i>El papel de los Parlamentos regionales y los mecanismos del federalismo cooperativo</i>	690
	A. <i>El predominio de la legislación federal</i>	690
	B. <i>La expansión de la legislación “administrativa”</i>	690
	C. <i>¿Compensación mediante cooperación?</i>	691
III.	AJUSTE DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS	693
	1. <i>Progresos ya alcanzados</i>	693
	2. <i>Cláusulas de experimentación y legislación básica</i>	694
	3. <i>Reajuste de las competencias ejecutivas de los Länder</i>	695
IV.	LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE ESTADO Y ESTADOS FEDERADOS	696
	1. <i>Las polémicas asignaciones unilaterales por parte de la Federación</i>	696
	2. <i>Mecanismos de la compensación financiera</i>	698
V.	CONCLUSIÓN	699

**§ 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN
DE COMPETENCIAS**

GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO

I.	RELACIÓN PRIMARIA ENTRE EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTADALES.....	702
II.	LA COMPETENCIA RESIDUAL EN EL MODELO FEDERAL VENEZOLANO	703
III.	AUSENCIA DE EXCLUSIVIDAD EXPRESA EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NACIONALES	704
IV.	LA CLÁUSULA DE LA NATURALEZA NACIONAL DE LAS MATERIAS COMO TÍTULO COMPETENCIAL FEDERAL	705
V.	LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES.....	707

VI.	REPARTICIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN	709
VII.	LEYES DE BASE Y LEYES DE DESARROLLO	710
	1. <i>El concepto material de las bases</i>	712
	2. <i>Estructura de la Ley de Bases</i>	712
	A. <i>Círculo material de interés general</i>	713
	B. <i>Círculo de encuadramiento</i>	713

2. *El régimen local y municipal*

§ 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

I.	INTRODUCCIÓN	715
II.	CONFIGURACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL	716
	1. <i>Principios fundamentales</i>	716
	2. <i>Configuración constitucional</i>	718
	3. <i>Contenido mínimo</i>	720
	A. <i>Autonomía política</i>	720
	B. <i>Autonomía normativa</i>	720
	C. <i>Autonomía tributaria</i>	721
	D. <i>Autonomía Administrativa</i>	722
	4. <i>Garantía de la Autonomía</i>	722
III.	LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA AUTONOMÍA LOCAL	727
	1. <i>Político-democrática</i>	727
	2. <i>Inherentes al Estado de Derecho</i>	729
	3. <i>Inherente a la realización del Estado Social</i>	729

§ 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

ARGENIS URDANETA

I.	A MANERA DE INTRODUCCIÓN	731
II.	FUNDAMENTOS DE UN MODELO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN VENEZUELA	731
	1. <i>Exposición de motivos</i>	732
	2. <i>Preámbulo</i>	732
	3. <i>Principios fundamentales</i>	732
	4. <i>Preceptos constitucionales de democracia participativa</i>	732
	A. <i>Gobierno democrático (art. 6)</i>	732
	B. <i>En lo que respecta a los derechos políticos</i>	733
	(a) <i>Consultivo (art. 71)</i>	733
	(b) <i>Revocatorio (art. 72)</i>	733

(c) <i>Aprobatorio (art. 73)</i>	733
(d) <i>Abrogatorio (art. 74)</i>	734
C. <i>En cuanto a la organización del Poder Público</i>	734
(a) <i>Administración Pública</i>	734
(b) <i>Poder Público Estatal</i>	734
(c) <i>Poder Público Municipal</i>	734
(d) <i>Consejo Federal de Gobierno</i>	735
(e) <i>Poder Judicial y Sistema de Justicia</i>	735
III. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	735
1. <i>Organización del territorio</i>	735
2. <i>División política</i>	735
3. <i>Organización del Poder Público Nacional</i>	736
A. <i>Legislativo</i>	736
B. <i>Ejecutivo</i>	736
C. <i>Sistema de Justicia</i>	736
D. <i>Poder Ciudadano</i>	737
E. <i>Poder Electoral</i>	737
4. <i>Poder Público Estatal</i>	738
IV. VENEZUELA: ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO	738
1. <i>Exposición de Motivos de la Constitución</i>	738
2. <i>Preámbulo constitucional</i>	739
3. <i>Principios fundamentales de la Constitución</i>	739
4. <i>Descentralización</i>	739
V. PERSPECTIVAS DE NUEVO MUNICIPIO Y DEMÁS ENTIDADES LOCALES	741
1. <i>Nuevo municipio</i>	741
A. <i>Territorio</i>	741
B. <i>Organización</i>	741
C. <i>Autonomía</i>	742
2. <i>Propuesta de nueva Ley Municipal</i>	743
BIBLIOGRAFÍA.....	744

**§ 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA:
ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO

I. LA ESPAÑA DE LAS AUTONOMÍAS	747
1. <i>Vigencia de la Constitución de 1978</i>	747
2. <i>Una reflexión sobre la Nación española</i>	750
3. <i>El proceso descentralizador iniciado en 1978</i>	752
4. <i>El desarrollo autonómico</i>	755

II.	LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL ESPAÑOLA	759
1.	<i>El proceso democratizador de las estructuras locales</i>	760
2.	<i>Los primeros pasos del Municipio democrático español</i>	762
3.	<i>La Ley de Bases de Régimen Local de 1985</i>	764
4.	<i>Las Haciendas Locales</i>	766
5.	<i>La normativa supranacional</i>	767
6.	<i>El Pacto Local</i>	768

§ 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

I.	INTRODUCCIÓN	773
II.	EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN	776
III.	SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.....	778
IV.	EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL	780
1.	<i>El principio de subsidiariedad</i>	780
2.	<i>La subsidiariedad en el derecho local</i>	780
V.	CUESTIONES COMPETENCIALES.....	783
VI.	DESCENTRALIZACIÓN Y PODERES LOCALES	784

§ 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL

FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ

I.	INTRODUCCIÓN	789
II.	LA REVOLUCIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LOS LUGARES	789
III.	LUGARIZACIÓN	791
IV.	LUGARIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO.....	795
V.	EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	797
VI.	LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA GESTIÓN URBANA.....	798
VII.	CONCLUSIÓN.....	800
	BIBLIOGRAFÍA	800

§ 34. BREWER Y CARACAS

DOLORES AGUERREVERE VALERO

I.	INTRODUCCIÓN	801
II.	BREWER Y LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE CARACAS.....	803
1.	<i>Planteamientos anteriores a la Constitución de 1999</i>	803
2.	<i>Debate Constituyente</i>	807
3.	<i>Planteamientos posteriores a la Constitución 1999</i>	809
III.	BREWER Y EL URBANISMO EN CARACAS	811
1.	<i>Sobre la planificación y ordenación urbanística de Caracas</i>	811
2.	<i>Sobre el trazado regular de la ciudad</i>	815
IV.	CONCLUSIONES	817

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

§ 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

DONATO LUPIDII

I.	INTRODUCCIÓN.....	819
II.	LAS CONCLUSIONES FUNDAMENTALES DE SHUGART Y MAINWARING.....	820
III.	EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO (1958-1995) SEGÚN BRIAN F. CRISP.....	825
IV.	LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 1999 Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL.....	828
	1. <i>Poderes Constitucionales Legislativos</i>	829
	A. <i>Poderes Reactivos</i>	829
	B. <i>Poderes Proactivos</i>	830
	2. <i>Poderes Partidistas</i>	832
V.	CONCLUSIONES.....	834
	BIBLIOGRAFÍA.....	835

§ 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

ALFREDO ARISMENDI A.

I.	INTRODUCCIÓN.....	837
II.	EL EJECUTIVO UNIPERSONAL.....	838
III.	REQUISITOS PARA SER PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.....	839
	1. <i>La reelección</i>	840
	2. <i>El período presidencial</i>	841
IV.	EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO.....	841
	1. <i>Generalidades</i>	841
	2. <i>Atribuciones</i>	842
	3. <i>Destitución</i>	843
V.	EL CONSEJO DE MINISTROS.....	843
	1. <i>Naturaleza</i>	843
	2. <i>Organismos de la Administración Pública Nacional</i>	844
VI.	EL SISTEMA PRESIDENCIAL VENEZOLANO.....	846
	1. <i>Antecedentes</i>	846
	2. <i>Elementos Parlamentarios</i>	847
	A. <i>El Refrendo Ministerial</i>	848
	B. <i>El Consejo de Ministros</i>	849
	C. <i>El Mensaje Presidencial</i>	851
	D. <i>Memoria de los Ministros</i>	852

3.	<i>Falta Absoluta del Presidente de la República</i>	852
	A. <i>Antecedentes</i>	852
	B. <i>Situación actual</i>	854
VII.	INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL EN LA FORMACIÓN DE LAS LEYES	855
	1. <i>El Veto Presidencial</i>	856
	2. <i>Promulgación de la Ley</i>	856
	3. <i>Decretos con Fuerza de Ley</i>	857
VIII.	ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	858
	1. <i>Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes</i>	858
	2. <i>La Potestad Reglamentaria</i>	858
	3. <i>Nombrar y remover los funcionarios públicos</i>	858
	4. <i>Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional</i>	859
	5. <i>Dirigir las Relaciones Exteriores</i>	860
	6. <i>Conceder Indultos</i>	860
	7. <i>Otras Facultades</i>	861
	A. <i>Nombramiento del Procurador General de la República</i>	861
	B. <i>Declarar los Estados de Excepción y decretar la restricción de las garantías constitucionales</i>	862
	C. <i>Administrar la Hacienda Pública Nacional</i>	863
	8. <i>Actos Administrativos</i>	865
IX.	EL CONSEJO DE ESTADO	865
X.	CONCLUSIONES	865

**§ 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA,
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA
JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA**

RICARDO HARO

I.	ACRECENTAMIENTO DE LOS EJECUTIVOS CONTEMPORÁNEOS	867
II.	LAS FACULTADES COLEGISLATIVAS	868
III.	UN ANTECEDENTE PREMONITORIO: EL CASO “PERALTA”	869
IV.	LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.....	871
V.	LA JURISPRUDENCIA POSREFORMA: LA EXTENSIÓN TRIBUTARIA POR UN DNU	872
VI.	SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN DNU POR UN JUEZ DE 1ª INSTANCIA	873
VII.	EXCLUSIÓN POR UN DNU DE ASIGNACIONES FAMILIARES FIJADAS POR LEY.....	874
VIII.	REDUCCIÓN POR UN DNU DE LOS SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS	875
IX.	LA EMERGENCIA EN LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE Y SUS ASEGURADORAS	877
X.	INDISPONIBILIDAD DE DEPÓSITOS BANCARIOS EN PESOS O DÓLARES.....	878
XI.	NUESTRAS REFLEXIONES FINALES.....	880

§ 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD

PIERRE BON

I.	LA RESPONSABILITÉ PENALE POUR LES ACTES ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS	886
1.	<i>Les incriminations</i>	886
2.	<i>La mise en accusation</i>	888
3.	<i>Le jugement</i>	889
II.	LA RESPONSABILITÉ PENALE POUR LES ACTES ÉTRANGERS A L'EXERCICE DES FONCTIONS	890

2. El poder judicial

§ 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO

ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO

I.	ALGUNAS CONSIDERACIONES	893
II.	EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL LLAMADO SISTEMA DE JUSTICIA	893
III.	TRANSITORIEDAD DEL PODER JUDICIAL	897

§ 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL

DIEGO VALADÉS

I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	907
II.	NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO	909
III.	AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA	911
IV.	MECANISMOS DE EVALUACIÓN	913
V.	AUTONOMÍA Y ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO	915
VI.	FUNCIONES DE COOPERACIÓN: EXTENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN A OTRAS ÁREAS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA (ADMINISTRATIVA, MUNICIPAL, AGRARIA, LABORAL, ELECTORAL, ETC.)	916
VII.	LA ENSEÑANZA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO	918
VIII.	LOS MÉTODOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	921
IX.	ACCESO A LA JUSTICIA	923
X.	EL ÁMBITO INTERNACIONAL	924
XI.	DEMOCRACIA Y JUSTICIA	926
XII.	CONSIDERACIONES FINALES	928
	BIBLIOGRAFÍA	930

3. *El poder ciudadano***§ 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO**

ROXANA ORIHUELA GONZATTI

I.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER CIUDADANO	933
1.	<i>El Poder Moral propuesto por Bolívar: Apéndice de la Constitución relativo al Poder Moral</i>	935
2.	<i>De las atribuciones especiales de la Cámara de Moral</i>	935
3.	<i>De las atribuciones de la Cámara de Educación</i>	936
II.	NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER CIUDADANO Y BASE CONSTITUCIONAL.....	940
III.	NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	941
IV.	ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	943
V.	ÓRGANOS INTEGRANTES DEL PODER CIUDADANO	943
VI.	ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO.....	944
1.	<i>Requisitos para su elección</i>	944
A.	<i>Generales</i>	944
B.	<i>Específicos</i>	944
2.	<i>Período de elección</i>	946
3.	<i>Forma de elección</i>	948
4.	<i>Remoción</i>	950
VII.	AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO	953
VIII.	COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS QUE EJERCEN EL PODER CIUDADANO EN GENERAL; DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN PARTICULAR Y DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO.....	953
1.	<i>Competencias concurrentes</i>	954
2.	<i>Competencias específicas</i>	954
A.	<i>De la Defensoría del Pueblo</i>	954
B.	<i>Del Ministerio Público</i>	958
C.	<i>De la Contraloría General de la República</i>	961
D.	<i>De la Contraloría General de la Fuerza Armada</i>	963
3.	<i>Competencias residuales</i>	964
4.	<i>Competencias del Consejo Moral Republicano</i>	964
IX.	POTESTAD SANCIONATORIA DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO	967
1.	<i>Antecedentes</i>	967
2.	<i>Generalidades</i>	971
3.	<i>Desarrollo</i>	971
4.	<i>Sanciones</i>	972

X.	EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU VINCULACIÓN CON EL PODER CIUDADANO	974
XI.	DEBER DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO MORAL REPUBLICANO Y DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO DE INFORMAR A LA ASAMBLEA NACIONAL.....	975
XII.	EL PRINCIPIO DE RESERVA DEL ARCHIVO Y DE LA INFORMACIÓN DEL PODER CIUDADANO	976
XIII.	DEBER DE COLABORACIÓN CON EL CONSEJO MORAL REPUBLICANO.....	977
XIV.	EL PODER CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO.....	978
	1. <i>El Poder Legislativo y el Poder Ciudadano</i>	978
	2. <i>El Poder Judicial y el Poder Ciudadano</i>	978
	3. <i>El Poder Electoral y el Poder Ciudadano</i>	979
XV.	EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL PODER CIUDADANO	979
XVI.	LA NECESIDAD DEL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PODER CIUDADANO.....	980

§ 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

§ 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO CONSTITUCIONAL

CLAUDE GOYARD

§ 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O CONTROL CONCRETO?

