

RETOS DEL DERECHO PÚBLICO EN LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI
LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

RETOS DEL DERECHO PÚBLICO EN LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO



Coordinadores

José Araujo-Juárez
Víctor Rafael Hernández-Mendible

RETOS DEL DERECHO PÚBLICO EN LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI
LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

**RETOS DEL DERECHO PÚBLICO
EN LA TERCERA DÉCADA
DEL SIGLO XXI**

**LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO**

Coordinadores

José ARAUJO-JUÁREZ

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Editorial Jurídica Venezolana Internacional
2021

© José ARAUJO-JUÁREZ
Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE
ISBN: 978-1-63821-561-5
Editorial Jurídica Venezolana
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 – Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono 762.25.53, 762.38.42. Fax. 763.5239
Email feju@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>
Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com
Diagramación, composición y montaje
por: Mirna Pinto en letra
Times New Roman 11.5, Mancha 19 x 13



PLAN DE LA OBRA

Currículum Vitae de José Luis VILLEGAS MORENO

Presentación

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Semblanza

José ARAUJO-JUÁREZ

I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUNDAMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO

1. **SOBRE LA ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL MUNDO JURÍ-
DICO Y LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**
Jorge H. SARMIENTO GARCÍA
2. **EL PERMANENTE RETO DE MEJORAR LA DEMOCRACIA**
Jesús Luis CASTILLO VEGAS
3. **LA SEPARACIÓN DE PODERES, SU EQUILIBRIO DINÁMICO Y
LA SUPERACIÓN DE LAS CRISIS DENTRO DEL MODELO: AL-
GUNAS REFLEXIONES**
Jesús Gerardo DÍAZ
4. **BREVES NOTAS SOBRE LA REMOCIÓN DE MAGISTRADOS**
Edison Lucio VARELA CÁCERES

II. DERECHO ADMINISTRATIVO Y GLOBALIZACIÓN

5. **IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN LAS FUENTES DEL DE-
RECHO ADMINISTRATIVO**
Carlos E. DELPIAZZO
6. **LA INFLUENCIA DEL DERECHO TRANSNACIONAL O GLOBAL
EN TRES GRANDES TEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**
Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

III. DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONVENCIONALIDAD

7. EL ESTADO CONVENCIONAL: UN NUEVO ESTADO DE DERECHO
Armando Luis BLANCO GUZMÁN
8. DERECHO ADMINISTRATIVO “CONSUECUDINARIO” Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
María Lidia ÁLVAREZ CHAMOSA

IV. DERECHO MUNICIPAL

9. ALGO SOBRE LOS ORÍGENES DEL MUNICIPIO EN LA AMÉRICA HISPANA, CON PARTICULAR REFERENCIA A VENEZUELA (1811)
Allan R. BREWER-CARÍAS
10. EL CONCEPTO DE MUNICIPIO EN EL DR. JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Fortunato GONZÁLEZ CRUZ
11. EL FRUSTRADO PROYECTO DE LEY DE MANCOMUNIDADES. 1912
Enrique ORDUÑA REBOLLO
12. EL MUNICIPIO EN LA HISTORIA Y REALIDAD ACTUAL
José Guillermo VALLARTA PLATA

V. DERECHOS FUNDAMENTALES

13. SOBRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD COMO PRESUPUESTOS ONTOLÓGICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DEL COVID-19
Hermann PETZOLD-PERNÍA
14. LA PROPIEDAD EN LA OBRA DE JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN y Carlos PÉREZ FERNÁNDEZ
15. NACIONALIDAD VS. APATRIDIA. CASO DE HIJOS DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS NACIDOS EN TERRITORIO COLOMBIANO
María Inés Milagros HIGUERAY CORTÉS
16. TUTELA DEL DERECHO HUMANO AL PAISAJE
Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO

VI. DERECHO AMBIENTAL

17. LA RUTA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LA OPORTUNIDAD DE SU REFORZAMIENTO MEDIANTE UN NUEVO INSTRUMENTO CODIFICADOR
María Elisa FEBRES HERNÁNDEZ
18. MOVILIDAD, ELECTRICIDAD Y MEDIO AMBIENTE
Carlos Martín GALVIS HERNÁNDEZ
19. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN VENEZUELA
Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ
20. UN FALLO CONTRADICTORIO, UN CAMINO DE CAMBIO
Viviana SAGRERA

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

21. LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA. CONCEPTO, INTERPRETACIÓN Y CONTENIDO
José ARAUJO-JUÁREZ
22. EL DERECHO A RELACIONARSE ELECTRÓNICAMENTE CON LA ADMINISTRACIÓN. UN DERECHO EN CRISIS
Juan Carlos MORÓN URBINA
23. EL CONFLICTO ENTRE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y EL GOBIERNO ELECTRÓNICO. (CASO CHILE Y SU DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN)
Julio AZARA HERNÁNDEZ

VIII. DERECHO ADMINISTRATIVO Y TRANSPARENCIA

24. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE BUEN GOBIERNO
Antonio DESCALZO GONZÁLEZ
25. LA TRANSPARENCIA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS EN ESPAÑA Y SUS LÍMITES
Alejandro CANÓNICO SARABIA

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULACIÓN

26. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN ECONÓMICA
José Amando MEJÍA BETANCOURT
27. LA CONECTIVIDAD DIGITAL. EL RETO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN ESPAÑA
Zulay MACHTA CHENDI

X. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

28. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS A LOS COLABORADORES OCASIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN
Ramiro SAAVEDRA BECERRA
29. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA, EN ORDEN A LA PANDEMIA DEL COVID-19
Carlos URDANETA SANDOVAL

XI. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

30. ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO
V́ctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE
31. REFLEXIONES EN TORNO AL PAPEL, EN EL DERECHO ESPAÑOL, DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL CONTROL DEL PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO
Luciano PAREJO ALFONSO
32. EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE: ¿UN VÉRTICE AMBIGUO?
Luis A. ORTIZ ZAMORA

XII. MISCELÁNEAS

33. LA COMUNICACIÓN EN LA CONSOLIDACIÓN DEL GOBIERNO ABIERTO. A PROPÓSITO DE LA CARTA IBEROAMERICANA
Sandra ORJUELA CÓRDOBA

34. SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA. UNA VISIÓN DESDE LA ECONOMÍA
Antonio Javier RAMOS LLANOS
35. ¿QUÉ ES EL SER TACHIRENSE?
Samir A. SÁNCHEZ

CURRÍCULUM VITAE DE JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

I. ESTUDIOS REALIZADOS

Doctor en Derecho. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. 1996-2000.

Especialización en Globalización, liberalización económica e intervención administrativa. Universidad Carlos III de Madrid, España. 2004.

Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 1995-1996.

Abogado. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 1981-1986.

Homologado Grado en Ciencias Jurídicas. Ministerio de Universidades-España. 2019.

II. EXPERIENCIA PROFESIONAL

2.1. Cargos

Director (e.f) Master Universitario en Asuntos Internacionales. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE. Desde 2019.

Investigador Cátedra América Latina. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. 2017-actual.

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. 2018- actual/1988-2017.

Profesor Titular (homólogo a catedrático) de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 1992-2017.

Director Revista Tachirensis de Derecho. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 1992-actual.

Coordinador Académico de la Cátedra fundacional sobre medio ambiente y municipio. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 2002-2017.

Coordinador Académico de las Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 2004-2017.

Miembro del Consejo Universitario. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 2010-2017.

Decano de la Facultad de Derecho. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 1995-1998.

Director Escuela de Derecho. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 1989-1992.

Coordinador Académico del Postgrado de Especialización en derecho administrativo. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 1997-2010.

2.2. *Experiencia docente*

Grado en Derecho. Derecho Administrativo Económico-Medios y formas de acción administrativa. Facultad de Derecho-ICADE-Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. 2018-actual.

Pregrado Derecho. Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Procesal Administrativo. Universidad Católica del Táchira, Venezuela 1998-2017.

Pregrado Derecho. Derecho Ambiental. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 2003-2017.

Postgrado Derecho Administrativo. Derecho procesal administrativo y Derecho Municipal. Universidad Católica Andrés Bello. 2003-2011.

Postgrado Derecho Administrativo. Derecho procesal administrativo. Universidad Católica del Táchira. 2000-2011.

Postgrado Derecho Administrativo. Derecho procesal administrativo y Derecho Municipal. Cieprol-Universidad de Los Andes Mérida, Venezuela. 2006-2015.

Postgrado Derecho Administrativo. Derecho procesal administrativo y Derecho Municipal. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. 2001-2007.

Postgrado-Maestría Derecho Administrativo. Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, Colombia. 2015-2016.

Master sobre Administración de Empresas Tecnológicas. Introducción al Derecho Informático. Universidad Complutense de Madrid. 2002.

2.3. *Pertenencia a grupos o redes de investigación*

Grupo de Investigación sobre Derecho Ambiental, Salud Pública y Desarrollo Sostenible. Dir. Carlos de Miguel. Línea de Investigación: Cambio climático y salud de las personas. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE-Facultad de Derecho. 2017-vigente.

Red Iberoamericana de Derecho de la Energía. Dir. Víctor Hernández-Mendible. Línea de Investigación: Derecho Ambiental. Centro de Estudios de la Regulación Económica, Universidad Monteávila, Caracas, Venezuela. 2018-2021.

Centro de Estudios de la Regulación Económica. Dir. Víctor Hernández-Mendible. Línea de Investigación: Evaluación de políticas ambientales. Universidad Monteávila, Caracas, Venezuela. 2014-vigente.