JOSÉ VICENTE HARO

I.	INTRODUCCIÓN.....	1003
II.	BREVES NOTAS SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD	1005
III.	SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD	1009
IV.	A MODO DE CONCLUSIÓN	1014

**§ 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN AMÉRICA LATINA**

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

I.	CONSIDERACIÓN INICIAL	1015
II.	LOS INTENTOS DE INSTAURAR UNA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	1016
III.	EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940.....	1018
IV.	EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE DE 1971.....	1020
V.	EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945	1022
VI.	LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965.....	1023
VII.	A MODO DE CONCLUSIÓN	1026

**§ 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS
335 Y 336 DE LA CONSTITUCIÓN**

MARIO PESCI FELTRI

I.	JURISDICCIÓN-PROCESO-ACCIÓN	1029
II.	JURISDICCIÓN NORMATIVA	1031
III.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 365 CONSTITUCIONAL	1032
IV.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 336 CONSTITUCIONAL	1039
V.	DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA.....	1043
VI.	LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA.....	1045
VII.	FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA	1054

**§ 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
Y SOCIALES DE CUBA (1940/1952)**

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

I.	LIMINAR	1057
II.	¿POR QUÉ CUBA?.....	1058
III.	UNA AGITADA HISTORIA	1059
IV.	EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN.....	1060
V.	LA CONSTITUCIÓN DE 1940: MÁS SOBRE LO MISMO	1062
VI.	EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1940.....	1063
VII.	VAIVENES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES	1064
VIII.	¿ES EL TRIBUNAL CUBANO DE 1940 UN VERDADERO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?.....	1067
IX.	EL MODELO CUBANO EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO	1068
	BIBLIOGRAFÍA	1070

§ 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE CONTROL DE LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

EDGAR CARPIO MARCOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1075
II.	EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO: ¿ACTO LEGISLATIVO DEL ESTADO?.....	1076
III.	LA POSICIÓN DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	1078
IV.	EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO FUENTE PRIMARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	1079
	1. <i>El reglamento parlamentario como fuente formal del derecho</i>	1079
	2. <i>El reglamento parlamentario como fuente primaria</i>	1080
V.	EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO ACTO LEGISLATIVO ESTATAL CON RANGO DE LEY EN EL ORDENAMIENTO PERUANO.....	1081
VI.	REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y PARÁMETRO DE CONTROL.....	1083
	1. <i>El reglamento parlamentario: ¿norma interpuesta o de valor materialmente constitucional? La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana</i>	1084
VII.	LA PARAMETRACIDAD DEL REGLAMENTO PARLAMENTARIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO.....	1087
VIII.	REGLAMENTO PARLAMENTARIO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN SENDERO POR REPLANTEAR.....	1091

§ 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPORTADA

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1093
II.	EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.....	1093
III.	EL DERECHO EXTRANJERO OPUESTO A LA CONSTITUCIÓN DE ESE MISMO PAÍS EXTRANJERO. DISTINTAS HIPÓTESIS.....	1094
IV.	CONCLUSIONES.....	1097

2. *El derecho de amparo*

§ 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA

ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ

I.	EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA.....	1099
II.	REGULACIÓN ACTUAL EN IBEROAMÉRICA: MEDIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	1103

III.	RASGOS GENERALES DEL “HÁBEAS CORPUS” IBEROAMERICANO	1107
1.	<i>Ámbito de derechos protegidos y efectos de la sentencia</i>	1108
2.	<i>Relación del “hábeas corpus” con el Derecho Penal</i>	1109
3.	<i>Amplitud en cuanto a los sujetos</i>	1110
IV.	RASGOS GENERALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO	1111
1.	<i>El carácter inicial y alternativo del amparo constitucional</i>	1111
2.	<i>Competencia en materia de amparo constitucional</i>	1113
3.	<i>Principios del proceso de amparo constitucional</i>	1114
4.	<i>Derechos susceptibles de protección por el amparo constitucional</i>	1116
5.	<i>Actos sujetos a revisión por el amparo constitucional</i>	1117
6.	<i>Efectos de la sentencia de amparo constitucional</i>	1118
V.	CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROCESALES IBEROAMERICANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	1119
1.	<i>Clasificación general</i>	1119
2.	<i>El modelo iberoamericano en la clasificación general de medios procesales para la protección de los derechos constitucionales</i>	1123

**§ 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE
EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO
DE AMPARO MEXICANO**

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

I.	INTRODUCCIÓN	1125
II.	LA DOCTRINA DE BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO.....	1126
III.	UNA OJEADA SOBRE EL DERECHO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA	1128
IV.	EL DERECHO DE AMPARO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	1136
V.	EL AMPARO MEXICANO COMO PARADIGMA ORIGINAL Y SU EVOLUCIÓN	1138
VI.	COMPLEJIDAD ACTUAL DEL AMPARO MEXICANO.....	1143
VII.	NATURALEZA.....	1151
VIII.	DERECHOS PROTEGIDOS.....	1155
IX.	PERSONAS TUTELADAS.....	1159
X.	ORGANISMOS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN	1161

**§ 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO:
¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?**

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

I.	EL DEBIDO PROCESO: CONCEPTO Y ALCANCES	1165
1.	<i>El debido proceso procesal</i>	1167
2.	<i>El debido proceso sustantivo</i>	1168

II.	ALGUNAS DISTORSIONES FRECUENTES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO	1169
1.	<i>La ausencia de un derecho constitucional “Líquido y Cierto” directamente afectado</i>	1169
2.	<i>La inexistencia de un asunto estrictamente constitucional en el derecho afectado</i>	1170
3.	<i>La discusión en el amparo de asuntos cuyo esclarecimiento requiere mayor probanza y debate judicial</i>	1171
4.	<i>La inaplicación judicial de normas “inconstitucionales”</i>	1173
III.	PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN PROCESOS DE AMPARO DONDE SE HA VIOLADO EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO.....	1174
IV.	REFLEXIONES FINALES	1176

§ 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO

JORGE CÓRDOBA ORTEGA

I.	INTRODUCCIÓN.....	1180
II.	GENERALIDADES Y CONCEPTO SOBRE EL HÁBEAS DATA	1182
1.	<i>Concepto</i>	1182
2.	<i>Información, Informática y Derecho</i>	1184
3.	<i>Derechos que protege el Hábeas Data</i>	1185
4.	<i>Base constitucional y legal en Costa Rica</i>	1187
III.	EL HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COMPARADO	1188
1.	<i>Argentina</i>	1188
2.	<i>Brasil</i>	1191
3.	<i>Venezuela</i>	1191
4.	<i>Paraguay</i>	1191
5.	<i>España</i>	1192
6.	<i>Alemania</i>	1193
7.	<i>Otros países</i>	1193
IV.	EL HÁBEAS DATA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE	1193
1.	<i>Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica</i>	1194
2.	<i>Proyecto de Ley denominado: “Del Recurso del Habeas Data”</i>	1197
A.	<i>Resumen de la iniciativa</i>	1197
B.	<i>Criterios sobre el proyecto de ley original del “Hábeas Data”</i>	1199
(a)	<i>Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa</i>	1199
(b)	<i>Colegio de Abogados</i>	1200
(c)	<i>Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica</i>	1200
(d)	<i>Corte Suprema de Justicia de Costa Rica</i>	1200
(e)	<i>Criterio del Dr. Alfredo Chirino Sánchez, sobre el recurso de hábeas data y la autodeterminación informativa</i>	1201

C.	<i>Dictamen Afirmativo de Mayoría. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica</i>	1203
D.	<i>Trámite en la Comisión Legislativa Plena Segunda</i>	1204
E.	<i>Contenido del proyecto de ley de Hábeas Data y observaciones. Análisis comparativo entre el Texto original y el proyecto aprobado en primer debate por la Comisión Legislativa Plena Segunda</i>	1206
F.	<i>Inconstitucionalidad del procedimiento legislativo. Avocación del Plenario del Expediente. Archivo</i>	1215
V.	CONCLUSIONES	1217

§ 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

I.	INTRODUCCIÓN	1219
II.	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN CONJUNTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL.....	1221
	1. <i>El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia</i>	1221
	2. <i>El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1222
III.	LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL AMPARO CAUTELAR	1222
	1. <i>El criterio originalmente establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1223
	2. <i>La modificación de los criterios de competencias, establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1224
	3. <i>El avocamiento en materia de amparo constitucional</i>	1226
IV.	LA PRETENSIÓN CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	1227
	1. <i>La pretensión de amparo cautelar y el agotamiento de la vía administrativa</i>	1227
	A. <i>La regulación acerca del agotamiento de la vía administrativa es materia de reserva legal</i>	1227
	B. <i>El no agotamiento de la vía administrativa puede alterar la competencia del órgano jurisdiccional</i>	1228
	(a) <i>El cambio temporal de criterio de distribución de competencias</i>	1229
	(b) <i>El abandono del criterio temporal y el restablecimiento del criterio tradicional, en lo concerniente a la distribución de competencias</i>	1230
	2. <i>La pretensión de amparo cautelar y la caducidad</i>	1231
	A. <i>La caducidad de la acción autónoma de amparo constitucional</i>	1231
	B. <i>La caducidad del recurso contencioso administrativo</i>	1232
	C. <i>La caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional</i>	1233
	D. <i>Consideración final sobre la caducidad del recurso contencioso administrativo con pretensión cautelar de amparo constitucional</i>	1235

V.	LA APLICACIÓN DE LA CAUTIO IUDICATIO SOLVI EN LOS PROCESOS CAUTELARES.....	1236
1.	<i>El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo</i>	1236
2.	<i>El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1237
VI.	EL PROCESO PARA LA TRAMITACIÓN DEL AMPARO CAUTELAR	1239
1.	<i>El proceso para la tramitación del amparo autónomo</i>	1240
2.	<i>El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra leyes y demás actos estatales normativos</i>	1240
3.	<i>El proceso para la tramitación del amparo cautelar contra actos administrativos individuales y abstenciones</i>	1241
4.	<i>El aparente cambio de criterio de la Sala Político Administrativa, en la tramitación de la pretensión de amparo cautelar</i>	1242
VII.	LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES	1244
1.	<i>Las medidas provisionalísimas en el proceso de amparo constitucional</i>	1246
2.	<i>Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de anulación, con pretensión cautelar de amparo constitucional</i>	1248
3.	<i>Las medidas provisionalísimas en los procesos administrativos de abstención, con pretensión cautelar de amparo constitucional</i>	1249
4.	<i>La improcedencia de las medidas provisionalísimas</i>	1250
VIII.	LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	1251
1.	<i>Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación</i>	1251
2.	<i>Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la doctrina científica reconocida</i>	1252
A.	<i>La apariencia de buen derecho</i>	1253
B.	<i>El peligro en la mora</i>	1254
C.	<i>La ponderación de los intereses en presencia</i>	1255
3.	<i>Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la jurisprudencia</i>	1256
A.	<i>Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia</i>	1257
B.	<i>Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1258
C.	<i>Los presupuestos de las medidas cautelares en criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1260
D.	<i>La caución para la concesión de las medidas cautelares en la jurisprudencia</i>	1260
(a)	<i>La caución en el Código de Procedimiento Civil</i>	1260
(b)	<i>La caución en la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia</i>	1261
(c)	<i>La caución en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales</i>	1267
4.	<i>Consideración final sobre los presupuestos procesales del amparo cautelar</i>	1268

IX.	LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CAUTELAR	1269
1.	<i>La carga de la prueba en el proceso de amparo cautelar</i>	1269
A.	<i>La carga de la prueba del accionante</i>	1270
B.	<i>La carga de la prueba del accionado</i>	1270
C.	<i>Una regla común sobre la carga de la prueba</i>	1271
2.	<i>La potestad del órgano jurisdiccional de ordenar la evacuación de pruebas</i>	1271
3.	<i>El hecho notorio en el proceso cautelar de amparo</i>	1272
4.	<i>La técnica de la promoción de los medios probatorios</i>	1274
5.	<i>La oportunidad y forma de evacuación de los medios probatorios</i>	1275
6.	<i>La valoración de los medios probatorios</i>	1275
X.	LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL	1277
1.	<i>El contenido de la decisión que resuelva el proceso de amparo constitucional</i>	1277
A.	<i>El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Sala Constitucional</i>	1278
2.	<i>El restablecimiento de la situación jurídica infringida en criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo</i>	1278
3.	<i>Las otras formas de terminación del proceso de amparo constitucional</i>	1279
A.	<i>El desistimiento</i>	1279
B.	<i>La extinción por abandono del trámite</i>	1281
C.	<i>La perención de la instancia</i>	1282
D.	<i>La satisfacción extraprocésal de la pretensión</i>	1283
XI.	LOS MODOS DE IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR	1283
1.	<i>Los criterios jurisprudenciales respecto a los modos de impugnación de la decisión cautelar</i>	1283
A.	<i>El criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia</i>	1284
B.	<i>El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo</i>	1285
C.	<i>El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1286
D.	<i>El cambio de criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1286
2.	<i>La oposición a la decisión cautelar</i>	1287
3.	<i>La apelación contra la decisión cautelar</i>	1288
4.	<i>El amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1290
A.	<i>La procedencia del amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1290
B.	<i>La competencia para conocer del amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1291
C.	<i>El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Político Administrativa</i>	1291
D.	<i>El procedimiento para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar establecido por la Sala Constitucional</i>	1292

E.	<i>El procedimiento aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para la tramitación del amparo autónomo contra decisión cautelar</i>	1293
XII.	LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE AMPARO CONSTITUCIONAL.....	1293
1.	<i>La sentencia cautelar de amparo constitucional</i>	1295
2.	<i>La pretensión de ejecución de la sentencia cautelar</i>	1296
3.	<i>La reedición del acto administrativo cautelarmente suspendido</i>	1296
4.	<i>La extensión de la sentencia cautelar de suspensión en vía de ejecución</i>	1297
XIII.	LAS COSTAS EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL.....	1298
1.	<i>Las costas a favor de los órganos y entes públicos</i>	1298
2.	<i>Las costas a favor de los particulares</i>	1299
XIV.	CONSIDERACIONES FINALES.....	1300
	BIBLIOGRAFÍA.....	1301

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

§ 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL

ALEJANDRO CARRILLO CASTRO

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD

ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ

I.	CENTRANDO EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO	1311
II.	ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA: ALGUNAS OBSERVACIONES PREVIAS	1312
1.	<i>Éxito y crisis del Derecho administrativo</i>	1312
2.	<i>La evolución del concepto de Administración pública: de la claridad de lo público a la imitación de lo privado para llegar a la complejidad de lo público-privado</i>	1314
3.	<i>La interrelación público-privado: la irrupción de la cultura managerial en lo público versus la responsabilidad público-social de las organizaciones privadas</i>	1315

	A. <i>Gestión pública y Derecho administrativo</i>	1315
	B. <i>La olvidada responsabilidad social de las organizaciones privadas</i>	1317
III.	LA IMBRICACIÓN DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO A TRAVÉS DEL DERECHO	1318
	1. <i>Los principios de buena gestión económica en la Administración pública</i>	1318
	2. <i>La economía, eficacia y efectividad desde el punto de vista del Derecho</i>	1319
	3. <i>Otros principios complementarios: hacia un compromiso</i>	1320
IV.	LAS NUEVAS TENDENCIAS: LA GOBERNANZA Y EL DERECHO.....	1321
	1. <i>En busca de una definición de Gobernanza</i>	1321
	2. <i>De la relación entre Gobernanza y Derecho: la participación de sujetos privados como marca de presentación</i>	1323
V.	EL DESAFÍO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	1325
	1. <i>De obstáculo a facilitador y garante</i>	1325
	2. <i>El Derecho como instrumento generador de confianza hacia lo público</i>	1326
VI.	FINALMENTE ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXIÓN: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU DERECHO?	1327
	1. <i>Hacia una nueva concepción del Derecho administrativo: El Derecho como marco y como instrumento</i>	1327
	2. <i>El Derecho como instrumento</i>	1330
	A. <i>¿Por qué una norma de calidad adecuada no resulta aplicada en la práctica? El problema de las capacidades administrativas</i>	1330
	B. <i>El rendimiento de las normas: garantías procedimentales como indicadores de resultados</i>	1331

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

I.	APARICIÓN Y FRACASO DE LA IDEA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN 1886-1905	1335
II.	CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN. EL PRIMER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1910-1941	1337
III.	EL SEGUNDO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1941-1964.....	1341
IV.	AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1964-1984.....	1343
V.	EL TERCER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1984-1991	1346
VI.	A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	1350
VII.	REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.....	1353

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES

I.	LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	1359
II.	LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO	1359
III.	LA TESIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA	1360
IV.	LA TESIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA.....	1360
V.	LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO	1361
VI.	CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	1362
VII.	ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	1363
VIII.	LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL.....	1364
IX.	LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL.....	1364
X.	ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA	1366
XI.	EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	1367
XII.	EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	1368
XIII.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	1370
XIV.	A MANERA DE EPÍLOGO.....	1371
	BIBLIOGRAFÍA.....	1371

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS

I.	LA POSICIÓN GENERAL DEL CIUDADANO ANTE LOS PODERES PÚBLICOS.....	1373
II.	CIUDADANO Y ADMINISTRADO.....	1377
III.	EL ESTATUTO ORDINARIO DE LOS CIUDADANOS.....	1379
	BIBLIOGRAFÍA.....	1382

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LUBÍN AGUIRRE

I.	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA	1384
II.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD	1385
III.	LA CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	1386

IV.	EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM	1388
V.	EXTINCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS	1389
VI.	GARANTÍAS PROCESALES EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA	1389
	BIBLIOGRAFÍA	1392

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ

I.	INTRODUCCIÓN	1393
II.	LA GESTIÓN PÚBLICA POR RESULTADOS EN EL NUEVO ORDEN LEGISLATIVO VENEZOLANO	1394
	1. <i>Sujeción a Planes, Objetivos y Compromisos de Gestión</i>	1395
	A. <i>Los Compromisos de Gestión</i>	1396
	2. <i>El Seguimiento de las Actividades</i>	1398
	3. <i>La Evaluación</i>	1399
	4. <i>Control del Desempeño Institucional y de los Resultados Alcanzados</i>	1400
III.	CONCLUSIONES	1401

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA

RICARDO HOYOS DUQUE

I.	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN	1403
	1. <i>La delegación de funciones presidenciales</i>	1404
	2. <i>Las competencias del Presidente de la República en materia de Servicios Públicos Domiciliarios</i>	1405
II.	LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN	1406
	1. <i>La Exposición de Motivos de la Ley 142 de 1994</i>	1406
	2. <i>La ley 142 de 1994</i>	1406
	3. <i>La jurisprudencia del Consejo de Estado</i>	1407
	4. <i>La posición de la Corte Constitucional</i>	1411
III.	CONCLUSIONES	1419

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA

JAIME VIDAL PERDOMO

I.	INTRODUCCIÓN	1421
II.	PRINCIPALES ASPECTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS QUE SE DEFINEN EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL	1422

1.	<i>La definición de la forma política-administrativa del Estado y su sistema de gobierno</i>	1423
A.	<i>El régimen parlamentario en España</i>	1423
B.	<i>La naturaleza del régimen presidencial</i>	1423
C.	<i>La potestad reglamentaria</i>	1424
D.	<i>El Consejo de Ministros</i>	1425
2.	<i>La determinación de la estructura de la administración pública</i>	1426
3.	<i>Principios constitucionales de organización y funcionamiento administrativos</i>	1426
A.	<i>Principios sobre la intervención de la ley en la organización administrativa principal</i>	1426
B.	<i>La intervención complementaria del Presidente de la República</i>	1427
C.	<i>La organización ministerial en Venezuela</i>	1428
D.	<i>Algunos otros mecanismos constitucionales</i>	1429
III.	LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 489 DE 1998	1429
1.	<i>Introducción relativa a la reforma administrativa de 1968</i>	1429
2.	<i>Los principales rasgos teóricos de la ley 489 de 1998</i>	1430
A.	<i>Funciones según el título de la ley</i>	1430
B.	<i>El alcance de la ley según los artículos 1º y 2º</i>	1431
C.	<i>Visión de los principales aspectos de la ley</i>	1431
D.	<i>La descripción general del contenido de la ley 1429</i>	1431
IV.	ALGUNAS REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CONCLUSIONES	1432
1.	<i>La legislación española de los últimos tiempos</i>	1433
2.	<i>Ciertas conclusiones</i>	1433

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

ALFONSO PÉREZ MORENO

I.	INTRODUCCIÓN	1435
II.	CUESTIONES PREVIAS	1435
III.	LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS	1437
IV.	LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ARCHIVOS LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ANDALUZA	1438
V.	CONTRADICCIONES EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA	1439
VI.	LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE LAS RELACIONES COMPETENCIALES	1440
1.	<i>Un cambio de perspectiva: el ciudadano común como criterio predominante en la ordenación de la cooperación entre los entes públicos. El sistema de administraciones públicas</i>	1440
2.	<i>La significación del principio de cooperación y su articulación técnica</i>	1441
3.	<i>El principio de subsidiariedad como expresión de la cooperación</i>	1443
4.	<i>El sistema de autonomías integradas, factor determinante de la cooperación</i>	1443

**§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO
DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

HILDEGARD RONDON DE SANZO

I.	IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA	1445
II.	CONTENIDO GENERAL DE LA NORMATIVA	1447
III.	EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	1449
IV.	MOTIVACIONES QUE DETERMINARON LA DEROGATORIA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA POR EL MISMO CREADO	1457
	1. <i>Su inidoneidad para cumplir con los fines propuestos</i>	1457
	2. <i>Su incapacidad de atender a los cambios</i>	1458
V.	OBJETIVOS DEL DECRETO DE REFORMA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA	1458
VI.	NOVEDADES RELEVANTES DEL DECRETO LEY	1458
VII.	ÁMBITO DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	1459
VIII.	LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN	1459
	1. <i>Organizador del sistema de función pública</i>	1460
	2. <i>Órgano de control de otros órganos y entes de la Administración Pública</i>	1460
	3. <i>Como órgano de asesoría</i>	1460
	4. <i>Como órgano de enlace de los sindicatos</i>	1460
	5. <i>En materia de reducción de personal es de su competencia</i>	1461
	6. <i>En materia de formación debe:</i>	1461
IX.	LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS	1461
X.	LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS	1465
	1. <i>Derechos funcionales</i>	1465
	2. <i>Los derechos de naturaleza económica</i>	1465
	3. <i>Derecho a la sindicalización</i>	1468
	4. <i>Derecho a la negociación colectiva</i>	1468
	5. <i>El derecho al procedimiento conflictivo</i>	1469
	6. <i>Derecho de huelga</i>	1470
XI.	DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	1471
XII.	PROHIBICIONES	1472
	1. <i>Con relación a la celebración de contratos</i>	1472
	2. <i>Con relación a la actividad política</i>	1472
	3. <i>Con relación a los gobiernos extranjeros</i>	1473
	4. <i>Con relación a las acciones u omisiones limitativas de las actuaciones públicas</i>	1473
XIII.	INCOMPATIBILIDADES	1473
XIV.	DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL	1473
XV.	CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚ- BLICA	1480

**§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

MANUEL RODRÍGUEZ COSTA

I.	CONSIDERACIONES PREVIAS	1483
II.	EL ACCESO A LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO	1484
	1. <i>El derecho de acceso en Estados Unidos</i>	1484
	2. <i>El derecho de acceso en Francia</i>	1486
	3. <i>El derecho de acceso en Italia</i>	1488
	4. <i>El derecho de acceso en España</i>	1490
III.	ANTECEDENTES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA	1493
IV.	NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	1494
V.	EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	1496
VI.	REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.....	1497
VII.	DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO	1498
	1. <i>Ámbito de aplicación subjetivo</i>	1498
	2. <i>Ámbito de aplicación objetivo</i>	1498
VIII.	MATERIAS EXCLUIDAS DEL DERECHO DE ACCESO	1500
IX.	ADMISIBILIDAD DE DECLARAR RESERVADAS PARTES DEL EXPEDIENTE.....	1502
X.	DISPOSICIONES EN LEYES ESPECIALES	1503
	BIBLIOGRAFÍA.....	1505

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

**§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
EN AMÉRICA LATINA**

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

**§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCÉDURE
ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE**

PIERRE DELVOLVÉ

I.	LES ASPECTS ANTERIEURS AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES	1522
	1. <i>Les aspects collectifs</i>	1522
	2. <i>Les aspects individuels</i>	1525
II.	LES ASPECTS PROPRES AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES.....	1527
	1. <i>L'adoption des décisions</i>	1527
	2. <i>Le retrait des décisions</i>	1531

**§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO
(NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO**

LUIS FRAGA PITTALUGA

I.	INTRODUCCIÓN	1535
II.	LA <i>NON REFORMATIO IN PEIUS</i> EN EL ÁMBITO PROCESAL	1536
III.	LA <i>NON REFORMATI PEIUS</i> EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO	1541
IV.	BREVE APUNTE SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	1544
	1. <i>Derecho a la defensa o a ser oído</i>	1546
	2. <i>Derecho a promover y evacuar pruebas</i>	1546
	3. <i>Interdicción de las pruebas ilegítimas</i>	1547
	4. <i>Derecho a la formación del expediente administrativo y de acceder al mismo</i>	1547
	5. <i>Derecho a la notificación</i>	1548
	6. <i>Derecho a la motivación</i>	1549
	7. <i>Derecho al doble grado de instancia</i>	1550
	8. <i>Derecho a ser presumido inocente</i>	1552
	9. <i>Derecho a no autoinculparse</i>	1553
V.	ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POTESTAD REVISORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO	1553
VI.	APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO	1555
	1. <i>Perfiles fundamentales de las tesis que rechazan la admisibilidad de la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo</i>	1556
	2. <i>Perfiles fundamentales de las tesis que admiten la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo</i>	1558
	3. <i>Nuestra posición</i>	1559
	A. <i>Derechos y garantías constitucionales que impiden la reformatio in peius</i>	1559
	(a) <i>El derecho a la defensa</i>	1559
	(b) <i>El derecho a la notificación e información de cargos</i>	1561
	(c) <i>El derecho a la prueba</i>	1561
	(d) <i>El derecho al doble grado de instancia</i>	1563
	B. <i>El derecho a no autoinculparse</i>	1563
	C. <i>Normas legales que impiden la reformatio in peius</i>	1564
	(a) <i>La irretroactividad de los nuevos criterios administrativos</i>	1564
	(b) <i>La irrevocabilidad de los actos administrativos generadores de derechos subjetivos o intereses legítimos</i>	1568

D.	<i>Principios del Derecho Administrativo Formal que impiden la reformatio in peius</i>	1569
(a)	<i>El principio de la buena fe</i>	1569
(b)	<i>El principio de venire contra factum proprium non valet</i>	1570
(c)	<i>El principio de la confianza legítima</i>	1572

**§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS
Y DESARROLLO AGRARIO**

ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

I.	PUNTUALIZACIÓN SOBRE EL TEMA OBJETO DE EXAMEN	1575
II.	LOS PRINCIPIOS REGULADORES, TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN SEDE INTERNA ADMINISTRATIVA AGRARIA.....	1579
	1. <i>Enunciado de principios rectores</i>	1579
	2. <i>Procedimientos en torno al Régimen de uso de aguas con fines agrarios</i>	1582
	3. <i>En torno al Registro Agrario</i>	1583
	4. <i>Procedimiento de Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas</i>	1584
	5. <i>Certificación de Fincas productivas (Art. 44 a 51)</i>	1587
	6. <i>Procedimiento de otorgamiento del Certificado de Finca Mejorable</i>	1588
	7. <i>Primacía del interés social y público en la protección del fin agro-alimentario</i>	1590
	8. <i>Procedimiento para la Adjudicación de Tierras</i>	1591
	9. <i>Procedimiento de rescate de las tierras</i>	1593
	10. <i>Pronunciamientos complementarios en casos de rescate</i>	1598
III.	PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO	1599
	1. <i>Principios rectores en el contencioso agrario</i>	1599
	2. <i>Regulaciones propias del Contencioso Administrativo agrario</i>	1601
	A. <i>Competencia</i>	1601
	B. <i>Materia abarcada por la competencia especial</i>	1602
	3. <i>El trámite procesal propiamente dicho</i>	1602
	A. <i>Ley procesal aplicable</i>	1603
	B. <i>Forma para interponer los recursos y/o acciones contra entes públicos agrarios</i>	1603
	C. <i>Admisión o inadmisión (Art. 174, 176, 178 y 179):</i>	1604
	D. <i>Emplazamiento</i>	1605
	E. <i>Pruebas</i>	1605
	F. <i>Informes, sentencia y apelación: (Arts. 188 al 190 LTDA)</i>	1606
	G. <i>Trámite de la Segunda Instancia: (Art. 191 al 193 LTDA)</i>	1606
IV.	POTESTAD CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	1607
V.	OBSERVACIONES FINALES	1608

**§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN
SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES
NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD**

BLANCA LOZANO CUTANDA

- I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA CONSIDERACIÓN TRADICIONAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA PROCEDER A SANCIONAR, POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO Y PROBLEMAS QUE COMPORTA 1611
- II. LA OFICIALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA COMO NECESARIA CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y LA EVOLUCIÓN SUFRIDA EN ESTE SENTIDO POR OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS 1620
- III. EL RECONOCIMIENTO AL DENUNCIANTE DE LA CONDICIÓN DE INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CUANDO SE VEAN AFECTADOS SUS INTERESES LEGÍTIMOS Y LA NECESARIA INTRODUCCIÓN EN AQUELLOS ÁMBITOS EN LOS QUE SE TUTELAN DERECHOS COLECTIVOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA Y DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DEDICADAS A SU DEFENSA 1624
 - 1. *Superación de la negación tradicional de legitimación procedimental al denunciante cuando éste es titular de derechos o intereses legítimos. Su reconocimiento por la jurisprudencia y la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco* 1625
 - 2. *El necesario reconocimiento de la acción pública y de la consiguiente legitimación en todo caso del denunciante cuando está en juego la defensa de derechos o intereses colectivos. El caso, especialmente significativo de la protección del medio ambiente* 1630
 - 3. *La legitimación de las Asociaciones representativas de intereses económicos y sociales para la defensa de los intereses colectivos. Insuficiente reconocimiento legal y posibilidad de una interpretación amplia por la jurisprudencia de la condición de “interesado”* 1639
 - 4. *Garantías necesarias para evitar denuncias infundadas o abusivas* 1641

**§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA**

CATERINA BALASSO

- I. INTRODUCCIÓN 1643
- II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA 1647
 - 1. *Inicio* 1648
 - 2. *Sustanciación* 1654
 - 3. *Terminación* 1659

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY

I.	INTRODUCCIÓN.....	1663
II.	DE LOS ARGUMENTOS Y EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO	1664
III.	DE LA INTERPRETACIÓN Y LA REVISIÓN	1666
IV.	DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL.....	1671
V.	ALCANCE DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	1671
VI.	RESPECTO A LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	1672
VII.	PLANTEAMIENTOS DE LA DECISIÓN OBJETO DE ANÁLISIS	1672
VIII.	DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN	1676
IX.	DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES JUDICIALES TENDENTES A LA EJECUCIÓN DEL ACTO.....	1678
X.	CONCLUSIONES.....	1685
	BIBLIOGRAFÍA.....	1687

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO

FRANCK MODERNE

I.	ANÁLISIS DE LA TÉCNICA JURÍDICA DE VALIDACIÓN LEGISLATIVA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	1691
	1. <i>La configuración global de la validación legislativa</i>	1691
	2. <i>Las categorías de actos administrativos susceptible de validación legislativa</i>	1694
II.	EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS	1696
	1. <i>El control de constitucionalidad</i>	1696
	2. <i>El control de convencionalidad</i>	1700

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES

JUAN DE STEFANO

I.	LAS RENUNCIAS Y LAS DISPENSAS	1705
II.	DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y EXENCIÓN	1706
III.	EJEMPLO DE EXENCIÓN EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DEL 05-10-1999 Y EN LAS LEYES DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL 22-12-1999, DEL 13-11-2001 Y DEL 28-12-2001	1706

IV. EJEMPLOS DE DISPENSA EN LA CITADA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES	1708
V. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y AUTORIZACIÓN.....	1708
VI. EL JURISTA H. FRÁGOLA SOSTIENE QUE LA DISPENSA NO SE DEBE CONFUNDIR CON LA CONCESIÓN, NI CON LA AUTORIZACIÓN. ÉL TOMA POR EJEMPLO LA APERTURA DE UNA CASA PARA JUEGO DE AZAR, Y DEMUESTRA QUE EL PROVEIMIENTO PERTINENTE ES LA DISPENSA.....	1709
VII. PERTENENCIA AL ESTADO DE LAS ARMAS DE GUERRA, SEGÚN EL ART. 133-CONSTITUCIÓN DE 1961, Y SEGÚN EL ART. 324 CONSTITUCIÓN 1999. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE POR LA TRASGRESIÓN EN MATERIA DE ARMAS (ARTS. 273, 275, 277 Y 279)	1710
VIII. LA LEY SOBRE ARMAS Y EXPLOSIVOS DE 1939 Y LOS CASOS DE EXENCIÓN Y DISPENSA EN EL USO DE LAS ARMAS POR PARTE DE LOS MILITARES, POLICÍAS Y CIVILES	1711
IX. LAS AUTORIZACIONES EN SUS TIPOS DE LICENCIA Y PERMISO EN LA LEY DE CAZA Y EN LA LEY DE PESCA Y ACUICULTURA DEL DERECHO VENEZOLANO: 1) LA LEY DE CAZA DEL 15-08-1944 Y LA LEY DE PROTECCIÓN A LA FAUNA SILVESTRE DE AGOSTO DE 1970.....	1712
BIBLIOGRAFÍA	1713

**§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD
COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

DANIEL FERNANDO SORIA

I. INTRODUCCIÓN	1715
II. APORTES PARA LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA.....	1717
1. <i>Esquema de distinción</i>	1717
A. <i>Caducidad del acto administrativo y caducidad del procedimiento administrativo</i>	1717
B. <i>Caducidad de la pretensión procesal administrativa</i>	1717
C. <i>Caducidad y condición resolutoria</i>	1718
D. <i>Caducidad y renuncia</i>	1718
E. <i>Caducidad y revocación</i>	1718
F. <i>Caducidad y anulación</i>	1719
G. <i>Caducidad y retiro</i>	1719
H. <i>Caducidad y rescate</i>	1719
I. <i>Caducidad y rescisión o resolución</i>	1720
J. <i>La cuestión frente a otros modos de extinción de vínculos jurídicos</i>	1721
2. <i>Notas salientes de la figura</i>	1721
III. LA CADUCIDAD Y ALGUNAS REGULACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES.....	1722
IV. BREVES APUNTES COMPARADOS.....	1723

V.	VISUALIZACIÓN DE LA CADUCIDAD Y DE FORMAS AFINES DE EXTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ALGUNAS REGULACIONES SECTORIALES	1727
	1. <i>Medidas extintivas -de caducidad- en regímenes de fomento</i>	1727
	2. <i>Medidas extintivas en materia de concesiones de uso de bienes del dominio estatal</i>	1730
	3. <i>Medidas extintivas de licencias o actos autorizativos en materia ambiental, urbanística y de edificación</i>	1732
	4. <i>Figuras equivalentes bajo otras calificaciones jurídicas</i>	1733
	5. <i>Servicios Públicos y actividades de Interés Público</i>	1736
VI.	ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD	1738
	1. <i>Subjetivos</i>	1738
	2. <i>Objetivos</i>	1739
	3. <i>De Procedimiento</i>	1742
VII.	APUNTES COMPLEMENTARIOS	1744
	1. <i>Concurrencia de causales de revocación y de caducidad</i>	1744
	2. <i>Efectos de la caducidad</i>	1745
VIII.	CONCLUSIONES.....	1746

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

I.	INTRODUCCIÓN.....	1749
II.	LA CONFIGURACIÓN INICIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EN EL ESTADO LIBERAL, COMO UN CONTRATO PRIVADO CON MODULACIONES	1750
	1. <i>Obra pública y propiedad privada</i>	1750
	2. <i>Obra pública y libertad de empresa: planificación pública e iniciativa privada</i>	1751
	3. <i>La selección del contratista y el principio de igualdad</i>	1751
	4. <i>Contrato de obra pública e interés general: el modelo de contrato privado y el modelo del acto administrativo</i>	1752
	5. <i>La posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos</i>	1754
III.	LA SUSTANTIVACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	1755
IV.	EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL DERECHO COMUNITARIO	1757
	1. <i>El cumplimiento de los criterios de convergencia</i>	1758
	2. <i>La gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil</i>	1758
	A. <i>La posición en menos en orden a la selección de la otra parte contractual</i>	1759
	B. <i>La posición en más en las fases de ejecución y cumplimiento del contrato</i>	1760

	C. <i>El sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa</i>	1761
	D. <i>Regulación por Ley</i>	1762
V.	APLICACIÓN POR EL ESTADO DEL MODELO DE GESTIÓN DIRECTA DE LA OBRA PÚBLICA POR MEDIO DE UNA SOCIEDAD ESTATAL DE CARÁCTER MERCANTIL.....	1762
VI.	CONCLUSIONES.....	1763

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?