Centro Iberoamericano de Estudios provinciales y Locales. Dir. Fortunato González. Línea de Investigación: Federalismo, descentralización y municipio, y Municipio y Ambiente. Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela. 1998-vigente.

Instituto Iberoamericano de Derecho Local y Municipal. Dir. José Guillermo Vallarta Plata. Línea de Investigación: Desarrollo Sostenible y Municipio. Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Guadalajara, México. 2011-vigente.

Unión Iberoamericana de Municipalistas. Federico Castillo Blanco. Línea de Investigación: Cooperación e intercambio entre municipios, y estudiosos e investigadores de la autonomía y el desarrollo local. UIM-CEMCI, Escuela Iberoamericana de Altos Estudios en Gobierno Local, Granada, España. 2009-vigente.

Cátedra Fundacional sobre Medioambiente y Municipio. Dir. José Luis Villegas Moreno. Línea de Investigación: Protección ambiental y gestión de las entidades locales. Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela. 2002-2017.

Revista Tachirense de Derecho. Dir. José Luis Villegas Moreno. Línea de Investigación: Derecho Administrativo y Estado de Derecho. Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela. 1992-2017.

III. PRODUCCIÓN INTELECTUAL

3.1. Producción Académica

Libro: Manual de Derecho Administrativo Ambiental, UCAT, 2014, ISBN 978-980-6500-06-8, 324 pp.

Libro: Derecho Administrativo Ambiental, UCAT, 2012, ISBN 978-980-6500-06-08, 331 pp.

Libro: Doscientos años de municipalismo, Funeda, Caracas, 2010, ISBN 978-980-6913-54-7. 246 pp.

Libro: Derecho Administrativo Ambiental, Sin Límite, San Cristóbal, 2009, ISBN 978-980-7300-01-8.

Libro: Derecho Administrativo Municipal, Sin límite, San Cristóbal, 2007, ISBN 980-6992-253-3, 260 pp.

Libro: La Protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos, Editorial jurídica venezolana, Caracas, 1999, ISBN 978-980-365-032-2, 114 pp.

Libro: Regulación jurídica de los espectáculos Taurinos (junto con Gerardo Patiño), Diculta, 1998, Gobernación del Estado Táchira, San Cristóbal, ISBN 980-330-029-6.

Libro: América y el V Centenario. Casa Editora: Tipografía Cortés, San Cristóbal, 1992, 106 pp. ISBN 980-6263-61-8.

3.2. *Capítulos de libros y artículos*

Capítulo de libro: Medioambiente y Energías Renovables. Una mirada al contexto Iberoamericano, (Coords. Víctor Rafael Hernández-Mendible y Pedro Curvello Saavedra Avzaradel), En la obra colectiva “Retos del sector energético para el desarrollo sostenible en Iberoamérica”, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

Capítulo de libro: El Principio de Proporcionalidad y el de Precaución en la gestión de la Covid-19. En la obra colectiva “Visión crítica desde el Derecho Administrativo de la gestión de la Covid-19”. Editorial Lefevre, Madrid 2021.

Capítulo de Libro: El control del Poder Público por la justicia administrativa. Perspectiva en la Constitución venezolana de 1999, En Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales (Araujo, J. y Brewer-Carías, A. coordinadores) EJVI, 2020. Línea de Investigación: Pacto mundial sobre medio ambiente.

Capítulo de libro: El principio de diversidad de situaciones nacionales, en el libro Principios del Derecho ambiental y ODS, Tirant lo Blanch, 2019. Línea de Investigación: Pacto mundial sobre medio ambiente.

Informe: Protección internacional de nacionales venezolanos en España: La justicia administrativa en desafío a la parálisis de la Administración migratoria. Decisión de vanguardia. Obimid-Instituto internacional de migraciones comillas Vol. único, n°. único, págs. 1-37, Madrid, 2019. ISBN/ISSN/Depósito Legal/Página Web: www.comillas.edu/es/obimid.

Artículo: Las ciudades iberoamericanas: perfiles de resiliencia y sostenibilidad: una mirada en perspectiva. Revista Provincia, N° 39, 2018-19, Cieprol-ULA, Mérida, Venezuela

Artículo: Transición energética en América Latina, ¿una opción postergada? RADHEM, Buenos Aires, 2019. Línea de Investigación: Cambio climático.

Capítulo de libro: Las ciudades y asentamientos urbanos ante los grandes desafíos del desarrollo sostenible: Una mirada latinoamericana. Libro homenaje al Profesor Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2018. Línea de Investigación: Municipio y Desarrollo Sostenible.

Capítulo de Libro: Cambio climático en América Latina: Adaptación a los impactos sobre la salud por fenómenos climáticos extremos. En: Cambio climático y salud: Adaptación a las olas de calor (Coordinadores Federico de Montalvo y Carlos De Miguel), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2018, pp. 213-255, ISBN 978-84-9197-153-5. Línea de Investigación: Medidas de la Unión Europea sobre la adaptación al cambio climático en el ámbito de la salud.

Artículo: La tauromaquia como valor cultural y medioambiental. Una aproximación comparada, Revista Aragonesa de Administración Pública N° 49-50, pp. 231-256, Zaragoza 2017. Línea de Investigación: Derecho Ambiental.

Capítulo de Libro: Espacios urbanos sostenibles. Una reflexión, en Estudios Municipales Libro homenaje al Dr. Fortunato González Cruz, Jaime Grimaldo Lorente y Luis A. Vilorio Coordinadores, Primera Edición digital, ULA-Venezuela, Mérida 2017, pp. 337-358, ISBN 978-980-11-1865-7. Línea de Investigación: Municipio y Desarrollo Sostenible.

Capítulo de Libro: La regulación ambiental en el sector energético: una visión desde el contexto venezolano, en Derecho de la Energía en América Latina, Luis Moreno y Víctor R. Hernández-Mendible Editores, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 585-623 ISBN:9789587727203. Línea de Investigación: Derecho Ambiental.

Capítulo de Libro: Atentado a la Autonomía Municipal en Venezuela: agonia del Federalismo, la descentralización y el municipio En Paradigmas del Derecho Constitucional en el Siglo XXI-Libro homenaje Centenario de la Constitución Mexicana de 1917, Coordinador José Guillermo Vallarta Plata, Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios-Instituto Iberoamericano de Derecho Local y Municipal, 2016, México, pp. 423-461. ISBN 978-607-9418-12-0. Línea de Investigación: Centralización del poder y debilidad institucional del municipio.

Artículo: Configuración de las políticas ambientales en Venezuela, junto a Víctor Hernández-Mendible en Observatorio de Políticas Ambientales 2015, Editorial Thomson-Reuters-Aranzadi, Coordinador Fernando López Ramón, España 2015, ISBN 978-84-9098525-0, pp. 245-272. Línea de Investigación: Políticas Ambientales.

Artículo: Desarrollo sustentable, pueblos y territorios indígenas: una sinfonía inacabada en Venezuela, en “Regulación Minero petrolera colombiana y comparada”, Luis Ferney Moreno compilador, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 99-144, ISBN 978-958-710-851-4. Línea de Investigación: Municipio. ambiente y pobreza.

Artículo: Planificación y gestión ambiental en el ámbito local, Erga Omnes, Revista Jurídica de la Sindicatura Municipal de Chacao, N° 8, 2012, pp. 185-206, Depósito legal 200702DC2513. Línea de Investigación: Espacios urbanos sostenibles.

Capítulo de libro: Doscientos años de municipalismo: la influencia del modelo municipal de la constitución de Cádiz de 1812. Su evolución en el municipio venezolano. En 1812-2012: Constitución de Cádiz, Coordinador José Guillermo Vallarta Plata, Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, 2012, pp. 169-187. Línea de Investigación: Constitución de Cádiz 1812-2012.

Artículo: El interés procesal en la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa, En Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso Administrativa, Volumen I, FUNEDA, Caracas 2011, pp. 225-239, ISBN 978-980-6913-73-8. Línea de Investigación: Derecho Administrativo Jurisdiccional.

Artículo: La actividad e inactividad de la administración en materia ambiental, En: La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa, Víctor Hernández-Mendible Director, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 563-571, ISBN 978-980-365-166-4. Línea de Investigación: Derecho Administrativo y Ambiente.

Artículo: ¿Es viable la instauración del Estado Comunal?, en Revista SIC-Centro Gumilla, N°750, 2012, pp. 436-440, ISBN 0254-1645. Línea de Investigación: Centralización del poder y debilidad institucional del municipio.

Artículo: Jaque al municipio constitucional, En: Anuario de Derecho Público del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila, N° 4-5, Caracas 2011, pp. 55-70. Línea de Investigación: Centralización del poder y debilidad institucional del municipio.

Artículo: Irrupción de la comuna en el escenario local, en Revista SIC-Centro Gumilla, N° 735, 2011, pp. 211-222, ISSN 0254-1645. Línea de Investigación: Centralización del poder y debilidad institucional del municipio.

Artículo: Debilitamiento institucional del municipio en Venezuela, 100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela, UCV, UMA, FUNEDA, Carcas 2011, Tomo II, ISBN978-980-6913-81-3, pp. 785-809. Línea de Investigación: Descentralización y municipio.