JESÚS CABALLERO ORTIZ

I.	LAS CONTRADICCIONES QUE PRESENTAN LAS TESIS NEGADORAS DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	1765
II.	PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA CALIFICAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	1767
	1. <i>Los criterios manejados en su país de origen</i>	1767
	2. <i>La amplia e incongruente caracterización del contrato administrativo en Venezuela</i>	1769
III.	LA INNECESARIA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN BASE A UN RÉGIMEN ESPECIAL	1771
	1. <i>El régimen jurídico sustantivo o sistema de prerrogativas no justifica la categoría</i>	1771
	2. <i>La manera equívoca como fue incorporado el contrato administrativo en la legislación procesal administrativa</i>	1773
	A. <i>Una disposición aislada</i>	1773
	B. <i>La norma competencial</i>	1774
	(a) <i>La tradición constitucional y legislativa</i>	1774
	(b) <i>El surgimiento de la norma competencial</i>	1775
IV.	SOLUCIÓN QUE SE PROPONE	1776
V.	CONCLUSIÓN.....	1777

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LA CLAÚSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

LUIS CORSI

I.	INTRODUCCIÓN.....	1779
	1. <i>Referencia a la Cláusula</i>	1782
	2. <i>La Cláusula rebus sic stantibus en el Código Civil</i>	1783
	3. <i>La Cláusula en la jurisprudencia venezolana</i>	1785
II.	LA CLAÚSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	1787
	1. <i>Precisiones terminológicas</i>	1787
	2. <i>Situaciones de imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico</i>	1788

3.	<i>Condiciones de existencia de la imprevisión: requisito para que proceda</i>	1789
4.	<i>Los poderes exorbitantes de la Administración en el contrato administrativo: La buena fe y la equidad como fundamento del riesgo imprevisible</i>	1791
III.	EFFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA	1793
1.	<i>Revisión del contrato</i>	1794
2.	<i>Suspensión del contrato</i>	1795
3.	<i>Resolución del contrato</i>	1795
4.	<i>Imprevisión y fuerza mayor</i>	1796
5.	<i>La teoría de la imprevisión y las exigencias del fin público o interés general propio del contrato administrativo</i>	1799
6.	<i>Significado y alcance de la indemnización</i>	1799
7.	<i>El sistema expuesto y su valoración crítica</i>	1800

**§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO:
TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE**

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

I.	LAS ACTIVIDADES NEGOCIADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	1803
II.	LA POSIBILIDAD DE CONVENIR CON LOS PARTICULARES	1808
1.	<i>Manifestaciones principales de los acuerdos procedimentales</i>	1808
2.	<i>Selección de un ejemplo: los convenios urbanísticos; la influencia de los intereses privados en materia urbanística (la “privatización” del urbanismo)</i>	1810
III.	TRANSACCIONES	1814
1.	<i>Transacción extraprocesal</i>	1814
2.	<i>Transacción judicial o conciliación</i>	1817
IV.	LOS ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS	1818
1.	<i>Presente y futuro del arbitraje en el Derecho administrativo</i>	1818
2.	<i>Un ejemplo de regulación de los arbitrajes: el Derecho de Costa Rica</i>	1824
3.	<i>El éxito del arbitraje administrativo en el ámbito del comercio internacional</i>	1827

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO

I.	INTRODUCCIÓN	1831
1.	<i>Los procedimientos de selección del contratista</i>	1831
2.	<i>Los “pliegos de bases y condiciones”</i>	1832
II.	LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN	1833
1.	<i>Objeto de la licitación y objeto del contrato; sus variables</i>	1833
2.	<i>Determinación del objeto en los pliegos de condiciones</i>	1834
3.	<i>Límites de la determinación del objeto en el pliego de condiciones</i>	1834
4.	<i>Determinación del objeto en las ofertas</i>	1836
5.	<i>Adecuación de las ofertas al pliego de condiciones</i>	1837

6.	<i>Determinación del objeto del contrato en el acto de adjudicación</i>	1839
7.	<i>Determinación del objeto del contrato con posterioridad al acto de adjudicación</i>	1841
III.	UN CASO PARTICULAR DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO: LA CONTRATACIÓN SOBRE MUESTRA	1842
1.	<i>Planteamiento preliminar</i>	1842
2.	<i>Interpretación del pliego</i>	1842
3.	<i>Aplicación del pliego</i>	1843
4.	<i>Criterio de igualdad o identidad con la muestra</i>	1843
IV.	CONCLUSIÓN.....	1843
1.	<i>Importancia del control jurisdiccional de la determinación del objeto</i>	1843

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

JOSÉ RAMÓN PARADA

I.	LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN O DE SERVICIO PÚBLICO	1845
1.	<i>De la creación de los servicios públicos a su privatización</i>	1845
2.	<i>El equivalente norteamericano del servicio público. El régimen de las public utilities</i>	1848
3.	<i>Los servicios compartidos entre la gestión pública y la privada</i>	1849
4.	<i>Servicios públicos y tercer sector</i>	1850
II.	LAS FRONTERAS ENTRE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y LA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN	1852
III.	EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO TRADICIONAL. PRINCIPIOS GENERALES	1854
IV.	LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN EL ESTATUS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	1855
1.	<i>Admisión del servicio</i>	1855
2.	<i>Derechos y deberes de los usuarios. La contraprestación económica del servicio. Tasas, precios públicos y tarifas</i>	1856
3.	<i>Relación de prestación y garantía judicial</i>	1857
V.	LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	1858
VI.	EL MODELO EUROPEO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS.....	1859
1.	<i>Electricidad</i>	1860
2.	<i>Servicio Postal</i>	1862
3.	<i>Hidrocarburos</i>	1863
4.	<i>Gas</i>	1864
5.	<i>Telecomunicaciones</i>	1864
VII.	LOS SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O ACTIVIDADES PRIVADAS REGLAMENTADAS	1867
	BIBLIOGRAFÍA	1868

**§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA:
CONCESSÃO E DELEGAÇÃO**

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO

**§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y
FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO
E IMPRECISO**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

I.	INTRODUCCIÓN.....	1881
II.	LAS TENTATIVAS PARA CONSOLIDAR EL SERVICIO PÚBLICO COMO FUNCIÓN TÍPICA ADMINISTRATIVA. LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS SERVICIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL.....	1882
	1. <i>Los servicios públicos como expresión del interés general</i>	1882
	2. <i>Las razones históricas para el compromiso entre Estado y servicios públicos. La teoría de los servicios públicos</i>	1886
	3. <i>El concepto jurídico de servicios públicos como función administrativa</i>	1889
	4. <i>La crisis del concepto jurídico clásico de los servicios públicos como función administrativa</i>	1890
	5. <i>La concepción de los servicios públicos en Colombia. La prestación y el régimen jurídico. Evolución hasta su consolidación como una función administrativa</i>	1892
III.	LA REACCIÓN NEOLIBERAL. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO FENÓMENOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO. REGLAS Y PRINCI- PIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL.....	1899
	1. <i>Servicios públicos y mercado. El abandono a la concepción del servicio como función pública administrativa</i>	1899
	2. <i>Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos</i>	1903
	A. <i>Libertad de Entrada</i>	1905
	B. <i>Libertad de Acceso al Mercado</i>	1906
	C. <i>Libertad de Contratación</i>	1908
	D. <i>Libertad de Inversión</i>	1910
	E. <i>Servicio Público Universal</i>	1910
	F. <i>El sistema en sus desarrollos nacionales se concreta en los servicios públicos domiciliarios dirigidos a la atención del interés general sobre usuarios finales</i>	1911
	G. <i>Órganos Autónomos Reguladores</i>	1914
	3. <i>El Derecho Privado como la Base Jurídica del Nuevo Sistema. El Derecho Público como Regla de Excepción</i>	1918
	A. <i>La Situación Actual del Problema</i>	1918
	B. <i>Una Propuesta de Solución en Derecho y Armoniosa al Conflicto</i>	1919
	C. <i>El Dilema de lo Público y de lo Privado</i>	1921
	D. <i>Preservación de los principios de legalidad para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares. Posibilidad de conjugar estas dos bases</i>	1923

E.	<i>El Derecho aplicable a los contratos y a los actos unilaterales en servicios públicos. Galimatías e inseguridad</i>	1925
F.	<i>Régimen jurídico disciplinario especial para el ejercicio excepcional de funciones administrativas en servicios públicos</i>	1932
IV.	LAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES EN TORNO DE UNA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LAS DIVERSAS LECTURAS DE SU RÉGIMEN POSITIVO CONSTITUCIONAL	1933
1.	<i>La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991</i>	1933
2.	<i>La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público</i>	1935
A.	<i>La libertad, el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal</i>	1936
B.	<i>Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado</i>	1938
C.	<i>Los Monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional</i>	1942
D.	<i>El régimen jurídico especial para los servicios públicos a la luz de la lectura neoliberal. Materias sustraídas de este análisis. Alcance de los artículos 365 a 369 constitucionales</i>	1944
3.	<i>La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos</i>	1949
4.	<i>Políticas generales de administración y el régimen de control, inspección y vigilancia. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Alcance el artículo 370 constitucional</i>	1950
V.	CONCLUSIONES	1951
	BIBLIOGRAFÍA	1953

**§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE
2000,N,328 IN ARRESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA
INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIAL LA NUOVA
DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA**

ONORATO SEPE

I.	DALLE NORME CRISPINE DEL 1890 ALLA LEGGE QUADRO PER I SERVIZI SOCIALI. INTERVENTI NORMATIVI ANTERIORI ALLA COSTITUZIONE.....	1957
II.	DIFFICOLTÀ INCONTRATE NELL'ATTUAZIONE DI QUANTO PREVISTO DALL'ART.38.....	1958
III.	GLI STUDI CONDOTTI DA CASSESE E BASSANINI E LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE ONOFRI: I PRINCIPI GENERALI CONTENUTI NELLA LEGGE QUADRO.....	1959
IV.	GLI ADEMPIMENTI NORMATIVI ED AMMINISTRATIVI PREVISTI PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE QUADRO.....	1960

V.	SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI CHE DEVONO COOPERARE PER L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI ENUNCIATI DALLA LEGGE QUADRO INEAMENTI GENERALI DELLA NUOVA DISCIPLINA	1962
VI.	LA LEGGE QUADRO COME ATTRIBUZIONE DI UN COMPITO DI PARTECIPAZIONE ATTIVA DEI CITTADINI ALL'ATTUAZIONE DELL'ORDINAMENTO	1963
VII.	IL CARATTERE DI UNIVERSALITÀ DEL SISTEMA INTEGRATO DI SERVIZI SOCIALI	1963
VIII.	LA PROGRAMMAZIONE DEGLI INTERVENTI E L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ	1964
IX.	I PIANI COMUNALI DI ZONA.....	1965
X.	IL SISTEMA INFORMATIVO INTESO A FORNIRE CONOSCENZA DEI SERVIZI OFFERTI.....	1965
XI.	LA PREVISIONE DI INDAGINI SULLA C.D. ESCLUSIONE SOCIALE	1966
XII.	IMPORTANZA DELLA NUOVA LEGGE QUADRO NELLA TRASFORMAZIONE E RAZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMPLESSIVO	1966

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	1969
II.	CARACTERÍSTICAS.....	1969
III.	FUNCIONES.....	1970
IV.	NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.....	1970
	1. <i>Elemento orgánico: la titularidad pública (o exclusividad regaliana)</i>	1970
	2. <i>Elemento material: el interés público</i>	1971
	3. <i>Elemento formal: el régimen jurídico exorbitante</i>	1971
V.	PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA	1972
VI.	SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL.....	1973
	1. <i>Introducción</i>	1973
	2. <i>Concepto</i>	1974
	3. <i>Régimen jurídico</i>	1974
	4. <i>Obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público</i>	1975
	A. <i>Servicio Universal</i>	1975
	B. <i>Otras obligaciones o cargas jurídicas</i>	1976
VII.	CONCLUSIÓN	1977

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

JUAN GARRIDO ROVIRA

I.	INTRODUCCIÓN.....	1979
II.	LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO MATERIA DE INTERÉS Y COMPETENCIA NACIONALES	1980

III.	LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO.....	1982
IV.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO	1984
V.	ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO.....	1989
	1. <i>Fuentes normativas</i>	1989
	2. <i>El servicio eléctrico</i>	1989
	3. <i>La separación de actividades</i>	1991
	4. <i>La libre competencia relativa y el libre acceso</i>	1992
	5. <i>Otros aspectos administrativos</i>	1993
VI.	LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO ENTE REGULADOR DEL SECTOR ELÉCTRICO	1995
	1. <i>Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica</i>	1996
	2. <i>Principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica</i>	1997
	3. <i>Normas legales sobre el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión</i>	1998
VII.	LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA	1999
	1. <i>La competencia de regulación</i>	2000
	2. <i>Las funciones de fiscalización y de supervisión</i>	2005
	3. <i>Las funciones de Control</i>	2006
VIII.	CONCLUSIONES.....	2011

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VoIP EN VENEZUELA

DANIEL OQUENDO

I.	INTRODUCCIÓN	2015
II.	ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y VENTAJAS DE VoIP.....	2018
III.	APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP	2019
IV.	EL RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP	2021
	1. <i>Utilizando únicamente Internet</i>	2021
	2. <i>Utilizando únicamente una Red Privada de Telecomunicaciones</i>	2021
	3. <i>Utilizando una red de conmutación de paquetes y una red de conmutación de circuitos y el recurso de numeración</i>	2022
V.	CONCLUSIÓN.....	2023

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RAINER LORENZO

I.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, VERSUS LA DESLEGALIZACIÓN	2025
----	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

II.	LA DESLEGALIZACIÓN EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES	2028
1.	<i>Deslegalización y limitaciones a la libertad económica</i>	2029
2.	<i>Deslegalización en materia tributaria</i>	2031
3.	<i>Consecuencias jurídicas de la deslegalización de la libertad económica en materia de telecomunicaciones</i>	2032
	BIBLIOGRAFÍA.....	2033

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

§ 90. LA DENOMINADA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

FRANCISCO HUNG VAILLANT

I.	PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA	2035
II.	ALGUNAS DISPOSICIONES LEGALES DE LAS CUALES SE PRETENDE DEDUCIR LA PERMISIBILIDAD DE HACER EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	2039
1.	<i>La Ley de Impuesto al Consumo Suntuuario y Ventas al Mayor</i>	2040
2.	<i>La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras</i>	2040
3.	<i>La Ley de Mercado de Capitales</i>	2043
4.	<i>La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia</i>	2044
5.	<i>La Ley de Impuesto Sobre la Renta</i>	2046
6.	<i>El Código Orgánico Tributario</i>	2047
7.	<i>El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo</i>	2048
8.	<i>Ciertas disposiciones referentes a la Quiebra contenidas en el Código de Comercio</i>	2049
III.	LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES	2049
1.	<i>La sentencia de la Sala Especial Tributaria de la extinta CSJ, de fecha 3 de febrero de 1999</i>	2049
2.	<i>La sentencia de fecha 24 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	2053
3.	<i>La sentencia de fecha 18 de abril de 2001 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	2055
4.	<i>La sentencia de fecha 3 de marzo de 1994 dictada por el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas</i>	2057
IV.	A MANERA DE CONCLUSIÓN	2059
	BIBLIOGRAFÍA.....	2062

**§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE
LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA
EN VENEZUELA**

FEDERICO E. LEÁÑEZ A.