Artículo: Hacia la configuración del Estado ambiental de Derecho: En: *Revista de Derecho Público, Derecho Ambiental*, 2010-1, Rubinzal-Culzoni, Argentina, pp. 413-448, año 2010, ISBN 978-987-30-0112-2. Línea de Investigación: Estado Ambiental de Derecho.

Artículo: La recepción del principio de subsidiariedad en el ordenamiento local venezolano, en Revista Provincia, CIEPROL-ULA, N° 21, Mérida 2009, pp. 79-111. Línea de Investigación: Competencias locales.

Capítulo de libro: Aproximación a la configuración del municipio en Venezuela en el nuevo ordenamiento constitucional y legal, en Régimen Jurídico Municipal en Iberoamérica, David Cienfuegos Coordinador, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 649-750, ISBN978-970-32-5358-6. Línea de Investigación: El municipio en la Constitución de 1999.

Artículo: La protección del medio ambiente como desafío del derecho administrativo en Venezuela, en Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo Tomo I, Ediciones paredes, Víctor Hernández-Mendible, Coordinador, Caracas 2009, ISBN 978-980-7111-35-5 pp. 739-798. Línea de Investigación: Estado Ambiental de Derecho.

Artículo: Competencias locales, aproximación crítica en el ordenamiento venezolano, en Derecho Municipal Comparado, Víctor Hernández-Mendible Coordinador, Ediciones Liber, Caracas 2009, pp. 395-419, ISBN 978-980-6571-40-2. Línea de Investigación: Competencias locales.

Artículo: Aproximación crítica a la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela, en Derecho Administrativo Iberoamericano, Víctor Hernández-Mendible Coordinador, Ediciones Paredes, Caracas 2007, Tomo III, ISBN 978-980-6760-24-0, pp. 2517-2545. Línea de Investigación: Universidad y Derecho.

Artículo: Configuración constitucional del contencioso administrativo y su desarrollo legal y jurisprudencial, en Tendencias Actuales del Derecho constitucional, UCV-UCAB, Caracas 2007, Tomo II, ISBN 980-244-500-2, pp. 113-127. Línea de Investigación: Derecho administrativo constitucional.

Artículo: Configuración del Poder Público Municipal en la nueva legislación venezolana. Revista Internacional de Administración Pública, Volumen I, pp. 160-206, 2006. Línea de Investigación: Federalismo.

Capítulo de libro: El Régimen del medio ambiente, medio ambiente y telecomunicaciones, en el Libro Derecho de las Redes y Servicios de Telecomunicaciones, coordinador José Araujo Juárez, Editorial Paredes, Caracas, 2005, ISBN480-6760-10-7, pp. 826-874. Línea de Investigación: Regulación y Medio Ambiente.

Artículo: El acceso a la justicia administrativa en la provincia venezolana, en El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Casa Editora: Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005. Línea de Investigación: Acceso a la justicia.

Artículo: La participación de los ciudadanos en la vida local. Su configuración en el nuevo ordenamiento municipal venezolano. Revista española de Estudios de la Administración Local y Autonómica, N° 298-299, pp. 55-89, 2005, ISSN 1578-4568. Línea de Investigación: Participación Ciudadana.

Artículo: La sostenibilidad, en el contexto de la dominante globalización, como referente en el nuevo modelo de ciudad. Revista Provincia, Volumen: N° 12, Cieprol-Ula, pp. 131-156, 2004. Línea de Investigación: Ciudades sostenibles.

Artículo: El derecho al ambiente como derecho social colectivo y su protección a través del amparo constitucional en Venezuela. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 18, pp. 147–178, 2004. Línea de Investigación: Tutela derechos colectivos.

Artículo: Desarrollo sostenible, capital social y municipio. Aproximación a la configuración del municipio como agente de desarrollo. *Revista Provincia*, N° 9, pp. 55-68, 2004. Línea de Investigación: Municipio y desarrollo local.

Artículo: Configuración de la Autonomía Local en la Constitución de 1999, en el Derecho Público a comienzo del siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías. Casa Editora: Editorial Thomson-Cívitas, Madrid, Año: 2003. Línea de Investigación: Autogobierno local.

Artículo: El consorcio administrativo en el ámbito local venezolano: Aproximación a una descentralización cooperativa en el área de los servicios públicos domiciliarios. *Temas de Derecho Administrativo en Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Colección Libros Homenaje N° 7, Tribunal Supremo de Justicia, Casa Editora: Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002. Línea de Investigación: Servicios públicos locales.

Artículo: Configuración de las Haciendas Locales en la Constitución de 1999. *UCAT, Revista Tributum Volumen: N° 10*, pp. 9-26, 2002. Línea de Investigación: Tributación local.

Artículo: Administración Local, autonomía y participación en Venezuela: una reflexión desde la Constitución de 1999. *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, INAP Madrid, N° 8, pp. 101-130, ISSN 1139-3750, 2002. Línea de Investigación: Autogobierno local.

Artículo: El Derecho de propiedad en la Constitución de 1999. Libro homenaje al Postgrado en Derecho Administrativo de la UCV, Editora: Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001. Línea de Investigación: Estado de Derecho.

Artículo: Los intereses difusos y colectivos en la Constitución de 1999. *Revista de Derecho Constitucional*. Número 2, pp. 253-269, 2000.

Capítulo de Libro: Los servicios públicos municipales. En la obra colectiva “Los servicios públicos. Balance y perspectivas”, José Araujo Coordinador, Vardell Hermanos Editores, Caracas, 1999, pp. 273-302, ISBN 980-212-272-6.

IV. PONENCIAS

Título: De Aarhus a Escazú: hacia la democracia ambiental en América Latina. *Jornadas sobre medioambiente*. CENLAE-On line. 2020.

Título: Crisis institucional y Derechos Humanos en Venezuela. Seminario sobre Democracia y procesos electores en América latina, Eureka-Icam, Madrid, 26-10-18.

Título: El derecho al ambiente en el sistema interamericano. Doctrina reciente de la CORTIDH. Seminario de Derecho Administrativo “Eduardo García de Enterría”. Universidad Complutense de Madrid. 04-06-18.

Título: Los gobiernos locales intermedios y la lucha contra la despoblación. Una mirada al caso de Cuenca. V Congreso Extraordinario OICI, Badajoz, 19-20 octubre, 2017.

Título: El principio non bis in ídem en el derecho ambiental venezolano. III Congreso Venezolano de Derecho Administrativo. El debido proceso judicial y administrativo, 22 y 23 de octubre de 2015, Universidad Monteávila, Caracas.

Título: Desarrollo sustentable y municipio: efecto perverso de la centralización del poder sobre el desarrollo local. XXX Congreso Iberoamericano de Municipios, OICI, Guadalajara, México. 5-7 Noviembre 2014. Digitalizado, 2015, Madrid, XXX CONGRESO IBEROAMERICANO DE MUNICIPIOS: El buen gobierno local, 2015, pp. 294-315.

Título: La irrupción de la Comuna en el escenario del Poder Público Municipal. XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional: Desafíos de la República en la Venezuela de hoy, UCAB, Caracas, 2013. ISBN 978-980-244-712-1, pp. 249-267.

Título: Centralización del poder y debilitamiento institucional del municipio en Venezuela. XXIX Congreso Iberoamericano de Municipios, OICI, Cádiz 28-31, mayo 2012, ISBN 978-84-96864-82-5, pp. 335-354.

Título: Protección constitucional de los derechos ambientales. II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, Caracas, 2012. ISBN 978-980-410-010-9, pp. 455-466.

Título: Responsabilidad ambiental del Estado venezolano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Isla Margarita, Venezuela. ISBN 978-980-365-170-1, 2012, pp. 433-461.

Título: Configuración de la Administración municipal venezolana. II Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Isla Margarita, Venezuela. 2010.

Título: El Estado Ambiental de Derecho. XII Congreso Venezolano de Derecho Ambiental, efectuado en La Universidad del Zulia Maracaibo, octubre 2010.

Título: La defensa Jurisdiccional de la Autonomía Local. XXVIII Congreso iberoamericano de Municipios celebrado en Lima, Perú, 2010, patrocinado por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal. Federación Española de Municipios y Provincias, Madrid, Depósito legal: M-24849-2011, pp. 351-370.

Título: El derecho al agua como servicio público domiciliario. XXVII Congreso Iberoamericano de Municipios celebrado en Cancún de los días 25 al

27 de junio de 2008, patrocinado por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal. Federación Española de Municipios y Provincias, Madrid, 2009, ISBN 978-84-92494-01-9, 2009, pp. 137-152.

Título: El derecho ambiental como desafío del derecho administrativo en Venezuela. XI Congreso Venezolano de Derecho Ambiental, efectuado en el Cieprol de la Universidad de los Andes, Mérida, durante los días 22 al 24 de octubre de 2008.

Título: Jurisdicción constitucional y Jurisdicción administrativa. V Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Táchira, en San Cristóbal, durante los días 04 al 05 de abril de 2008.

Título: Derecho Administrativo Jurisdiccional y jurisdicción constitucional. VIII Congreso venezolano de Derecho procesal. Constitucionalismo y proceso hoy. Editorial Jurídicas Rincón, Barquisimeto 2008. ISBN 978-980-7040-10-5.

Título: Doctrina de la Sala Constitucional en el caso de la sentencia de la Selva de Imataca. Jornadas de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable, celebrado en la Universidad Metropolitana y organizado por Vitalis, Caracas, de los 5 al 6 de octubre de 2006.

Título: La nueva geometría del poder, un jaque a la institucionalidad municipal. XIII Jornadas de Federalismo, Descentralización y Municipio, realizadas en el Cieprol, en la Universidad de los Andes, Mérida de los días 01 al 02 de noviembre de 2007.

Título: Competencias jurisdiccional para el control de los actos de las autoridades administrativas del trabajo. IV Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Táchira, en San Cristóbal, de los días 02 al 03 de marzo de 2007.

Título: El agua como servicio público en Venezuela. III Jornadas de Derecho Ambiental y Desarrollo sustentable, celebrado en la Universidad Metropolitana y organizado por Vitalis, celebradas en Caracas de los días 8 al 9 de noviembre de 2007.

Título: El municipio en una encrucijada. XII Jornadas de Federalismo, Descentralización y Municipio, realizadas en el Cieprol, en la Universidad de los Andes, Mérida de los días 23 al 24 de noviembre de 2006.

Título: Los movimientos migratorios en los municipios transfronterizos: El caso de los desplazados en la frontera de Venezuela con Colombia. I Seminario iberoamericano sobre Políticas Municipales de Integración, organizado por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, el Ayuntamiento de Roquetas de mar y la Facultad de Humanidades de la Universidad de Almería, celebrado en Roquetas de Mar, Almería, España, de los días 21 al 23 de septiembre de 2005.

Título: El sistema de control social, político y administrativo de las administraciones territoriales. V Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público y XI Jornadas Internacionales sobre Federalismo, Descentralización y Municipio, celebradas en Mérida, Venezuela, los días 24 y 25 de noviembre de 2005, organizadas por la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y el Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales de la Universidad de los Andes.

Título: El Estado Ambiental de Derecho a la luz de la doctrina de la Sala Constitucional. Congreso Internacional “Cinco años de vigencia de la Constitución de Venezuela”, realizado en Caracas los días 8 al 10 de junio de 2005, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y el Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales de la Universidad de los Andes.

Título: La ciudad sostenible. Aproximación a su configuración en el contexto global. II Jornadas de Derecho Administrativo “Derecho Administrativo y Municipio” Organizada por la Universidad Católica del Táchira en San Cristóbal en los días 24 al 26 de febrero de 2005. Ucat, Depósito legal 768-200-534-0229-1, pp. 81-100.

Título: Derechos fundamentales y medioambiente. Conferencista en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, España, dentro del curso ordinario sobre Derechos Humanos, el 14 de octubre de 2004.

Título: La participación del ciudadano en las políticas municipales. Hacia localidad total: el caso venezolano XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios. Organizado por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal y el Ayuntamiento de Valladolid, celebrado en Valladolid, España en los días 13 al 15 de octubre de 2004. Federación Española de municipios y provincias, 2005.

Título: El estado ambiental de Derecho. Primeras Jornadas de Derecho Administrativo “El derecho Administrativo y la Protección del Medio Ambiente” organizada por la Universidad Católica del Táchira en San Cristóbal, en los días 27 y 28 de febrero de 2004.

Título: El derecho al ambiente como derecho social colectivo y su protección a través del amparo constitucional. IX Congreso Venezolano de Derecho Ambiental “Derechos Económicos y conservación Ambiental”. Organizado por VITALIS y la Universidad Metropolitana en Caracas en los días 26 y 27 de noviembre de 2003.

Título: El municipio como agente de desarrollo. IX Jornadas Internacionales sobre Federalismo, Descentralización y Municipio”. Organizadas por el Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL) en Mérida, en los días 21 y 22 de noviembre de 2003.

Título: Patrimonio y turismo ambiental en Venezuela. IV Congreso Extraordinario OICI “Patrimonio Cultural, turismo y desarrollo Urbano en las Ciudades Históricas Iberoamérica”. Cuenca, España, 18 de octubre de 2002.

Título: El procedimiento de catastro municipal. Seminario sobre Procedimientos Administrativos municipales. Organizada por Fundación Estudios de Derecho Administrativo en Caracas, el 20 de septiembre de 2002.

Título: Gestión de Residuos, Reto del nuevo Municipio. VIII Jornadas de Federalismo, Descentralización y Municipio, organizadas por el CIEPROL – ULA, en Mérida, durante los días 21 y 22 de noviembre de 2002.

Título: Amparo e intereses difusos. VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. Bases y principios del sistema constitucional venezolano. Asociación venezolana de derecho constitucional, UCAT, San Cristóbal, noviembre 2001. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Tomo I, 2001, pp. 481-524.

Título: Autogobierno local y democracia participativa en la constitución venezolana de 1999. XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, El municipio como parte del Estado, Guadalajara, México, octubre 2001. Federación Española de municipios y provincias, Madrid, ISBN 84-87432-93-X, 2002, pp. 117-140.

Título: El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo. IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Brewer-Carías. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, noviembre 1998.

Título: Identidad y ciudadanía. Aproximación a la exponencialidad de los intereses difusos y colectivos, en el marco de un estado de derecho. I Congreso sobre democracia, globalización y partidos políticos, UCAT, San Cristóbal, noviembre 1997.

Título: Amparo e intereses difusos. I Congreso Venezolano de derecho constitucional. ULA, Mérida, noviembre 1997.

Título: La legitimación en el proceso de amparo constitucional. III Jornadas colombo-venezolanas de derecho público. Fundación Estudios de Derecho Administrativo Valencia, mayo 1997.

Título: Amparo e intereses difusos. I jornadas andinas de actualización jurisprudencial. Colegio de Abogados del Estado Mérida, Mérida, marzo 1996.

Título: La Hacienda Pública Municipal. Jornadas sobre Derecho Municipal organizadas por la C.O.P.R.E. Táchira y la Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, diciembre de 1995.

Título: Los Actos Cuasi-Jurisdiccionales en materia Inquilinaria. Jornadas sobre Derecho Inquilinario organizadas por la “Asociación Civil José R. Duque Sánchez”. Barquisimeto, en los días 30 y 31 de julio de 1993.

Título: El Individuo ante el Derecho Internacional. Conferencista en el ciclo de Conferencias de la Escuela de Derecho de la UCAT, San Cristóbal del Táchira (1989-1990).

V. PREMIOS Y RECONOCIMIENTOS

Orden Arminio Borjas en su Primera Clase. Federación de Colegios de Abogados de Venezuela. 21-06-2013.

Reconocimiento al mérito en la investigación. Universidad Católica del Táchira, Venezuela. 18-03-2011.

Premio Ángel Ballesteros de Ensayos sobre la Administración y Gobierno Municipal. Unión Iberoamericana de Municipalistas. 10-05-2009.

Beca-Distinción-producción académica, Investigador premiado Nivel II.

Observatorio Nacional de Ciencia y Tecnología e Innovación, Venezuela. Desde 2000-2009 (retiro voluntario por objeción de conciencia).

Orden Honor a la Justicia en su única clase. Ministerio de Justicia de Venezuela. 29-01-1998.

VI. LENGUA EXTRANJERA

Francés, italiano, inglés: Solo lectura, manejo instrumental.

VII. ORGANIZACIONES A LAS QUE PERTENECE

Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Desde 2020.

Red Iberoamericana de Derecho de la Energía. Desde 2018.

IIDA-Instituto Internacional de Derecho administrativo. Desde 2017.

Instituto Iberoamericano de Derecho Local y Municipal. Desde 2012.

Asociación Española e Iberoamericana de profesores e investigadores de Derecho Administrativo. Desde 2005.

Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Desde 2002.

Unión iberoamericana de Municipalistas. Desde 2009.

Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Desde 2002.

Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Desde 2010.

Miembro Comité Científico OICI. Desde 2014.

Colegio de Abogados del Estado Táchira, Venezuela. Desde 1986.

PRESENTACIÓN

He tenido el honor de presentar varias obras colectivas, caracterizándose cada una por su especificidad que las hace únicas e irrepetibles y sin duda esta publicación dedicada a homenajear una vida de estudio, trabajo, investigación, conferencias y publicaciones en el plano académico nacional e internacional como la que ha llevado el profesor José Luis Villegas Moreno, no podía ser la excepción.

Este libro constituye el segundo que se organiza en el Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA), con la finalidad de rendir tributo a un muy destacado profesor de Derecho Administrativo y el primero para distinguir la trayectoria de un académico que desarrolló su actividad en una universidad de la provincia.

Ello lleva a recordar cómo se ha llegado a este momento, en que finalmente se puede dar por cumplido el compromiso, de reconocer la provechosa vida de nuestro homenajeado.

LA MOTIVACIÓN DEL HOMENAJE

El joven José Luis Villegas Moreno ingresó a estudiar la carrera de Derecho en octubre de 1981, en la Universidad Católica Andrés Bello, extensión Táchira y al año siguiente este núcleo adquirió autonomía al ser constituida por decreto la Universidad Católica del Táchira, lo que supuso que cuatro años después él obtuviese el título de Abogado, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Si él se hubiese quedado allí, no habría otra cosa que celebrar de su vida que no fuese su actividad profesional y la amistad de muchos años, pero afortunadamente ello no ocurrió así, pues aquel joven que ingresó a la universidad en el primer año de la década de los ochenta, -como suele suceder con las personas que tienen vocación de trascendencia, compromiso con la sociedad en la que viven y espíritu de servicio-, inmediatamente después de graduarse se incorporó como profesor de la Facultad -concomitantemente inició el ejercicio privado, compartiendo ambas actividades académica y profesional- y se quedó en ella hasta el momento de su jubilación en julio de 2017.