I.	CONSIDERACIONES GENERALES	2065
II.	CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA.....	2067
III.	PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROHIBICIÓN GENERAL).....	2068
IV.	SUPUESTOS ESPECÍFICOS O PROHIBICIONES PARTICULARES. REFERENCIA ESPECIAL A LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	2070
V.	LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LA PROHIBICIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	2075
VI.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA PROHIBIDA	2077
VII.	POSIBILIDAD DE EVALUACIÓN PREVIA DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	2078

**§ 92. EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA:
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS
DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS**

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

I.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 1570 DEL PEN Y LA PRIMERA VERSIÓN DEL <i>CORRALITO</i>	2081
II.	LA REACCIÓN POPULAR	2082
III.	LOS DERECHOS INDIVIDUALES VIOLADOS	2083
IV.	LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHAS MEDIDAS	2085
V.	LA MISIÓN DEL PODER JUDICIAL Y EL CASO SMITH	2085
VI.	LA LEY DE EMERGENCIA N° 25.561 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD	2089
VII.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 214 DEL PEN Y LA SEGUNDA VERSIÓN DEL <i>CORRALITO</i>	2092
VIII.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 320	2094
IX.	LA LEY N° 25.787 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD	2096
X.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 905 DE REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO	2098
XI.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 1326.....	2100
XII.	REFLEXIONES FINALES	2104

**§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASE DI
RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

FABIO ROVERSI MONACO

I.	PREMESSE STORICHE.....	2107
	1. <i>L'origine</i>	2107
	2. <i>La successiva evoluzione</i>	2108

3.	<i>La trasformazione</i>	2109
4.	<i>Sintesi</i>	2111
II.	UNA STORIA LUNGA E GLORIOSA	2111
III.	L'INVERSIONE DI TENDENZA VERSO LA PRIVATIZZAZIONE	2113
IV.	LA COMPETENZA DELLE REGIONI	2115
V.	DUE DIVERSE TIPOLOGIE	2116

**§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS
DE SEGUROS Y REASEGUROS**

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE

I.	ANTECEDENTES	2119
II.	INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO	2126
III.	CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS SOBRE PERSONAS NATURALES QUE NO EJERCEN ACTIVIDADES ASEGURADORAS NI ACTIVIDADES CONEXAS	2135
IV.	EXTRACCIÓN A DISTANCIA Y SIN CONTROL DE INFORMACIÓN TOMADA DE LOS SISTEMAS DE COMPUTACIÓN	2143
V.	ATRIBUCIONES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS RELATIVAS A LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ASEGURADORAS Y SUS CLIENTES	2145
VI.	APROBACIÓN PREVIA DE LAS PÓLIZAS, AVISOS DE SINIESTRO, FINIQUITOS Y OTROS ELEMENTOS	2147
VII.	FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE ORDENAR SUSPENDER O REVERTIR OPERACIONES	2151
VIII.	INTERVENCIÓN DE LA CASA MATRIZ O DE OTRAS SOCIEDADES RELACIONADAS CON LA EMPRESA EN DIFICULTADES	2152
IX.	DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS	2153
X.	INHABILITACIONES CUESTIONABLES	2156
XI.	CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS	2159
XII.	INCREMENTO DE CAPITALS MÍNIMOS	2160
XIII.	REVOCACIÓN DE LA LICENCIA POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA OPERAR	2163
XIV.	OBJETO SOCIAL ÚNICO, LISTA DE ACTIVIDADES PERMITIDAS, NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN PARA ACTIVIDADES CONEXAS Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES NO CONEXAS	2166
XV.	CONFUSIÓN ENTRE EL PAPEL DEL INVERSIONISTA Y EL PAPEL DEL ADMINISTRADOR	2170
XVI.	RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS, DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE QUIENES TENGAN A SU CARGO LA DIRECCIÓN EFECTIVA Y LA GESTIÓN DIARIA	2173
XVII.	RESTRICCIONES INNECESARIAS EN LA INVERSIÓN DE BIENES NO APTOS PARA REPRESENTAR LAS RESERVAS TÉCNICAS	2178
XVIII.	INSUFICIENCIA DE LAS RESERVAS TÉCNICAS	2179

XIX.	ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE LOS BIENES REPRESENTATIVOS DE LAS RESERVAS TÉCNICAS.....	2181
XX.	LOS AUDITORES EXTERNOS	2182
XXI.	FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE CREAR APARTADOS GENÉRICOS O ESPECIALES.....	2183
XXII.	DISOLUCIÓN POR INACTIVIDAD DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS.....	2184
XXIII.	PÉRDIDAS PATRIMONIALES	2184
XXIV.	CUENTA ESPECIAL PARA LAS PRIMAS	2185
XXV.	LIMITACIONES AL PRODUCTOR DE SEGUROS QUE CEDE SU CARTERA	2186
XXVI.	ARBITRAJE	2186
XXVII.	SEGUROS SOLIDARIOS	2190
XXVIII.	SUSPENSIÓN TEMPORAL POR CINCO INFRACCIONES Y REVOCACIÓN DEFINITIVA POR TRES INFRACCIONES ADICIONALES	2191
XXIX.	SANCCIONES PENALES	2192
XXX.	CONSIDERACIONES FINALES	2194

VII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA

ENRIQUE ROJAS FRANCO

I.	CONTROL INTERNO. EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA HÍBRIDO COSTARRICENSE.....	2206
II.	JERARQUÍA PROPIA Y JERARQUÍA IMPROPIA	2207
III.	SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS	2209
IV.	EL RECURSO DE QUEJA	2209
V.	TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	2210
VI.	LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS	2211
VII.	LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTABLECE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	2211
VIII.	ACCIONES Y RECURSOS JURISDICCIONALES EN COSTA RICA	2212
IX.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA.....	2212
X.	LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES.....	2213
XI.	LA SALA CONSTITUCIONAL	2214
XII.	REFORMAS PROCESALES URGENTES	2216

**§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS

I.	LOS PODERES (DE FONDO) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN	2219
	1. <i>Introducción</i>	2219
	2. <i>La nueva legalidad administrativa</i>	2220
	3. <i>La nueva justicia administrativa</i>	2220
	4. <i>La nueva justicia administrativa (continuación)</i>	2222
II.	LOS PODERES (CAUTELARES) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN	2228
	1. <i>Los poderes clásicos. La suspensión de efectos del acto administrativo</i>	2228
	2. <i>Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo. Introducción</i>	2229
	3. <i>Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo, el amparo constitucional y las medidas cautelares innominadas</i>	2230
	4. <i>Los poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo y las medidas preventivas contra particulares</i>	2230

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?

AURILIVI LINARES MARTÍNEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	2233
II.	ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE LESIVIDAD	2235
	1. <i>Concepto</i>	2235
	2. <i>Naturaleza Jurídica</i>	2236
	3. <i>Fundamento</i>	2237
III.	EL PROCESO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y ARGENTINA.....	2238
	1. <i>Antecedentes Legislativos</i>	2238
	2. <i>Requisitos subjetivos</i>	2241
	A. <i>El Órgano Jurisdiccional:</i>	2242
	B. <i>Legitimación activa:</i>	2242
	C. <i>Legitimación Pasiva:</i>	2243
	3. <i>Requisitos Objetivos</i>	2244
	A. <i>Estabilidad del Acto</i>	2244
	B. <i>Que declare derechos subjetivos</i>	2245
	C. <i>Acto lesivo</i>	2246
	D. <i>Que sea regular</i>	2246
	E. <i>Que haya sido notificado</i>	2247
	F. <i>No es necesario que el acto agote la vía administrativa</i>	2247

4.	<i>Requisitos de la actividad: declaración de lesividad</i>	2247
	A. <i>Concepto</i>	2248
	B. <i>Naturaleza Jurídica</i>	2248
	C. <i>Fundamento</i>	2249
	D. <i>Requisitos</i>	2249
IV.	EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA: ¿INEXISTENCIA DEL PROCESO DE LESIVIDAD?	2251
	1. <i>El Ministerio Público como legitimado activo en el Contencioso Administrativo general</i>	2255
	2. <i>El Consejo Nacional Electoral como legitimado activo en el Contencioso Administrativo Electoral</i>	2256
V.	REFLEXIONES FINALES	2261
	BIBLIOGRAFÍA	2263

**§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA**

ALBERTO B. BIANCHI

I.	PLANTEO	2265
II.	LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA	2268
	1. <i>Enunciado</i>	2268
	2. <i>Deferencia en caso de interpretación administrativa de las leyes</i>	2269
	A. <i>La deferencia en caso de interpretación administrativa razonable</i>	2269
	B. <i>Chevron v. NRDC. Dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa</i>	2272
	3. <i>Bowles v. Seminole Rock y la deferencia en la interpretación administrativa de un reglamento</i>	2274
	4. <i>Una primera síntesis</i>	2275
	5. <i>Dificultades en la aplicación de Chevron</i>	2276
	6. <i>La deferencia en materia tarifaria</i>	2278
	7. <i>Ámbito de aplicación</i>	2281
	A. <i>Los reglamentos en la Administración norteamericana</i>	2281
	B. <i>Substantive rules v. adjudications</i>	2283
	8. <i>Crítica doctrinaria a Chevron</i>	2284
III.	LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA EN LA ARGENTINA	2285
	1. <i>Planteo</i>	2285
	2. <i>Los reglamentos en la Argentina Diferencias con los reglamentos en los Estados Unidos</i>	2286
	3. <i>Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la revisión de los reglamentos</i>	2288
	4. <i>La revisión judicial del acto administrativo</i>	2294
	5. <i>La revisión judicial de la actividad jurisdiccional de la Administración</i>	2296
	6. <i>Conclusiones sobre la doctrina de la deferencia en la Argentina</i>	2297

IV.	EL PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE REGLAMENTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	2298
1.	<i>Rulemaking informal</i>	2299
2.	<i>Rulemaking formal</i>	2301
3.	<i>Negotiated rulemaking</i>	2302
4.	<i>Los controles previos a su vigencia</i>	2302
	A. <i>Control ejecutivo y legislativo</i>	2302
	B. <i>La revisión judicial previa</i>	2304
V.	CONCLUSIONES.....	2306

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO

MARGARITA ESCUDERO LEÓN

I.	DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN TANTO EN LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA COMO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DICHAS SENTENCIAS.....	2310
II.	SOLUCIONES QUE PRESENTA EL DERECHO COMPARADO.....	2313
1.	<i>Francia</i>	2313
2.	<i>España</i>	2314
3.	<i>Italia</i>	2315
4.	<i>Alemania</i>	2316
5.	<i>Colombia</i>	2317
6.	<i>Argentina</i>	2318
III.	ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES APLICABLES EN LA ACTUALIDAD EN VENEZUELA.....	2318
IV.	POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	2326
V.	REFLEXIONES FINALES.....	2328
	BIBLIOGRAFÍA.....	2329

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK

I.	INTRODUCCIÓN.....	2331
II.	LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN Y SUS COMPETENCIAS.....	2333
1.	<i>Descentralización</i>	2335
2.	<i>La especialización de los juzgados</i>	2336
3.	<i>Colegiación matizada</i>	2336
4.	<i>Jerarquía</i>	2337
5.	<i>Flexibilización</i>	2337
6.	<i>Claridad de criterios</i>	2337
III.	LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.....	2338

IV.	LA MATERIA DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS.....	2341
1.	<i>Ámbito de lo contencioso administrativo</i>	2341
2.	<i>La inactividad de la Administración</i>	2342
3.	<i>El agotamiento de la vía administrativa</i>	2343
4.	<i>Otros asuntos contencioso-administrativos</i>	2343
V.	LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS	2344
1.	<i>Los procedimientos en general</i>	2344
2.	<i>El tema de las medidas cautelares</i>	2346
3.	<i>Privilegios procesales</i>	2347
4.	<i>Recursos frente a decisiones definitivas</i>	2348
VI.	LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	2348

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

I.	EL CUADRO LEGAL GENERAL DE ACCIONES Y RECURSOS EN MATERIA ELECTORAL	2353
II.	EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL EN PARTICULAR.....	2355
1.	<i>La mecánica procesal</i>	2355
2.	<i>La Sentencia y sus posibles pronunciamientos</i>	2357
III.	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2.001: UN CASO LÍMITE QUE CERTIFICA EL CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL	2358
1.	<i>Los hechos y el planteamiento de la litis</i>	2358
2.	<i>El fallo y la argumentación que lo sostiene</i>	2360
IV.	CONFIRMACIÓN DE ESTA TESIS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	2363
V.	CONSIDERACIONES FINALES	2364

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

FERNANDO GARRIDO FALLA

I.	LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA	2367
1.	<i>Los orígenes del contencioso-administrativo español</i>	2367
A.	<i>La situación durante el Antiguo Régimen</i>	2367
B.	<i>Los comienzos del Estado constitucional</i>	2367
C.	<i>La instauración de la Justicia administrativa. Jurisdicción retenida y jurisdicción delegada</i>	2368
2.	<i>La ley jurisdiccional de 1956: el proceso inter partes</i>	2369
3.	<i>La nueva ley jurisdiccional de 1998</i>	2370

II.	SOBRE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	2371
1.	<i>El recurso de inconstitucionalidad</i>	2372
2.	<i>Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí</i>	2372
3.	<i>Por vía de cuestión de inconstitucionalidad</i>	2373
III.	EL CONFLICTO ENTRE JURISDICCIONES CON MOTIVO DE RECURSO DE AMPARO.....	2374
IV.	POSIBLES FÓRMULAS PARA EVITAR CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA	2379
V.	EN PARTICULAR: RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	2380

**§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA
EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
(UNA CONTRA REFORMA INCONSTITUCIONAL)**

AGUSTÍN GORDILLO

I.	DA CAPO.....	2383
1.	<i>La primera traición jurisprudencial de un Código</i>	2384
2.	<i>Privación sistemática de justicia</i>	2384
3.	<i>La duda del suicida</i>	2385
4.	<i>El dique</i>	2386
5.	<i>Otra traición</i>	2388
6.	<i>Otro zigzag</i>	2389
II.	“VERLA VENIR”	2390
1.	<i>El Proceso. Memorias del Miedo</i>	2390
2.	<i>El endeudamiento y la hecatombe</i>	2391
3.	<i>La inaplicación del Código</i>	2391
4.	<i>La autopreservación del Yo</i>	2392
III.	SEPAN: QUE SABEMOS QUE SABEN	2392
1.	<i>La ley de la irresponsabilidad</i>	2392
2.	<i>¿Qué es esto de que no haya justicia?</i>	2393
IV.	LA ADMINISTRACIÓN INDEFENSA	2394
V.	EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, ANTES DEL JUICIO: EL DICTAMEN PREVIO AL ACTO.....	2394
1.	<i>La corrupción</i>	2396
2.	<i>La urgencia</i>	2396
VI.	EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, EN EL JUICIO.....	2396
VII.	LA DESESPERACIÓN, CONTRACARA DE LA EMERGENCIA	2397
1.	<i>Primero, la jirafa azul</i>	2397
2.	<i>Messineo</i>	2398
3.	<i>Los plazos del dolo</i>	2398
VIII.	LOS QUE NO PUEDEN ENTRAR	2399

1.	<i>La responsabilidad civil</i>	2400
2.	<i>El crimen de los custodios</i>	2400
3.	<i>Jirafas azules, escorpiones, ranas, gatos</i>	2401
IX.	“MANDARLA BUSCAR”	2403

**§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS
Y SU INCESANTE RENOVACIÓN**

LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ

I.	EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO LEGADO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA	2405
II.	EL ESTANCAMIENTO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS EL MOVIMIENTO DE CRÍTICAS Y LA MUTACIÓN DEL SISTEMA.....	2408
III.	LAS GRANDES Y CONSTANTES REACCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. VIEJAS Y ÚLTIMAS REFORMAS (DE LA REVOLUCIÓN AL SIGLO XXI).....	2412

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW

J. A. JOLOWICZ

TOMO III

CUARTA PARTE

DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS

**§ 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO
EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS
FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ**

PEDRO NIKKEN

I.	INTRODUCCIÓN	2439
II.	EL ESTADO COMO EJECUTOR DIRECTO DE LA CONVENCION	2443
1.	<i>La adecuación del orden jurídico interno a la Convención</i>	2444
A.	<i>El dilema inicial y su solución temprana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	2444
B.	<i>Concepto actual en la jurisprudencia de la Corte: El artículo 2 de la Convención como garantía de los derechos humanos</i>	2449
C.	<i>El artículo 2 de la Convención y la garantía de la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos</i>	2452
2.	<i>El deber de reparar las violaciones de los derechos humanos</i>	2459
A.	<i>La reparación de las violaciones a los derechos humanos en forma específica: restitución material</i>	2462
B.	<i>El pago de una justa indemnización</i>	2466

	C. <i>La indemnización del daño inmaterial</i>	2467
	D. <i>La satisfacción como medio de reparación</i>	2468
III.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS ACTUACIONES DE PERSONAS, GRUPOS O ENTIDADES NO INVESTIDOS FORMALMENTE DE FUNCIONES OFICIALES	2471
	1. <i>El Estado internacionalmente responsable por la acción de personas que no actúan investidas de funciones oficiales</i>	2472
	2. <i>La violación de los derechos humanos por actos que interesan al Estado perpetrados por personas que no ostentan formalmente carácter oficial ni pretenden ejercer una función pública</i>	2475
IV.	CONCLUSIÓN	2481

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 107. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

§ 108. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

§ 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

JESÚS MARÍA CASAL H.