El profesor Villegas Moreno estaba orientado inicialmente a formarse con espíritu y compromiso ucabista, pero se terminó formando y contribuyendo a

formar con la palabra y el ejemplo a varias generaciones de ucatenses, constituyéndose en un auténtico maestro dentro y fuera del aula.

En efecto, esos 31 años no transcurrieron pasivamente esperando la jubilación, el abogado Villegas Moreno -allí donde comienza la patria (en Táchira), como siempre recuerda en sus alocuciones públicas- tuvo una intensa vida académica como profesor, director de escuela, decano de la Facultad y miembro del consejo universitario, coordinador académico de la especialización en Derecho Administrativo, director-fundador y editor de la *Revista Tachirense de Derecho*, autor fecundo de libros y artículos, conferencista y organizador de las jornadas anuales de Derecho Administrativo, a lo que se suma la proyección internacional que le dio a la universidad en congresos, jornadas, foros y publicaciones.

Hace unos años atrás señalé que el profesor José Luis Villegas Moreno es el más sobresaliente de los discípulos del maestro José Araujo-Juárez¹ y lo precedentemente señalado no sólo corrobora aquella afirmación, sino que evidencia como él ha cumplido con el consejo que se atribuye a Teresa de Jesús, de “*vivir la vida de tal suerte, que viva quede en la muerte*”.

Él en lugar de haber optado por la comodidad del alumno perezoso y ágrafo, ha demostrado su enorme gratitud hacia el maestro, desarrollando una brillante carrera docente hasta alcanzar la titularidad y además se constituyó en uno de los fundadores de la “Escuela de Occidente”.

Sin duda se trata de un magisterio universitario activo, que ha dejado huellas indelebles, pues no se limitó a adquirir información para beneficio personal y a reservarla para sus asuntos profesionales -que cabe destacar, siempre ha desempeñado con absoluta ética-, sino que se preocupó por compartirla, crear nuevos conocimientos, fomentar espacios de intercambio e incluso por promover a las nuevas generaciones de profesores, de lo que puedo dar fe como beneficiario directo que fui al proponerme para que dictase clases en la especialización de Derecho Administrativo, que asistiese como ponente a las jornadas anuales, publicase en la *Revista Tachirense de Derecho*, sugiriendo que participase en algún congreso internacional e incluso por el apoyo brindado durante el desarrollo de mi tesis de doctorado en Venezuela y luego durante la investigación de posdoctorado en Italia.

Ha sido esa actividad, a la que se suma su generosidad de la que nos hemos beneficiado muchos venezolanos y algunos amigos de Venezuela, una de las razones que nos motivaron a convocar a los buenos amigos para rendir tributo a estos primeros 35 años de actividad académica ininterrumpida, tal como ha sido

¹ Hernández-Mendible, Víctor R, Presentación, *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y CIDEP, Caracas, 2018, pp. 22-23.

destacado en la Semblanza elaborada por el co-coordinador, el profesor José Araujo-Juárez; y la otra motivación ha sido festejar el sexagésimo cumpleaños del profesor José Luis Villegas Moreno, a través de la organización de este monovolumen titulado, “*Retos del derecho público en la tercera década del siglo XXI. Libro homenaje al profesor José Luis Villegas Moreno*”.

EL SITIAL QUE LA HISTORIA DEL DERECHO LE HA RECONOCIDO AL HOMENAJEADO

La actividad universitaria desplegada por José Luis Villegas Moreno materializa el dicho que “*si quieres volar como las águilas, no nades con los patos*”, que lo ha llevado a situarse en círculos académicos muy selectos.

Uno de ellos lo constituye el conformado por la pléyade de profesores que habiendo nacido en España, desarrollaron actividad académica en las universidades venezolanas, de manera temporal o permanente y que fueron homenajeados previamente². Me refiero a los profesores Joaquín Sánchez Covisa, Luis Jiménez de Asúa, Antonio Moles Caubet, Luis María Olaso, Manuel García-Pelayo, Francisco Rubio Llorente, Ángel Cristóbal Montes, Sebastián R. Martín-Retortillo y Baquer, José Lois Estévez, Lino Rodríguez-Arias Bustamante y Ramón Martín Mateo.

Hubo otros que también nacieron de España: Los profesores Fernando Pérez-Llantada y Gutiérrez S.J., quien fue decano de la Facultad de Derecho, director general de los posgrados, profesor de derecho penal y de criminología; y Helio Castells, que fue profesor de Derecho Mercantil, ambos en la Universidad Católica Andrés Bello y actualmente han fallecido.

Además, María Candelaria Domínguez Guillén y José Luis Villegas Moreno, ambos recientemente jubilados y afortunadamente vivos, también nacieron en el otro lado del Atlántico. De ellos, la profesora Domínguez Guillén ha sido reconocida tanto con una publicación en su honor³, como con la constitución de la cátedra de Derecho Civil de la que es epónima y en la que se encuentra disponible y de libre acceso gran parte de su obra escrita⁴. En tanto el profesor Villegas Moreno no había sido reconocido debidamente en su afabilidad, bondad, generosidad, honestidad, compromiso y actividad académica. De allí

² Varela Cáceres, Edison Lucio (Dir.), *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Homenaje a juristas españoles en Venezuela*, N° 8, Ed. RVLJ, Caracas, 2017. [http://rvlj.com.ve/?page_id=728\(abre%20en%20una%20nueva%20pesta%C3%B1a](http://rvlj.com.ve/?page_id=728(abre%20en%20una%20nueva%20pesta%C3%B1a)

³ Varela Cáceres, Edison Lucio (Dir.), *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén*, N° 10, Ed. RVLJ, Caracas, 2018. [http://rvlj.com.ve/?page_id=932\(abre%20en%20una%20nueva%20pesta%C3%B1a](http://rvlj.com.ve/?page_id=932(abre%20en%20una%20nueva%20pesta%C3%B1a)

⁴ Cátedra de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Caracas, 2021, en la siguiente dirección electrónica: http://rvlj.com.ve/?page_id=1615

que los amigos, colegas y discípulos -en mi caso coincide esa triple condición- teníamos una deuda pendiente con él, que pretendemos saldar, aunque sea mínimamente si es que ello fuese posible, con esta publicación.

El segundo lo conforman los profesores venezolanos de Derecho Administrativo que por su destacada trayectoria han sido destinatarios de publicaciones en su honor, en cuya lista se leen los nombres de Antonio Moles Caubet, Eloy Lares Martínez, Gonzalo Pérez Luciani, Allan R. Brewer-Carías, Nectario Andrade Labarca, Tomás Polanco Alcántara, Luis Henrique Farías Mata, Josefina Calcaño de Temeltas, José Peña Solís, José Araujo-Juárez, Jesús Caballero Ortiz y ahora por méritos propios se suma José Luis Villegas Moreno, debiendo destacarse que es el único de los mencionados que siempre se desempeñó en y desde la provincia.

El tercer grupo más selecto aún, lo constituyen los profesores que habiéndose doctorado en las universidades venezolanas han alcanzado un posicionamiento académico nacional e internacional muy destacado, como cabe mencionar entre otros a los que están vivos y activos, Allan R. Brewer-Carías (UCV), Román José Duque Corredor (UCAB), Asdrúbal Aguiar Aranguren (UCAB), José Luis Villegas Moreno (LUZ), María Candelaria Domínguez Guillén (UCV), Claudia Madrid (UCV) y César Carballo Mena (UCAB).

Esto hay que resaltarlo de manera muy especial como un reconocimiento a la universidad venezolana, tanto a la de gestión pública como privada, en estos tiempos aciagos que atraviesa la academia universitaria, pues aunque existen muy calificados doctores en Derecho que han realizado sus estudios con los máximos honores en el exterior, sin embargo por distintas razones, no han alcanzado el reconocimiento nacional e internacional de los antes mencionados, todos doctorados en las universidades del país.

También hay que destacar que el profesor José Luis Villegas Moreno además es uno de los dos venezolanos -y de los pocos iberoamericanos-, que ha sido reconocido internacionalmente con el premio “Ángel Ballesteros”, de la Unión Iberoamericana de Municipalistas (UIM).

Finalmente, pero no por ello menos importante procede recordar que el profesor Villegas Moreno ha sido un ciudadano de y entre dos continentes, que ha participado activamente en su condición de miembro pleno en las organizaciones internacionales, como el comité científico del Observatorio Iberoamericano de Cooperación Intermunicipal, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, del Instituto Iberoamericano de Derecho Local y Municipal, del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía y de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

EL CONTENIDO DE LA OBRA

Es justamente esta trayectoria desarrollada durante 31 años desde la provincia, en la Universidad Católica del Táchira, situada en San Cristóbal, la que sirvió de portaviones al profesor Villegas Moreno para regresar a España y aterrizar en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, a partir de 2017, donde se desempeña como profesor actualmente.

Son estos 35 años de vida académica en Venezuela y España los que celebramos con igual número de colaboraciones, elaboradas por un total de 36 autores de ocho países (Argentina, Colombia, Costa Rica, España, Perú, México, Uruguay y Venezuela), en los que abordan algunos de los temas que ha investigado y desarrollado el profesor Villegas Moreno.