I.	INTRODUCCIÓN	2515
II.	PRECISIÓN TERMINOLÓGICA	2517
III.	LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	2518
IV.	CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	2521
	1. <i>Formales</i>	2522
	A. <i>La reserva legal</i>	2522
	B. <i>Determinación o precisión de la regulación</i>	2523
	C. <i>Carácter orgánico de la ley</i>	2524
	2. <i>Materiales</i>	2525
	A. <i>Licitud del fin perseguido</i>	2525
	B. <i>Proporcionalidad</i>	2526
	C. <i>Intangibilidad del contenido esencial del derecho</i>	2528
	D. <i>Compatibilidad con el sistema democrático</i>	2533
V.	REFLEXIÓN FINAL	2534

**§ 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO
AL DERECHO CONSTITUCIONAL**

ROBERTO CUELLAR M.

I.	INTRODUCCIÓN	2537
II.	LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA SEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA:	2538
	1. <i>Los efectos devastadores de la delincuencia</i>	2538
	2. <i>La política y la criminalidad</i>	2539
III.	LA SEGURIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	2541
IV.	DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO EN EL TEMA DE LA SEGURIDAD.....	2543
V.	LA SEGURIDAD CIUDADANA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNO	2545
	1. <i>Políticas públicas integrales y programas de acción para la justicia</i>	2546
	2. <i>Fortalecimiento de la Policía</i>	2547
VI.	CONCLUSIONES	2548

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. *Los derechos de las personas*

§ 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO

LUIS MOISSET DE ESPANES Y
MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ

I.	INTRODUCCIÓN. DESARROLLO DE LA GENÉTICA.....	2549
II.	PROYECTO GENOMA HUMANO	2551
III.	DECLARACIONES DE VALENCIA SOBRE GENOMA Y ÉTICA	2552
	1. <i>Primer Seminario. Valencia, 1988</i>	2552
	2. <i>Segundo Seminario. Valencia, 1990</i>	2554
IV.	DECLARACIÓN DE VALENCIA SOBRE ÉTICA Y EL PROYECTO GENOMA HUMANO	2554
V.	DECLARACIÓN DE BILBAO SOBRE GENOMA Y DERECHO	2555
VI.	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1997	2555
	1. <i>Dignidad de la persona humana</i>	2556
	2. <i>Derechos de las personas interesadas</i>	2556
	3. <i>Investigaciones sobre genoma humano</i>	2557
	4. <i>Otros aspectos</i>	2557
VII.	LECTURA Y PUBLICACIÓN DEL GENOMA	2558

VIII.	PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL GENOMA HUMANO.....	2558
1.	<i>Derecho a la vida y a la integridad física y moral</i>	2559
2.	<i>Comienzo de la vida humana</i>	2559
3.	<i>Dignidad de la persona</i>	2560
4.	<i>Derecho a la intimidad</i>	2560
5.	<i>Culpabilidad</i>	2562
6.	<i>Manipulación genética y derecho penal</i>	2563
7.	<i>El conocimiento del genoma y las relaciones laborales</i>	2563
8.	<i>Genoma y contrato de seguro</i>	2565
9.	<i>Patentabilidad del genoma</i>	2565
10.	<i>Protección del medio ambiente</i>	2567
IX.	PALABRAS FINALES	2567

2. *Principios de igualdad*

**§ 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD:
SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD**

MIGUEL CARBONELL

I.	INTRODUCCIÓN	2569
II.	EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU SIGNIFICADO	2569
III.	LA IGUALDAD COMO NO DISCRIMINACIÓN	2571
IV.	LA IGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ALGUNOS RASGOS GENERALES	2573
V.	LA IGUALDAD MATERIAL Y LAS CUOTAS ELECTORALES	2575
VI.	LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN	2577
	BIBLIOGRAFÍA	2578

3. *Libertad de expresión*

**§ 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA
DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC**

ASDRÚBAL AGUIAR

I.	INTRODUCCIÓN.....	2581
II.	LEGITIMATIO AD CAUSAM DE LAS ONG'S E INHERENCIA HUMANA DE LA EXPRESIÓN LIBRE	2582
III.	EL VALOR PRESCRIPTIVO DE LOS GENTLEMAN'S AGREEMENTS	2585
IV.	LA DECLARACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA.....	2587
V.	PRINCIPIOS DE CHAPULTEPEC	2588
1.	<i>Libertad de expresión y democracia</i>	2589
2.	<i>Derecho a la información</i>	2590
3.	<i>Acceso a la información pública</i>	2591

4.	<i>Debida reparación</i>	2591
5.	<i>Inmunidad</i>	2592
6.	<i>Igualdad de trato</i>	2593
7.	<i>Independencia</i>	2594
8.	<i>Libertad de asociación profesional</i>	2594
9.	<i>Compromiso con la verdad</i>	2595
10.	<i>Proscripción de leyes de desacato</i>	2596

§ 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA

I.	SU CARÁCTER LEGAL	2598
1.	<i>El carácter preciso y concreto de la norma</i>	2601
2.	<i>La accesibilidad o publicidad de la norma</i>	2605
3.	<i>Las existencia de garantías procesales</i>	2606
II.	LOS PROPÓSITOS QUE SE CONSIDERAN LEGÍTIMOS	2609
III.	SU PROPORCIONALIDAD	2614
IV.	SU NECESIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA	2623
1.	<i>Su estricta necesidad</i>	2623
2.	<i>Su compatibilidad con una sociedad democrática</i>	2628
V.	EL OBJETO DE LAS POSIBLES RESTRICCIONES	2635
1.	<i>Las restricciones sobre el contenido del mensaje</i>	2636
2.	<i>Las restricciones relativas al lugar, la oportunidad, y el modo del mensaje</i>	2637
VI.	LA NATURALEZA DE LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS.....	2639
1.	<i>La censura previa y las responsabilidades ulteriores</i>	2639
A.	<i>El concepto de censura</i>	2640
B.	<i>Los antecedentes históricos de la censura</i>	2641
C.	<i>El debate sobre la pertinencia de la censura</i>	2644
2.	<i>El derecho de rectificación o de respuesta</i>	2650
3.	<i>Las restricciones por vías o medios indirectos</i>	2655
VII.	COLOFÓN	2664

4. Acceso a la justicia y debido proceso

§ 115. ESTADO DE DEREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

LUCIA VALLE FIGUEIREDO

I.	ESTADO DE DEREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DEREITO	2665
II.	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DEREITO	2666
III.	O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DEREITO	2666
IV.	O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IGUALDADE MATERIAL.....	2668

V. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO DECORRÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	2669
VI. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS	2671
VII. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	2672

§ 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

SALVADOR LEAL WIHELM

I. INTRODUCCIÓN	2677
II. EL ACCESO A LA JUSTICIA	2678
III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES	2678
IV. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS	2679
V. LAS PROPUESTAS USUALES DE SOLUCIÓN	2680
VI. LAS LIMITACIONES LEGALES	2682
VII. CONCLUSIONES	2685
BIBLIOGRAFÍA	2685

§ 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA

LEÓN HENRIQUE COTTIN

I. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961	2689
II. LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	2690
III. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE JUSTICIA	2692
IV. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER Y CONTROLAR LAS PRUEBAS	2695
V. EL AMPARO COMO VÍA RESTABLECEDORA DE LA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABER TENIDO DERECHO A ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER SU CONTROL	2699
VI. CONCLUSIONES	2701

§ 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA

I. EVOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS Y LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. PRETENSIONES DE ANULACIÓN Y DE LAS MAL LLAMADAS DE PLENA JURISDICCIÓN	2703
1. <i>El recurso por exceso de poder como un supuesto recurso objetivo y el requisito del interés. Breve análisis de la historia del asunto en Francia, Italia, Alemania y España</i>	2704
2. <i>Cuál es el objeto de la tutela judicial, además de los derechos subjetivos perfectos ¿?</i>	2706

II.	EL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR. DERECHOS SUBJETIVOS, INTERESES LEGÍTIMOS O REACCIONALES. INTERESES COLECTIVOS.....	2708
1.	<i>El interesado en el procedimiento administrativo. Requisitos. Capacidad y representación</i>	2708
2.	<i>La concepción del contencioso administrativo como tutela de derechos e intereses legítimos. Legitimación para recurrir: derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales. Intereses colectivos y los medios de protección.....</i>	2710
A.	<i>El Contencioso Administrativo como un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses. El principio constitucional</i>	2710
B.	<i>Legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales</i>	2711
C.	<i>Intereses legítimos colectivos e intereses difusos. En que consisten ¿? Medios de protección</i>	2713
III.	CONCLUSIONES	2716
	BIBLIOGRAFÍA	2717

**§ 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999**

FLOR MARÍA AVILA HERNÁNDEZ

I.	INTRODUCCIÓN	2719
1.	<i>El Modelo de Derechos Fundamentales de la Constitución de 1999</i>	2722
A.	<i>El proceso de expansión y especificación de los derechos humanos. Los derechos de participación.....</i>	2724
B.	<i>Los valores superiores de solidaridad, democracia y responsabilidad social</i>	2727
2.	<i>La naturaleza jurídica y fundamento de los intereses colectivos y difusos.....</i>	2728
A.	<i>La Calidad de la vida como bien jurídico protegido por los intereses colectivos y difusos.....</i>	2731
3.	<i>La tutela de los intereses colectivos y difusos en el marco del modelo de derechos de la Constitución de 1999.....</i>	2734
4.	<i>La jurisprudencia nacional sobre los intereses colectivos y difusos</i>	2736
5.	<i>Los intereses colectivos y difusos en Italia</i>	2739
II.	CONSIDERACIONES FINALES	2742
	BIBLIOGRAFÍA	2742

**§ 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS
DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN
DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS**

JUAN CARLOS HENAO

I.	LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO EN DERECHO COLOMBIANO	2750
II.	LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN DERECHO COLOMBIANO	2762

III.	LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE GRUPO Y DE LOS COLECTIVOS EN DERECHO FRANCÉS.....	2768
IV.	CONCLUSIÓN	2787

§ 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES

MARIOLGA QUINTERO TIRADO

I.	INTRODUCCIÓN.....	2791
II.	EL ABUSO Y LA MORALIZACIÓN DEL PROCESO	2792
	1. <i>Presentación</i>	2792
	2. <i>Del fraude</i>	2794
III.	PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL FRAUDE	2796
IV.	DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA	2797
V.	RESPONSABILIDADES.....	2799
VI.	DE LA TRANSPARENCIA PROCESAL	2801
VII.	CONCLUSIONES.....	2803
	BIBLIOGRAFÍA.....	2803

5. *La libertad de cultos*

§ 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA

HUMBERTO BRICEÑO LEÓN

I.	INTRODUCCIÓN.....	2807
II.	LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EN VENEZUELA SOBRE LA LIBERTAD DE CULTO	2808
III.	ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y THE FREE EXERCISE CLAUSE	2812
	1. <i>The Free Exercise Clause</i>	2812
	2. <i>Establishment Clause</i>	2812
IV.	CONCLUSIONES.....	2813

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

§ 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO

ASDRÚBAL GRILLET CORREA

I.	INTRODUCCIÓN LA SANCIÓN DEL ADOLESCENTE EN EL DERECHO PENAL JUVENIL.....	2815
II.	ANTECEDENTES Y CONTENIDO	2816
III.	EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE COMO SUJETOS DE DERECHOS.....	2821
IV.	¿IMPUTABILIDAD-INIMPUTABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES?.....	2826
V.	DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES	2828

VI.	PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL JUVENIL	2830
1.	<i>Principio de interés superior del niño</i>	2831
2.	<i>Principio de igualdad y no discriminación</i>	2831
3.	<i>Principio de mínima intervención y principio de oportunidad</i>	2832
VII.	GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL JUVENIL	2835
VIII.	MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICABLES AL ADOLESCENTE INFRACTOR.....	2843
1.	<i>Amonestación</i>	2851
2.	<i>Imposición de reglas de conducta</i>	2851
3.	<i>Servicios a la comunidad</i>	2852
4.	<i>Libertad asistida</i>	2852
5.	<i>Semilibertad</i>	2853
6.	<i>Privación de libertad</i>	2854
IX.	RESUMEN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.....	2856
X.	EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	2859
XI.	PROCEDIMIENTO DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE	2860
1.	<i>Fase preparatoria o de investigación</i>	2860
2.	<i>Fase intermedia</i>	2861
3.	<i>Fase de juicio oral</i>	2862
XII.	CONCLUSIÓN.....	2863
	BIBLIOGRAFÍA.....	2864

§ 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD

JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL

I.	INTRODUCCIÓN	2867
II.	SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO A LA SALUD	2868
1.	<i>Opinión pública sobre la salud</i>	2868
2.	<i>La salud y el derecho alimentario</i>	2869
3.	<i>Acceso a los medicamentos</i>	2870
III.	EL DERECHO A LA SALUD	2871
1.	<i>El concepto</i> :.....	2871
A.	<i>El conjunto de derechos que tienen las personas dentro de un Estado</i>	2872
B.	<i>El conjunto de obligaciones que tiene el Estado dentro del ámbito de su competencia</i>	2872
C.	<i>Garantía a las personas bajo su jurisdicción de un estado de bienestar físico, mental y social</i>	2873
2.	<i>Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho interno</i>	2874
3.	<i>Consagración del Derecho a la Salud en el Derecho Internacional</i>	2877
IV.	COLOFÓN	2879
	BIBLIOGRAFÍA.....	2886

**§ 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD
Y A LA EDUCACIÓN**

LUIS PAULINO MORA MORA

I.	MOTIVACIÓN	2889
II.	INTRODUCCIÓN.....	2889
III.	EL EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE.....	2891
IV.	RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD.....	2894
V.	RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	2895
VI.	CONCLUSIONES	2897

**§ 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS
BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA**

JOSÉ BERMEJO VERA

I.	INTRODUCCIÓN.....	2899
II.	INTERVENCIONISMO LEGAL DERIVADO DE LA OBLIGACIÓN DE FOMENTAR EL DEPORTE.....	2901
III.	LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS SOBRE EL DEPORTE	2903
IV.	EL MODELO DEPORTIVO ESTATAL: LA FÓRMULA DE DELEGACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS EN LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS	2905
	1. <i>La organización administrativa estatal</i>	2906
	2. <i>El asociacionismo deportivo</i>	2906
	3. <i>Las Federaciones Deportivas</i>	2908
	4. <i>Las Ligas Profesionales</i>	2910
V.	OTROS ÁMBITOS DE CORRESPONSABILIDAD DEPORTIVA.....	2910
VI.	EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MERCANTILIZACIÓN O PROFE- SIONALIZACIÓN EN EL DEPORTE	2911
VII.	LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN DE LOS DEPORTISTAS ANTE LOS TRI- BUNALES DE JUSTICIA	2913
	BIBLIOGRAFÍA.....	2915

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

**§ 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN
VENEZOLANA**

FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	2917
II.	EL AMBIENTE EN EL PREÁMBULO	2919
III.	EL AMBIENTE EN EL TÍTULO III DE LOS DEBERES, DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS	2920
IV.	EL AMBIENTE COMO COMPETENCIA DEL PODER PÚBLICO LA NATURALEZA CONCURRENTES DE LA COMPETENCIA EN MATERIA AMBIENTAL.....	2921

V.	EL AMBIENTE EN EL CAPÍTULO DEL PODER CIUDADANO.....	2922
VI.	EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO.....	2922
VII.	EL AMBIENTE EN EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN.....	2922
VIII.	EL AMBIENTE Y LA ACCIÓN DE AMPARO	2923

**§ 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE
VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS DERECHOS AMBIENTALES**

GERMÁN ACEDO PAYARÉZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	2925
	1. <i>La realidad venezolana y la opinión de un tercero</i>	2925
	2. <i>Ambiente</i>	2925
	3. <i>Derecho al ambiente</i>	2926
	4. <i>Derechos ecológicos</i>	2927
	5. <i>Derecho a la conservación ambiental</i>	2928
	6. <i>Contenido del Derecho a la Conservación Ambiental propuesto por el profesor Kiss</i>	2928
	7. <i>Origen histórico de las normas sobre protección al ambiente</i>	2931
II.	EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL INSERTA EN LA GACETA OFICIAL N° 5 EXTRAORDINARIO DEL 24 DE MARZO DEL 2000.....	2931
	1. <i>Capítulo de la nueva Constitución exclusivamente destinado, por entero, a la materia de los derechos ambientales</i>	2933
	A. <i>Derechos y deberes en lo ambiental</i>	2933
	(a) <i>Carencia de contrapeso entre derechos y deberes</i>	2934
	(b) <i>Los deberes constitucionales no aluden a lo ambiental, ni a los deberes ecológicos ni a los ambientales</i>	2934
	(c) <i>Alcance del término personas. Interpretación que consideramos procedente</i>	2935
	(d) <i>El principio de ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus</i>	2936
	B. <i>No posibilidad de jerarquizar, entre sí, categorías de derechos y garantías salvo ab initio por el propio texto constitucional o por los Jueces</i>	2936
	C. <i>Derechos y garantías constitucionales envuelven una materia de especial significación para la generalidad de las personas</i>	2937
	D. <i>Constituciones que ha tenido Venezuela</i>	2938
	E. <i>En materia de derechos ambientales, la Constitución de 1999 no encierra ningún acto especial presuntamente derivado del hecho de habersele dedicado todo un capítulo</i>	2938
	F. <i>Juicios de valor en materia de comparación del mérito de los textos legales presupone decantación a través del transcurso del tiempo</i>	2940
	2. <i>Queda relegado el conservacionismo anterior, clásico, sobre la materia</i>	2940
	A. <i>Se hizo lo que pudo hacerse. Juicios de valor</i>	2940
	B. <i>Artículo 106 de la Constitución de 1961. Algunas consideraciones sobre lo obtenido durante la vigencia de dicho texto constitucional</i>	2941

C.	<i>Las minas son para ser explotadas legal y racionalmente con estricta sujeción a los requisitos de la legislación ambiental</i>	2943
D.	<i>Legislación ambiental y algunos impasses observados en nuestro medio</i>	2943
E.	<i>La propiedad de las minas en Venezuela</i>	2943
3.	<i>Preámbulo de la Constitución</i>	2943
A.	<i>Definición de Preámbulo</i>	2943
B.	<i>Preámbulos constitucionales</i>	2944
C.	<i>Preámbulo de la Constitución de 1961</i>	2944
D.	<i>Materia ambiental y recursos naturales: su diferenciación</i>	2944
4.	<i>Garantía de desarrollo sustentable y preservación del patrimonio de las futuras generaciones</i>	2944
A.	<i>Exposición de Motivos de 1999</i>	2944
B.	<i>Análisis</i>	2944
(a)	<i>Lo sustentable</i>	2944
(b)	<i>Las expresiones progreso indiscriminado y desastre ecológico</i>	2945
(c)	<i>Lo futuro no puede condicionar el presente</i>	2945
(d)	<i>Equilibrio MARNR/Particulares y empresarios. Algunas sugerencias elementales para el Sector Oficial del Ambiente</i>	2945
(e)	<i>Recurso minero y ambiente objetos de abandono por el Estado Venezolano</i>	2946
(f)	<i>Especificidad de la función jurisdiccional. Definición judicial acerca de la figura de los Jueces en Venezuela.</i>	2947
a’.	<i>Comprender a los jueces</i>	2947
b’.	<i>¿Qué es un Juez? ¿Qué hace? ¿Cómo se le define?</i>	2947
c’.	<i>Significado de la función judicial y su importante vinculación con el Derecho Ambiental de reciente data en Venezuela como rama autónoma</i>	2947
d’.	<i>Aumento indiscriminado del parque judicial. Qué hacer mientras tanto. Recomendaciones prácticas</i>	2947
e’.	<i>Pajaritos y el Poder Judicial venezolano</i>	2947
(g)	<i>Fe en la administración de justicia, incluyendo obviamente el área ambiental</i>	2948
(h)	<i>Constitución venezolana de 1999. Derechos y deberes ambientales y los derechos de las generaciones futuras</i>	2948
5.	<i>Desarrollo de la seguridad ambiental</i>	2949
A.	<i>Fábricas y complejos industriales</i>	2949
B.	<i>LOCYMAT</i>	2949
C.	<i>Previsiones inaplicables en apreciable porcentaje</i>	2950
6.	<i>Responsabilidades del Estado</i>	2950
A.	<i>Desarrollo ecológico</i>	2950
7.	<i>Política de ordenación del territorio</i>	2951
A.	<i>Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio</i>	2951
B.	<i>Territorio y ambiente</i>	2951
8.	<i>Contratos de la República y asignación de permisos (Cláusula implícita)</i>	2951

A.	<i>Cláusula implícita</i>	2951
(a)	<i>La tecnología</i>	2959
(b)	<i>Restablecer el ambiente a su estado natural</i>	2953
(c)	<i>¿Qué quiso significar el Constituyente de 1999 con la frase inserta al final del artículo 129 de la Constitución?</i>	2954
(d)	<i>Las cosas no son gratuitas</i>	2954
9.	<i>Obligaciones de diverso contenido:</i>	2954
A.	<i>Educación ambiental (obligatoriedad)</i>	2954
B.	<i>Lo tributario y la cuestión ambiental. Sugerencias y recomendaciones</i>	2955
C.	<i>¿Puede una obligación legal tener su fuente u origen en la citada exposición de motivos de un texto legal, incluyendo la de una Constitución? ¿O en su Preámbulo? ¿Qué si se tratase de un derecho de los administrados?</i>	2955
10.	<i>Limitaciones a la libertad derivadas de la protección del ambiente</i>	2956
11.	<i>Bienes del dominio público</i>	2957
A.	<i>Aguas de dominio público</i>	2957
B.	<i>Agricultura sustentable</i>	2958
12.	<i>Protección del hábitat de los pueblos indígenas</i>	2958
III.	AUSENCIA DE CONCORDANCIA ENTRE (A) LA “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” Y (B) LOS ARTÍCULOS 127, 128 Y 129. ALGUNOS CASOS EN LOS CUALES SE OBSERVA CARENCIA DE PRECISA CORRESPONDENCIA ENTRE (A) Y (B). ANÁLISIS JURÍDICO. CONSECUENCIAS. CRITERIO DE INTERPRETACIÓN ACERCA DE LA NUEVA PRECEPTIVA CONSTITUCIONAL EN EL ÁREA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES	2959
1.	<i>Objeto de la Exposición de Motivos de una Ley</i>	2959
2.	<i>Exposición de Motivos clásica o tradicional en Venezuela</i>	2960
3.	<i>Análisis de casos concretos o específicos</i>	2960
A.	<i>Un primer caso de correspondencia</i>	2960
B.	<i>Un segundo caso de correspondencia</i>	2961
C.	<i>Otros casos o supuestos</i>	2961
4.	<i>Problema de interpretación grave</i>	2961
5.	<i>Consecuencias de una interpretación en sentido contrario a la previamente expuesta</i>	2962
IV.	OTROS ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE POSIBLE INTERÉS GENERAL.....	2962
1.	<i>Constituciones de 1961 y de 1999</i>	2962
A.	<i>“Pacto de San José de Costa Rica”</i>	2963
B.	<i>“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”</i>	2963
C.	<i>Constitución de la República de Venezuela de 1961</i>	2963
D.	<i>Sujetos activos de los derechos y garantías constitucionales. Breve referencia incidental</i>	2964
E.	<i>Algunas empresas y fundaciones</i>	2965
F.	<i>Reciente decisión de un Tribunal de la República de Francia, uno de los países cuna de la libertad</i>	2965

2.	<i>Textos legales relacionados con la materia ambiental anteriores al siglo XXI:</i>	2965
A.	<i>Establecimiento del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (1976)</i>	2966
B.	<i>¿Qué ocurrió antes de 1976?</i>	2966
C.	<i>Brevísima referencia al poco examinado período de nuestra Colonia:</i>	2967
D.	<i>Desarrollo legislativo versus realidad. Intento de aproximación a un juicio crítico</i>	2967
E.	<i>TEOFRASTO</i>	2967
F.	<i>MALTHUS</i>	2968
G.	<i>HUMBOLDT</i>	2969
H.	<i>VON LIEBIG</i>	2969
I.	<i>DARWING</i>	2969
3.	<i>No existe orden de prelación a priori entre los diversos derechos y garantías constitucionales previstos en nuestras Constituciones:</i>	2970
A.	<i>Ubicación de los derechos ambientales en el Texto Constitucional de 1999</i>	2970
B.	<i>¿Alguna razón para haber ubicado a los derechos ambientales en el sitio en que lo fueron dentro del Texto Constitucional?</i>	2971
(a)	<i>Los Jueces vistos como solucionadores finales de los conflictos</i>	2971
C.	<i>Ranking o graduación de algunos determinados derechos constitucionales</i>	2972
D.	<i>Diferencias y colisiones entre los derechos constitucionales</i>	2972
4.	<i>Declaración de Derechos de Virginia (1776)</i>	2973
V.	ARTÍCULOS 127, 128 Y 129 DE LA CONSTITUCIÓN:	2973
1.	<i>Contenido básico de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de 1999</i>	2973
2.	<i>Vigencia de los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución:</i>	2973
3.	<i>Breve referencia a LOCYMAT</i>	2974
4.	<i>Vigencia de la Exposición de Motivos de la Constitución y de su Preámbulo</i>	2974
5.	<i>¿Quid si no se promulgase en un futuro la nombrada Ley Orgánica de Ordenación del Territorio?</i>	2974
VI.	CONCLUSIONES PRELIMINARES	2974
1.	<i>Derechos Humanos y Garantías: Responsabilidades del Poder Público Nacional. Relevancia del Poder Judicial</i>	2975
2.	<i>Control difuso de la Constitución</i>	2975
3.	<i>Inmensa responsabilidad de los Jueces venezolanos</i>	2976
4.	<i>Exposición de (A) Motivos de la Constitución actualmente en vigor, su (B) Preámbulo y (C) los artículos 127, 128 y 129</i>	2976
VII.	DERECHOS Y GARANTÍAS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL NOVÍSIMO PARECERÍAN MARCHAR PARI PASSU SALVO PRUEBA EN EN CONTRARIO	2977
1.	<i>La imagen de los derechos y garantías constitucionales</i>	2978
2.	<i>Prueba en contrario de la aplicación del pari passu en materia de derechos y garantías constitucionales</i>	2978
3.	<i>¿A quién corresponde desaplicar el principio del pari passu?</i>	2978

**§ 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

LUCIANO PAREJO ALFONSO

I.	EL ARTÍCULO 45 CE Y LA PROGRAMACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.....	2979
	1. <i>El medio ambiente, principio rector.</i>	2979
	2. <i>El medio ambiente, simultáneamente mandato a los poderes públicos y derecho-deber de todos.</i>	2980
II.	EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEDIOAMBIENTAL Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	2982
	1. <i>El planteamiento primero o tradicional, que responde a la forma inicial de acometer la dificultad inherente a la asimetría de la materia medio ambiental.</i>	2982
	2. <i>El planteamiento extremo: el medio ambiente como derecho subjetivo constitucional.</i>	2984
	3. <i>El nuevo planteamiento que tiende a afirmarse: el ensayo de superación de las dificultades de la subjetivización del medio ambiente sobre la base de la reinterpretación del contenido del título I CE.</i>	2985
	BIBLIOGRAFÍA.....	2994

**§ 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL
AMBIENTE EN VENEZUELA**

ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO

I.	INTRODUCCIÓN.....	2995
II.	LOS DERECHOS HUMANOS SUSTANTIVOS DEL CIUDADANO, FRENTE AL AMBIENTE	2997
	1. <i>El derecho al principio de legalidad:</i>	2997
	2. <i>El derecho a la irretroactividad de la ley:</i>	2998
	3. <i>El derecho a la igualdad:</i>	2998
	4. <i>El derecho al carácter restablecedor de las reparaciones ambientales:</i>	2998
	5. <i>El derecho a la función ambiental de la propiedad:</i>	2999
	6. <i>El derecho al non bis in idem:</i>	2999
	7. <i>El derecho al acatamiento de la división vertical del poder:</i>	2999
	8. <i>El derecho a la conservación ambiental:</i>	3001
III.	LOS DERECHOS PROCESALES DE LOS CIUDADANOS, FRENTE AL AMBIENTE.....	3002
	1. <i>El derecho de acceso a la justicia:</i>	3002
	2. <i>El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la participación:</i>	3003
	3. <i>El derecho a los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos:</i>	3006
	4. <i>El derecho de amparo:</i>	3006
	5. <i>El derecho de amparo internacional:</i>	3007

6.	<i>El derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta:</i>	3007
7.	<i>El derecho a la información y el derecho de acceso a los documentos administrativos:</i>	3008
IV.	CONCLUSIONES	3008

§ 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA

DANTE CAPONERA

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

§ 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMAS

GERARDO PUERTAS GÓMEZ

I.	INTRODUCCIÓN	3015
II.	NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	3020
	1. <i>Exposición del Tema</i>	3020
	A. <i>Constitución y Antecedentes en México</i>	3021
	B. <i>Leyes Supremas de otros Países</i>	3024
	2. <i>Análisis Comparativo</i>	3028
	3. <i>Propuesta de Reformas</i>	3030
III.	CONCEPTO DE PROPIEDAD.....	3031
	1. <i>Exposición del Tema</i>	3031
	A. <i>Constitución y Antecedentes en México</i>	3031
	B. <i>Leyes Supremas de otros Países</i>	3033
	2. <i>Análisis Comparativo</i>	3035
	3. <i>Propuesta de Reformas</i>	3037
IV.	CONCLUSIONES.....	3038

§ 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

I.	LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO PRIVADO DE LOS CIUDADANOS	3039
II.	LA DIFERENCIA CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA ENTRE DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD SEGÚN SU FUNCIÓN SOCIAL Y EXPROPIACIÓN. EL ÁMBITO LÍCITO DE DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR	3042
III.	EL PROBLEMA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA: LA DISTINCIÓN BÁSICA ENTRE TAKING Y REGULATION	3044
IV.	EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN.....	3046

V.	EL DERECHO CONSTITUCIONAL ITALIANO	3049
VI.	EL CASO DE FRANCIA. DUGUIT. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DU FAIT DES LOIS Y SU VERDADERO ALCANCE. LA ADOPCIÓN POR EL CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGULACIÓN Y EXPROPIACIÓN.....	3052
1.	<i>La doctrina de Duguit</i>	3053
2.	<i>El arrêt La Fleurette de 14 de enero de 1938</i>	3054
3.	<i>La jurisprudencia ulterior</i>	3055
4.	<i>La adopción expresa del criterio taking-regulation por el Conseil Constitutionnel</i>	3056