Estas colaboraciones han sido agrupadas en los doce ejes temáticos siguientes: Derecho Administrativo y fundamentos del Estado de Derecho, Derecho Administrativo y globalización, Derecho Administrativo y convencionalidad, Derecho Municipal, Derechos fundamentales, Derecho Ambiental, Derecho Administrativo y Administración Pública, Derecho Administrativo y transparencia, Derecho Administrativo y regulación, Responsabilidad del Estado, Proceso contencioso administrativo y Misceláneas.

Ojalá este homenaje sirva de acicate para qué en un futuro no muy lejano, la Universidad Católica del Táchira en reconocimiento a uno de sus más destacados egresados, magnífico jurista y profesor tan sobresaliente, designe una de las cátedras de Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Municipal, alguna jornada anual o un aula, con el nombre del profesor Villegas Moreno.

LOS AGRADECIMIENTOS

Antes de finalizar estas palabras, quiero manifestar el agradecimiento al profesor José R. Araujo-Juárez por haber aceptado co-coordinar esta obra. La planificación de la misma la iniciamos en 2018 en Madrid, cuando conversamos sobre el futuro sexagésimo cumpleaños del profesor José Luis Villegas Moreno y conforme a lo previsto, hemos logrado cumplir con el homenajeado, con los co-autores, con los amigos y discípulos que se sumarán a este reconocimiento y lo celebrarán igualmente.

El agradecimiento a todos los coautores que aceptaron la invitación a colaborar y gracias a sus valiosos aportes, este proyecto ha podido concretarse.

Un reconocimiento al artista plástico Miguel Javier Orjuela Córdoba, quien ha diseñado la portada de esta obra, que pretende reflejar el viaje de ida y vuelta entre dos mundos y que tiene como referencia los sitios geográficos más emblemáticos en que ha transcurrido la vida de nuestro homenajeado: Belmonte, el lugar de nacimiento y en el que transcurrieron los primeros 20 años de vida, en Cuenca, Comunidad de Castilla-La Mancha, Reino de España; San

Cristóbal, donde estudió, se graduó de abogado, ejerció la profesión, constituyó su familia y se jubiló como profesor, estado Táchira, República de Venezuela; Madrid, ciudad en la que se desempeña actualmente como profesor, Comunidad de Madrid, Reino de España; y Aranjuez, donde reside en la actualidad, Comunidad de Madrid, Reino de España.

También quiero expresar gratitud a todo el equipo de la Editorial Jurídica Venezolana Internacional, quienes se han encargado de la edición de esta obra y que la misma esté disponible oportunamente.

A lo largo de la precedente exposición he puesto de manifiesto la hermandad que nos une, así como que he sido y siempre seré amigo entrañable de José Luis Villegas Moreno y siguiendo las enseñanzas de Séneca, quien señalaba que todo beneficio recibido genera un deber de fidelidad, de reconocimiento y de especial gratitud⁵, he tratado de expresarle en nombre de todos los coautores de esta obra, de sus colegas y de quienes hemos sido sus discípulos, nuestro agradecimiento por el aporte efectuado en estos primeros 35 años al Derecho Administrativo en Venezuela, España y el resto de Iberoamérica y ratificarle que esperamos seguir recibiendo de él sus enseñanzas en los próximos años.

Caracas, 2021

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Director del Centro de Estudios de Regulación Económica
Universidad Monteávila
victor@hernandezmendible.com

⁵ Séneca, Lucio, *De beneficiis*, Libro Primero, 59.

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO. SEMBLANZA

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

Profesor e Investigador Asociado de Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello

*«A Castilla La Mancha. Región abierta a todos los vientos,
cantada por todas las plumas, soñada por todos los soñadores
y caminada por los siglos de los siglos por el caballero del flaco
rocín ...»*

Camilo José Cela
en *Versos a Castilla La Mancha*

Es don José Luis Villegas Moreno, abogado litigante, profesor, investigador, jurista y doctor en Derecho, una persona íntegra y muy merecedora de aprecio y de respeto, y el tipo más clásico de hidalgo que he conocido de tierras manchegas, que ha cabalgado entre dos mundos.

EL MUNDO MANCHEGO

El primero de los mundos comienza en un pueblo manchego, en un pequeño monte tumbado en medio de la llanura, con sus calles estrechas y silenciosas, hermosas casas campesinas y solariegas, al que se dice el Rey Pedro I de Castilla, consideró «bello» –Bellomonte–, quien lo convirtió en villa de realengo y le concedió el privilegio de villazgo. Como Belmonte pasó a la historia aquella modesta población, arrancada entonces al señorío de la jurisdicción de Alarcón.

Hoy no se sabe si es más imponente el modesto pueblo que conserva un urbanismo clásico o el Castillo arte gótico-mudejar, del Marqués de Villena, que tiene enfrente: Cerro de San Cristóbal, cuyos muros y aposentos encierran una gran cantidad de historias, dentro de las que se destaca que sirvió de residencia a la Emperatriz Eugenia de Montijo, cuando su marido Napoleón III perdió el trono francés; o de otro importante nombre como el del poeta Jorge Manrique, que muere intentando asaltar sus muros muy tempranamente a la edad de 40 años.

En efecto, a los pies del Castillo, entre otros célebres monumentos –la Colegiata gótica de San Bartolomé, el Antiguo Alcázar, etc.–, conjunto arquitectónico que da cuenta de un legado digno de encomiar, se encuentra Belmonte, en la Provincia de Cuenca, de la actual Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, España, cuna de ilustres belmonteños, y no solo por razón «de ser persona de gran importancia para la guerra», como lo fueron sus antiguos señores: desde el genio de la lírica clásica española Fray Luis de León, catedrático de la Universidad de Salamanca; pasando por Gabriel Vázquez, jesuita apodado el «Agustín español»; hasta Diego López, quien fuera Virrey de México, y así otros más.

Pues fue precisamente en ese mundo manchego, en una casa solariega, enclavada y con su faldón de añil, sito en la Calle Urbano Lugo, 7, donde comienza su vida José Luis, en un duro invierno de 1961, hijo de don Cayo Villegas Jiménez y doña Alicia Moreno Cueva, y el mayor de sus otros hermanos Félix, Jesús Antonio y María Alicia. Es un niño que tuvo una infancia y una adolescencia muy feliz al calor de su hogar, en un pueblo que a pesar de los tiempos, era una suerte de parvulario por la cantidad de niños que caracterizaban a las familias vecinas.

Inicia sus primeros pasos de su educación en la escuela parroquial de Belmonte, y más tarde en el colegio público Fray Luis de León y Eugenio López, completando los cursos de bachillerato en el Instituto Julián Zarco en la vecina localidad de Mota del Cuervo. Sus padres le recuerdan como muy dedicado a los estudios y a su pasatiempo el fútbol del equipo juvenil de tercera división, sin que les diera sobresaltos, pero quien también disfrutaba del campo acompañando al padre para trabajar en las heredades familiares en sus tiempos libres, plantadas de vides y olivares.

EL MUNDO VENEZOLANO

El segundo de sus mundos, al otro lado del Atlántico, comienza en el verano de 1980, con 18 años, cuando José Luis inicia un primer viaje que cambiará su vida por completo. Fue a Venezuela a visitar a su querido y recordado tío don Ricardo Villegas Jiménez, hermano de su padre, y quien a la sazón se convertiría en su segundo padre, y cuya trayectoria vital estaría determinada, de un modo especial, por el pariente religioso. Fue sacerdote diocesano y misionero allí, desde que arribó en el año 1959, en la Diócesis de Trujillo, por un golpe del azar, pues su destino era Argentina. En esa época era el Párroco de la Iglesia de San José, en Valera, Estado Trujillo. El plan inicial fue el de acompañar a don Ricardo y conocer y compartir su modo de vida y la cultura venezolana y, si le gustaba, quedarse allí para estudiar bajo su tutela. Don Ricardo finalmente partió a la casa del Padre en el otoño de 2016 en su pueblo de Belmonte.

Pues bien, durante ese primer viaje, es cuando inicia los trámites ante el Ministerio de Educación para la convalidación académica de su título de bachiller español, y tras los exámenes correspondientes, obtuvo el título de Bachiller

en Humanidades venezolano. También viaja en una suerte de expedición –como sus antepasados– por gran parte del territorio de Venezuela, incluso llega hasta el Parque Nacional Canaima, Patrimonio de la Humanidad.

LA FORMACIÓN

Regresa a España en el verano de 1981 y es cuando decide volver, convencido de estudiar la carrera universitaria en Venezuela. Aunque sus padres, por el gran respeto y admiración por don Ricardo aceptan aquella decisión, no sin un gran dolor de alma, se resignan ante la despedida a un ignoto y lejano mundo, pero en el fondo convencidos de que sería para mejor, como a la postre resultó ser.

En ese nuevo mundo es cuando José Luis inicia sus estudios de Derecho en el año 1981, en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, extensión Táchira, en la ciudad andina de San Cristóbal, Estado Táchira. En el año 1982, dicha Casa de estudios obtiene su autonomía como Universidad Católica del Táchira –UCAT–, y que hoy día forma parte de la Asociación de las Universidades confiadas a la Compañía de Jesús en América Latina –AUSJAL–. Allí estudió durante los cinco años y obtuvo el título de Abogado en 1986. En el año 1986 obtuvo la nacionalidad venezolana por naturalización.

Además del estudio, que lo eleva a la condición de investigador, profesor y conferencista, también se caracterizó por su afán en su formación académica, que adquiere al obtener los títulos de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Táchira –1995/1996–; de Especialización en Globalización, Liberalización Económica e Intervención Administrativa de la Universidad Carlos III de Madrid –2004– y por último, Doctor en Derecho de la Universidad del Zulia, Maracaibo –1996/2000–.

Y es así como se residió definitivamente en esa Tierra de Gracia, y a la que hoy en la distancia lleva en su corazón. Allí nacen sus tres hijos: Ricardo José, Pierina Marisol y Juan Pablo, éste último habido en su actual matrimonio con doña Linyarely Dugarte Rondón.

LA PERSONA

Por cuanto considero que las personas son los lugares, y viceversa, tengo el convencimiento de que no hay mejor forma de conocer a una persona, sino a través de su región, costumbres y tradiciones.

En tal sentido, si bien hay tantas razones que animan a pensar y leer sobre el Don Quijote, como no podía ser menos tratándose de una obra que forma parte, indudablemente, del patrimonio cultural mundial, y que no es una opinión personal, sino una certeza de muchos, según revela el Instituto Nobel y el Club del Libro Noruego que hicieron públicos los resultados de una encuesta entre un grupo de escritores de 54 países, quienes eligieron a la novela de Mi-

guel de Cervantes como la mejor obra de ficción literaria más relevante de la historia de la humanidad, y de dónde es también una excelente oportunidad en ésta semblanza para tomar de nuevo a préstamo, algunas de sus innumerables lecciones.

Don Ramón y Cajal, en 1905, como muchos de los mejores intelectuales contemporáneos, profundos admiradores del pensamiento cervantino, un año antes de recibir el Premio Nobel de Medicina y Fisiología, leyó un discurso en el Colegio de Médicos de San Carlos titulado «Psicología del Quijote y el Quijotismo», donde considera a don Alonso Quijano «un ideal de humanidad, de magnanimidad y de justicia», y advierte que estos ideales deben estar siempre presentes en el verdadero científico.

De este modo considero oportuno recordar, que con motivo de unos compromisos académicos coincidimos en Madrid, el año de gracia de 1998, y estando allí se nos ofrece la ocasión que creímos única e irrepetible, de hacer la ruta de *Don Quijote*. De este modo no dudamos en ponernos en camino, y junto con sus padres don Cayo y doña Alicia, emprendimos el viaje con un gesto de cierto encantamiento, que tal vez fuera el que sintió *don Quijote* –el habitante más augusto de esos territorios manchegos– y su fiel escudero Sancho Panza, y de cuya primera representación iconográfica que acompaña al texto literario, aprendimos que se corresponde con la interpretación simbólica difundida por el Romanticismo alemán: idealismo frente a realismo, la parte noble del hombre enfrentada a la descarnada realidad, cuando inició sus salidas y expediciones que no pudo remediar su locura maravillosa, por los lugares míticos y venerables de la ruta de aldeas, pueblos y campos manchegos, inventados por el enorme talento de Miguel de Cervantes, quien trabajó por esos confines como comisario de los diezmos y que, por recaudador de impuestos, no era bien visto ni apreciado. Desde entonces, ningún topónimo español es tan conocido y más querido en el mundo entero que el de «La Mancha», donde forjó su mito el más grande de los personajes de la literatura universal.

Así que emprendimos la travesía desde Belmonte, pasando por Villanueva de Tomelloso, y más tarde por la localidad conquense de Mota del Cuervo, y que quizá sea esta donde se descubre “En un lugar de la Mancha”, tesis que no es nueva, pero que ahora la refrenda el investigador José Manuel González, tras estudiar los mapas que coinciden con los viajes locales de juventud de Miguel de Cervantes.

Debemos decir que La Mancha que recorrió *don Quijote*, el hidalgo justiciero e intransigente, era un territorio mucho menos extenso que el actual, producto de la nueva ordenación territorial decretada por Felipe II en los años 1575 y 1578, y de lugares concretos que compiten también hoy día por ser el “lugar de la Mancha” del *Quijote*; como Villanueva de los Infantes, que alberga a La Alhóndiga o Casa de los Estudios y su Plaza Mayor; Tomelloso y sus Posadas de los Portales, que son las clásicas corralas de comedias; Alcázar de San Juan y Campo de Criptana, donde se levantan y se descubren sobre los cerros, como símil de los desaforados gigantes, los antiguos y maravillosos molinos de vien-

to, al parecer de origen persa, que eran una curiosa novedad en el siglo XVI; Puerto Lápice y La Venta del Quijote, donde en una aciaga noche Don Quijote padeció desgraciada aventura, hoy con sus tiendas de *souvenirs*, de donde adquirí y aún conservo una réplica de bacía de barbero que el hidalgo se vio obligado a convertir en la celada que le faltaba a su armadura desfasada de caballero, en la singular caracterización que del personaje nos proporciona Cervantes; y finalmente el Toboso, el topónimo más citado en el Quijote, conocido por ser el pueblo de «Dulcinea del Toboso», objeto permanente de los pensamientos y anhelos del caballero andante, entre otros sitios emblemáticos que fueron el escenario de las aventuras quijotescas.

Pues bien, en ese itinerario retrospectivo por tierras manchegas se encuentra un paisaje geográfico natural de grandes y luminosas llanuras, y el cielo bruñido como un espejo con cerros, montes y encinares, que conforman un mapa fantástico de la vasta e infinita meseta sur de la península ibérica, y que a pesar de las profundas alteraciones y degradaciones de los paisajes naturales y rurales actuales, bien pudieron inspirar a Cervantes para ubicar en él las aventuras del ingenioso hidalgo.

Y es por eso que en esa infinita calma, como nos señala José Martínez Ruiz «Azorín», quien fuera miembro de la Real Academia Española, se comprende al fin por qué el Caballero de la Triste Figura sólo podía surgir de allí, lugar sencillo y sobrio, donde nunca parece ocurrir nada, azotado por el viento, pero donde la fantasía se echa a volar frenética por esos llanos, la imaginación, lo cual fue también para mí, desde entonces, un descubrimiento estupendo.

El resultado de nuestra pequeña expedición es que no hay duda que La Mancha es la gran protagonista, y todos los habitantes de sus pueblos manchegos se sienten honestamente orgullosos y destinatarios de la obra universal, y que no sin razón las Cortes de Castilla-La Mancha, el 31 de mayo de cada año, con el lema «Somos comunidad», homenajean en el Día de la Región a las gentes que conforman esa tierra manchega, que bien merece un tiempo aparte en otra buena andanza por tal región.

Y es así como en nuestra ruta se suceden buenas gentes manchegas, generosas y orgullosas de pertenecer a la gloriosa herencia de compartir geografía con el ingenioso hidalgo, como acontece con la familia Villegas Moreno. Ellos deben a su tierra manchega lo que son, y a esa tierra les deben el hecho de tener un gran corazón.

Será también por eso, que al igual que don Alonso Quijano, un ciudadano eterno ya ciudadano del mundo, que en sutiles versos de Miguel de Unamuno: «Quiso llamarse “Don Quijote de La Mancha” con que a su parecer declaraba muy altivo su linaje y patria y la honraba con tomar el sobrenombre de ella», y que alcanzaría fama universal, de la misma manera José Luis siempre quiso transmitir a todos los que le conocemos, su cariño y admiración por su mundo originario manchego, al que siempre llevó dentro de su pecho, y mantuvo siempre vivo su espíritu allí donde estuviera. Y por eso, además, apreciábamos

y valorábamos, especialmente, su esfuerzo por no romper con sus raíces, pues cada año regresaba a visitar a su familia y su tierra, La Mancha de sus correrías, y que muy bien le recompensó al designarlo Pregonero de Honor de Ferias y Fiestas de San Bartolomé, de su querido Belmonte.

En efecto, por iniciativa de sus amigos de la infancia, pues dos de ellos eran Concejales le propusieron allá por el año 1999 para dar el Pregón de Ferias. Una distinción especial para hijos del pueblo, que se encontraban fuera, como era su caso. Su discurso llamó la atención: «Políticas municipales de juventud». Primera vez que un Pregón tenía mensaje, no solo recuerdos y glosas del pueblo. Lo escribió en San Cristóbal, pero con el corazón en Belmonte. Fue una gran satisfacción para sus padres, su familia y sus paisanos belmonteños.

EL JURISTA

Pero es que, además, La Mancha puede presumir de pasear su nombre por el mundo entero, y en todas las ramas del conocimiento y del saber a lo largo de la historia, hasta nuestros días. Y dentro de esos ilustres nombres se encuentra el de José Luis Villegas Moreno, que en su personalidad comparte con su paisano *Don Quijote*, las virtudes morales de tan noble caballero como son: el valor, la lealtad, el modelo de cortesía, la sinceridad, y la de consejero prudente pero, sobre todo, esa cualidad humana que es la integridad moral que siempre ha tenido y defendido para desarrollar su vida de acuerdo con sus convicciones

Así las cosas, debemos empezar diciendo que ya en la Segunda parte del Quijote, en el diálogo entre el bachiller Sansón Carrasco y el bueno de Sancho Panza, asistimos al siguiente diálogo acerca del encuentro entre los saberes útiles para el recto y buen gobierno de las gentes:

– Ésos no son gobernadores de ínsulas –replicó Sansón–, sino de otros gobiernos más manuales; que los que gobiernan ínsulas, por lo menos han de saber gramática.

– Con la *grama* bien me avendría yo –dijo Sancho–, pero con la *tica*, ni me tiro ni me pago, porque no la entiendo.