**§ 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS
HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

ISABEL BOSCÁN DE RUESTA

I.	INTRODUCCIÓN	3061
II.	LA PROPIEDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS	
1.	<i>Las personas</i>	3063
A.	<i>Las personas naturales y las personas jurídicas</i>	3063
B.	<i>Las personas jurídicas públicas y privadas</i>	3063
C.	<i>El Estado como persona. Los conceptos de Estado, Nación, República, País y Patria</i>	3064
D.	<i>La denominación del Estado en las constituciones venezolanas</i>	3064
E.	<i>Equivalencia de los términos Estado, País, Nación y República en los textos constitucionales</i>	3065
2.	<i>El Estado como propietario</i>	3067
A.	<i>El derecho de propiedad. Diversos regímenes jurídicos</i>	3067
B.	<i>Titularidad de los bienes públicos</i>	3068
III.	PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS.....	3070
1.	<i>Origen. La Etapa Colonial</i>	3070
A.	<i>Primer período. 1526 - 1783: Los hidrocarburos pertenecen al propietario del suelo</i>	3070
(a)	<i>Edicto Real del 9 de diciembre de 1526</i>	3070
(b)	<i>Declaración Real del 17 de diciembre de 1551</i>	3070
(c)	<i>Ordenanzas de San Lorenzo del 22 de agosto de 1584</i>	3071
(d)	<i>Las Leyes de Indias</i>	3071
(e)	<i>Recopilación de las Leyes de Indias del 18 de mayo de 1680</i>	3071
B.	<i>Segundo Período. Desde 1783 los hidrocarburos se incluyen dentro de las minas y pertenecen a la Corona</i>	3071
(a)	<i>Ordenanzas de Minería para la Nueva España del 22 de mayo de 1783</i>	3071
(b)	<i>Real Cédula del 27 de abril de 1784</i>	3071
2.	<i>La Primera Etapa Republicana. 1824-1864: La Propiedad de los Hidrocarburos es de la República</i>	3071

A.	<i>El Decreto de 1829 del Libertador Simón Bolívar</i>	3072
B.	<i>Resolución del Congreso del 29 de abril de 1832</i>	3072
C.	<i>Primer Código de Minas del 20 de mayo de 1864</i>	3072
3.	<i>Segunda etapa 1864-1953: Los Hidrocarburos pertenecen a los estados</i>	3073
A.	<i>Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864</i>	3073
B.	<i>Constitución de 1874</i>	3073
C.	<i>Constitución de 1881</i>	3074
D.	<i>Las Leyes de Minas dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1881</i>	3074
(a)	<i>Ley de Minas del 13 de marzo de 1883</i>	3074
(b)	<i>Código de Minas del 23 de mayo de 1885</i>	3074
(c)	<i>Ley del 30 de mayo de 1887, sobre Minas de la República</i>	3074
E.	<i>Constituciones de 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922</i>	3075
F.	<i>Constitución de 1925</i>	3075
G.	<i>Constituciones de 1929, 1931, 1936 y 1945</i>	3075
H.	<i>Constitución de 1947</i>	3075
I.	<i>Leyes de Minas y Leyes sobre Hidrocarburos dictadas entre 1891 y 1947</i>	3076
(a)	<i>Código de Minas del 30 de junio de 1891</i>	3076
(b)	<i>Código de Minas del 29 de marzo de 1893. Código de Minas del 23 de enero de 1904. Ley de Minas del 14 de agosto de 1905. Código de Minas del 16 de agosto de 1909</i>	3076
(c)	<i>Código de Minas del 29 de junio de 1910</i>	3076
(d)	<i>Ley de Minas del 26 de junio de 1915</i>	3076
(e)	<i>Ley de Minas del 7 de junio de 1918</i>	3076
(f)	<i>Ley de Minas del 26 de junio de 1920</i>	3076
(g)	<i>Leyes sobre hidrocarburos del 1920-1921-1922-1925- 1928-1935-1936-1938 y 1943</i>	3076
4.	<i>Tercera etapa 1953 - 1961: Eliminación de la referencia de los Estados como propietarios de los hidrocarburos</i>	3077
A.	<i>Constitución de 1953</i>	3077
B.	<i>Constitución de 1961</i>	3077
C.	<i>Ley que reserva al Estado la industria y el comercio de los Hidrocarburos (Ley de Nacionalización)</i>	3078
5.	<i>Situación Actual: Los Hidrocarburos pertenecen a la república</i>	3078
A.	<i>Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos del 23 de septiembre de 1999</i>	3078
B.	<i>Constitución de 1999</i>	3078
C.	<i>Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos del 13 de noviembre del 2001</i>	3078
IV.	CONCLUSIONES	3079

§ 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO

GIUSEPPE ROSITO ARBIA

I.	EL MARCO LEGAL URBANÍSTICO EN VENEZUELA	3082
II.	PLANIFICACIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD	3083
	1. <i>Planificación</i>	3085
	A. <i>¿Qué es la planificación urbanística?</i>	3085
	B. <i>¿Quién planifica?</i>	3085
	C. <i>¿Cómo se planifica?</i>	3085
	2. <i>Planes</i>	3086
	A. <i>El Plan Nacional de Ordenación del Territorio (PNOT)</i>	3086
	B. <i>Los Planes Regionales de Ordenación del Territorio (PROT)</i>	3087
	D. <i>Los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL)</i>	3088
	(a) <i>¿Quién los elabora?</i>	3088
	(b) <i>¿Qué pasa con el proyecto una vez elaborado?</i>	3088
	(c) <i>¿Pueden los particulares participar en la elaboración del plan? ...</i>	3088
	(d) <i>¿Cómo saben los particulares a partir de cuándo pueden</i> <i>participar?</i>	3089
	(e) <i>¿Son vinculantes las observaciones y alegatos de los particu-</i> <i>lares?</i>	3089
	(f) <i>¿Qué sucede después que termina el plazo para las observa-</i> <i>ciones?</i>	3089
	(g) <i>¿Tiene el Concejo Municipal obligación de hacer público el</i> <i>Plan antes de su Publicación en la Gaceta Municipal?</i>	3089
	(h) <i>¿Qué pasa si vencido el plazo el Municipio se pronuncia?</i>	3090
	(i) <i>¿Puede modificarse o reformarse el Plan una vez aprobado?</i>	3090
	(j) <i>¿Puede dictarse el Plan de Desarrollo Urbano Local si no existe</i> <i>Plan de Ordenación Urbanística?</i>	3090
	(k) <i>¿Qué papel juegan las Ordenanzas de Zonificación?</i>	3090
	E. <i>Los Planes Especiales</i>	3091
	F. <i>Los Planes Particulares</i>	3092
III.	CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE URBANIZACIONES Y EDIFICA- CIONES POR PARTE DE LOS PARTICULARES	3092
	1. <i>Control previo</i>	3093
	2. <i>Control concomitante</i>	3095
	3. <i>Control posterior</i>	3097
IV.	LA PRESCRIPCIÓN EN DERECHO URBANÍSTICO	3097
	1. <i>Prescripción de la potestad sancionatoria</i>	3098
	2. <i>Prescripción de la sanción</i>	3101
V.	CONTROL JUDICIAL	3102
	BIBLIOGRAFÍA	3105

**§ 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD
DECRETADAS EN CARACAS**

CARLOS AYALA CORAO

I.	INTRODUCCIÓN.....	3107
II.	LOS ACTOS ESTATALES RELATIVOS A LAS ZONAS DE SEGURIDAD	3110
	1. <i>La Ley Orgánica de Seguridad y Defensa</i>	3111
	2. <i>La Ley Orgánica de Seguridad de la Nación</i>	3115
	3. <i>El Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa Sobre las Zonas de Seguridad</i>	3116
	4. <i>Los Decretos emanados del Ejecutivo Nacional de fecha 17 de septiembre de 2002</i>	3118
	5. <i>Las Resoluciones emanadas del Ministro de la Defensa de fecha 19 de septiembre de 2002</i>	3119
III.	EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD	3120
	1. <i>Las restricciones impuestas al derecho de propiedad: la violación del contenido esencial del derecho</i>	3122
	2. <i>Las restricciones irrazonables y arbitrarias impuestas</i>	3124
	3. <i>Las cargas impuestas sin indemnización compensatoria</i>	3129
	4. <i>La reserva legal de las limitaciones y restricciones a la propiedad</i>	3131
IV.	EL DERECHO A LA IGUALDAD	3132
V.	LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL ELECTO.....	3138
VI.	EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN.....	3140
VII.	LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DECLARAR EL EL ESTADO DE EMERGENCIA	3141
VIII.	LA GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL	3143
IX.	CONCLUSIÓN	3147

QUINTA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

**§ 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO**

JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI

I.	INTRODUCCIÓN.....	3151
II.	BREVE REFERENCIA DE LA DOCTRINA EXTRANJERA EN CUANTO A LA DEFINICIÓN DE TRIBUTOS CONFISCATORIOS	3152
III.	EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA PATRIA EN CUANTO A TRIBUTOS CONFISCATORIOS, EL PRINCIPIO DE NO CON-FISCATORIEDAD Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	3154
IV.	LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS	3167

V.	LA DETERMINACIÓN O BÚSQUEDA DE LÍMITES CUANTITATIVOS FRENTE A LOS TRIBUTOS CONFISCATORIOS.....	3170
VI.	LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES FRENTE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER TRIBUTARIO.....	3176
VII.	LA GARANTÍA JUDICIAL LA GARANTÍA DE LAS GARANTÍAS COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS TRIBUTACIONES CONFISCATORIAS	3183
VIII.	CONCLUSIÓN.....	3184

§ 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS POLÍTICAS DE RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO

LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	3187
II.	LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA SOBRE EL DERECHO INTERNO.....	3190
III.	LA CONSAGRATORIA DE LOS DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES.....	3195
IV.	LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIONAMIENTO DE LA RACIONALIDAD DEL SISTEMA TRIBUTARIO	3204
	1. <i>Los criterios de racionalidad</i>	3207
	A. <i>Criterios de racionalidad económica</i>	3208
	B. <i>Criterios de racionalidad financiera</i>	3214
	C. <i>Los criterios de racionalidad administrativa</i>	3219
	(a) <i>Las funciones administrativas</i>	3221
	(b) <i>La función legislativa</i>	3224
	(c) <i>La función jurisdiccional</i>	3226
V.	CONCLUSIONES	3227

§ 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO “IMPUESTO” AL DÉBITO BANCARIO

JOSÉ MUCI-ABRAHAM

I.	RESEÑA DE ANTECEDENTES.....	3231
II.	¿EN QUÉ CONSISTE EL IMPUESTO AL DÉBITO?.....	3231
III.	LA PROPIEDAD Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.961	3233
IV.	LA PROPIEDAD, LA EXPROPIACIÓN Y LA CONFISCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.999.....	3233
V.	CONSECUENCIAS ADVERSAS DEL IMPUESTO AL DÉBITO	3234
VI.	OTRAS TRANSGRESIONES CONSTITUCIONALES	3235
VII.	¿POR QUÉ Y PARA QUÉ SE ESTABLECIÓ EL IMPUESTO?.....	3237
VIII.	CONTENCIOSO SOBRE EL DÉBITO	3238

**§ 140. LA NOCIÓN DE DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN
COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE
CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL**

HUMBERTO ROMERO-MUCI

I.	INTRODUCCIÓN	3239
II.	NATURALEZA JURÍDICA DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL	3242
	1. <i>Justificación fiscal del tributo</i>	3242
	2. <i>Fundamentos de la opinión de la Administración Tributaria que consi- dera el Impuesto al Activo Empresarial como un tributo al patrimonio</i>	3245
III.	LA DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN COMO REEXPRESIÓN DEL PATRIMONIO NETO INICIAL	3247
IV.	CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA OPINIÓN ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL	3256
	1. <i>Contradicción con los fines del sistema de corrección monetaria a la renta</i>	3256
	2. <i>Interferencia en la asignación de recursos</i>	3261
V.	IRRACIONALIDAD DE LAS FÓRMULAS PRESUNTIVAS ABSOLUTAS PARA EL CÁLCULO DE LA RENTA	3266
VI.	CONCLUSIONES FINALES.....	3268
	BIBLIOGRAFÍA.....	3269

§ 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?

MANUEL RACHADELL

I.	EL ARREGLO INSTITUCIONAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS	3271
	1. <i>Los Antecedentes</i>	3271
	2. <i>El debate en la Asamblea Nacional Constituyente</i>	3274
	A. <i>El debate sobre las disposiciones constitucionales</i>	3274
	B. <i>El debate sobre la Ley Especial</i>	3276
	3. <i>El diseño constitucional y su desarrollo legislativo</i>	3277
	A. <i>El Distrito Capital</i>	3277
	B. <i>El Distrito Metropolitano de Caracas</i>	3278
	(a) <i>La naturaleza jurídica</i>	3279
	(b) <i>El ámbito territorial</i>	3281
	(c) <i>El régimen organizativo</i>	3282
	4. <i>El debate en la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	3285
	A. <i>La competencia de la Sala</i>	3286
	B. <i>Sobre la naturaleza del Distrito Metropolitano de Caracas</i>	3287
	C. <i>Sobre el Distrito Capital</i>	3287
	D. <i>Sobre el carácter asimétrico del Distrito Metropolitano de Caracas</i>	3288
	E. <i>El régimen de las competencias</i>	3288
	F. <i>El régimen de las transferencias de competencias</i>	3290

II.	EL RÉGIMEN HACENDÍSTICO DEL DISTRITO CAPITAL Y DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS	3291
1.	<i>El inicio de la controversia</i>	3291
2.	<i>El régimen tributario</i>	3292
A.	<i>Aspectos generales</i>	3292
B.	<i>El Criterio de la Sala Constitucional</i>	3294
(a)	<i>La recaudación por venta de especies fiscales</i>	3294
(b)	<i>El caso de los minerales no metálicos</i>	3295
(c)	<i>La participación en el peaje</i>	3296
C.	<i>El Criterio de los Proyectistas de la Asamblea Nacional</i>	3296
3.	<i>Transferencias de recursos y régimen presupuestario</i>	3292
A.	<i>El Situado</i>	3300
B.	<i>El FIDES</i>	3300
C.	<i>La LAEE</i>	3301
D.	<i>El Fondo de Compensación Interterritorial</i>	3302
E.	<i>El Régimen Presupuestario</i>	3303
III.	CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE NUEVO RÉGIMEN PARA EL DISTRITO CAPITAL	3304
1.	<i>Consideraciones previas</i>	3304
A.	<i>Ley del Distrito Capital como ley de división políticoterritorial</i>	3304
B.	<i>La cuestión de las autoridades del Distrito Capital</i>	3305
2.	<i>El proyecto de ley orgánica sobre el régimen del Distrito Capital</i>	3306
A.	<i>Contenido del Proyecto</i>	3306
(a)	<i>La fundamentación</i>	3306
(b)	<i>La figura del Municipio único en el ámbito del Distrito Capital</i>	3307
(c)	<i>La organización del Distrito Capital</i>	3307
(d)	<i>La hacienda pública distrital</i>	3307
(e)	<i>Otras disposiciones del Proyecto</i>	3308
3.	<i>Nuestra opinión sobre la reforma proyectada</i>	3309
A.	<i>La simplificación del esquema conceptual</i>	3309
B.	<i>El costo de la reforma</i>	3309
C.	<i>Otra opción</i>	3310
IV.	REFLEXIONES FINALES	3311

SEXTA PARTE

VARIA

§ 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL

JOSÉ DEL REY FAJARDO

I.	LA GEOPOLÍTICA JESUÍTICA EN LA SUDAMÉRICA COLONIAL.....	3315
II.	EL PAISAJE NATURAL Y HUMANO DE LA ORINOQUIA	3322

III. EL POBLAMIENTO, LA REDUCCIÓN Y LA CULTURA REDUCCIONAL.....	3326
BIBLIOGRAFIA.....	3335

§ 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA

JACQUELINE LEJARZA A.

I. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA PRE-REPUBLICANO	3339
1. <i>Sistema precolombino</i>	3339
2. <i>Sistema Colonial</i>	3342
A. <i>Repercusión de las ideas políticas y jurídicas hispano-indias en el movimiento revolucionario venezolano</i>	3342
B. <i>La colonización en Venezuela</i>	3343
(a) <i>Instituciones sociales en la colonia</i>	3344
(b) <i>Instituciones políticas en la colonia</i>	3345
II. MOVIMIENTOS EMANCIPADORES PREVIOS A LA REVOLUCIÓN VENEZOLANA DE 1810.....	3349
III. INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS FUNDADORES.....	3352
1. <i>Aportes de la Revolución Amerciana (1976)</i>	3352
2. <i>Aportes de la Revolución Francesa</i>	3353
3. <i>Pensamiento de los Precursores</i>	3354
A. <i>Pensamiento político republicano de Miranda</i>	3354
B. <i>Pensamiento ordenador de Bolívar</i>	3355
IV. MOVIMIENTO REVOLUCIONARIO Y CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA.....	3357

§ 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO

CARLOS A. CASANOVA

§ 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

SONIA PICADO

I. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ÉTICA.....	3377
II. LA CORRUPCIÓN COMO ANTI-ÉTICA	3379
III. RETOS Y POSIBLES SOLUCIONES	3381
IV. INSTANCIAS INTERNACIONALES	3382
CURRICULUM VITAE	
ALLAN R. BREWER-CARÍAS.	3383