Es que Sancho Panza dice bien, pues el saber –tal y como demuestra su lengua fraguada entre refranes que sólo se aprenden en la infancia– nace de la vida, de esa experiencia compleja que mal se deja encasillar en los cauces de una sola disciplina, sino del saber multidisciplinar. En esto, como en tantas cosas, José Luis aprendió la lección de Cervantes, cuando éste distinguía entre los temperamentos oviles, que siguen los caminos trillados, y los caprunos, que caminan por senderos nunca hollados.

Y así José Luis se inició como profesor en 1986, el año mismo en que se graduó, en el Instituto Universitario Eclesiástico Santo Tomás de Aquino, en Palmira, cerca de San Cristóbal. Allí enseñó una asignatura del pensum de la Licenciatura en Teología y Filosofía, a los futuros sacerdotes, denominada «Es-

estructuras socio jurídicas del Estado venezolano». Les explicaba la Constitución, y compartía sus experiencias. Iba todos los viernes a las 8 de la mañana hasta las 10. Allí permaneció durante 10 años, desde 1986 hasta 1996, cuando se vio obligado a dejar la asignatura, porque ya su compromiso como Decano de la Facultad de Derecho le demandaba entrega a tiempo completo. A él le resultó una experiencia maravillosa. Por ello llegó a conocer a gran cantidad de sacerdotes en toda Venezuela, y con los que mantiene una gran amistad.

Posteriormente, fue en 1987 cuando ingresó de lleno a la actividad académica en la Universidad Católica del Táchira, la que ha sido su *Alma Mater*, donde se inicia como profesor Instructor, y luego fue cumpliendo todos los plazos y requisitos académicos para llegar a la última categoría según la Ley de Universidades y el Reglamento de la UCAT: Profesor Titular, equivalente a Catedrático.

Allí, en primer lugar, comenzó su andadura enseñando en primero de la carrera o licenciatura de Derecho, la asignatura «Introducción al Derecho». Durante dos años. Después enseñó también «Derecho Internacional Público».

Poco tiempo después, al tomar como objeto de estudio, aprendizaje y conocimiento el «Derecho administrativo», ello le irá a permitir enseñarlo a partir de 1992. Desde entonces será su pasión, y así se convertirá en el principal referente de esta disciplina de lo que hemos llamado la «Escuela de Occidente», con su enseñanza a varias generaciones de alumnos ucatenses. Y allí continuó de modo ininterrumpido hasta su retiro voluntario que se hizo efectivo en 2017.

También debemos mencionar que en el año 2000 diseñó la cátedra de «Derecho ambiental», y fue su primer profesor, a la que se sumaron otros colegas. Fue experimental, semestral. Aún continúa. Producto de esa experiencia escribió el «Manual de Derecho Administrativo Ambiental», que ha sido objeto de varias ediciones —2009, 2012 y 2014—, y cuyos derechos de edición los dona generosamente a su Universidad Católica del Táchira. Vinculado con este tema, es también el Director Académico y creador de la cátedra Fundacional «Medio ambiente y municipio», patrocinada por la Empresa Lafarge-Cementos Táchira —en el período 2002/2017—.

Otra de sus pasiones es el «Derecho municipal», que impartió en los Postgrados de la Universidad de Los Andes, la Universidad del Zulia y la Universidad Católica Andrés Bello, por más de 10 años. Producto de esta pasión escribió varios libros, artículos y ponencias al respecto. Como resultado de ello recibió el Premio Ángel Ballesteros de Ensayos sobre la Administración y Gobierno Municipal por el trabajo titulado: «Jaque al municipio constitucional en Venezuela», concedido por la Unión iberoamericana de Municipalistas —UIM—, y que le fuera entregado en Montevideo en el Congreso de junio de 2009.

En este contexto también ha sido investigador invitado en las actividades de docencia, investigación y extensión del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales —CIEPROL—, adscrito a la Universidad de Los Andes, Mérida, Estado Mérida, que dirige su querido amigo Prof. Fortunato González.

Paralelamente a su actividad académica ocupó los cargos de: Director de la Escuela de Derecho –1989/1992–; Decano de la Facultad –1995/1998–; Director del Centro de Investigaciones Jurídicas –1998/2004; Coordinador Académico de Postgrado de la Especialización en Derecho Administrativo –1997/2010–; y por último, Miembro del Consejo Universitario en varios períodos desde 2010 hasta su retiro en 2017.

El Editor

La vocación de José Luis no se limitó a la investigación y enseñanza de distintas disciplinas del saber jurídico, o al dictado de conferencias en centros académicos dentro y fuera del país, sino que también al dejar el cargo de Director de la Facultad de Derecho en 1992, el Rector Padre José Del Rey Fajardo le encargó la creación de una revista. A su vez, el Rector le pidió al Prof. A. R. Brewer-Carías su apoyo, con quien tuvo varias sesiones y quien generosamente compartió su enorme experiencia sobre cómo diseñar la revista y demás aspectos editoriales. Así surge la «*Revista Tachirense de Derecho*».

Después de muchas vicisitudes, el primer número fue presentado el 30 de octubre de 1992, con la presencia del mismo Profesor Brewer-Carías, con la voluntad de promover y divulgar un entusiasta proyecto educativo que ya adquirió carta de naturaleza en el Occidente venezolano, y que aún hoy a pesar de encontrarse fuera del país, procura seguir con la tenaz y laboriosa tarea, guiada por una indudable vocación didáctica, donde las contribuciones de los colaboradores escapan a aquella mano acusadora que hace un siglo Miguel de Unamuno dirigiera sobre esa «detestable avaricia espiritual que tienen los que, sabiendo algo, no procuran la transmisión de esos conocimientos».

Desde entonces, José Luis no solo se ha limitado a ser el Director fundador sino, antes bien, muy dedicado al extremo cuidado de las semillas de ese árbol plantado y al mimo de sus frutos, «a costa de muchas vigiliadas y mucho trabajo», que primero fueron semestrales y segundo se transformaron en anuales y, por último, en digitales, y que hoy presume de contar con un rico fondo de 27 números, el último publicado en homenaje al Prof. Jesús González Pérez.

EL COORDINADOR ACADÉMICO

Por último, José Luis ha sido Coordinador académico de las muy renombradas Jornadas de Derecho Administrativo de la UCAT, cuyo objeto fue la promoción y divulgación de tal disciplina en el Occidente del país, con proyección al vecino país de Colombia, de las cuales también sería su Coordinador Académico durante varios años.

Las Jornadas de Derecho Administrativo han sido las siguientes: I. *Derecho Administrativo y la Protección del Medio Ambiente* de 2004; II. *Derecho Administrativo y Municipio* de 2005; III. *Derecho Administrativo y Regulación*

de las Actividades Económicas de 2006; IV. *Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo* de 2007; V. *Derecho administrativo y Constitución* de 2008; VI. *Cien años de Derecho Administrativo en Venezuela* de 2009; VII. *El Nuevo Proceso Administrativo* en 2010; VIII. *La Contratación Pública* de 2011; IX. *Las Garantías de los Ciudadano frente a la Administración Pública* de 2012; X. *La Responsabilidad en el Derecho Público* de 2013; y XI. *Derecho Administrativo Sancionador* de 2015. Y con ésta última se acordó que fuera también las I Jornadas Andinas de Derecho Administrativo y que, por razones obvias, no han podido continuarse.

Finalmente, durante 6 años fue miembro de la Comisión Taurina del Municipio San Cristóbal. Máxima autoridad administrativa que dirige las corridas de toros de las renombradas Ferias de San Cristóbal. Nombrado por el Concejo Municipal de San Cristóbal. Fruto de esa experiencia nace la publicación, «al alimón» con su amigo el Prof. Gerardo Patiño –a la sazón Comisionado Taurino municipal– titulada: «Regulación jurídica de los espectáculos taurinos».

EL RETORNO

Por último, ante la triste y muy trágica situación humanitaria a la que los regímenes autoritarios de las últimas dos décadas han sometido a Venezuela, decide retornar con su familia a España, la patria donde nació, en el mes de junio de 2017, y que hoy día es el epicentro del exilio venezolano en Europa.

Gracias a Dios encontró acogida en otra estupenda y prestigiosa institución académica de la Compañía de Jesús: la Universidad Pontificia Comillas de Madrid –**COMILLAS**–, donde se le ha permitido proseguir su proyecto de vida de académico e investigador, pues nunca se es demasiado mayor para tener otra meta u otro sueño, saliendo airoso de cuantas responsabilidades le han sido encomendadas, y de lo positivo que ha representado su ingreso, según testimonio que personalmente he escuchado de sus máximas autoridades. También hay que decirlo, toda su familia española –padres, hermanos, cuñados y sobrinos–, ha sido vital por su calor, cariño y apoyo incondicional en este retorno.

Por todas las anteriores razones, que se reflejan también en el extenso *currículum vitae* que se acompaña a esta obra, y el entusiasmo de mi apreciado amigo Prof. Víctor R. Hernández-Mendible y el mío propio, y de los amigos colaboradores que con generosidad han contribuido con tiempo y esfuerzos al servicio del merecido homenaje al Dr. José Luis Villegas Moreno, quien ha sido también para muchos de nosotros, el hermano manchego que nos ha deparado la ruta del Derecho administrativo, y con quien hemos tenido el inmenso honor de haber estado allí, acompañándole siempre en su trayectoria personal, académica y profesional, pero sobre todo, por cuanto somos de aquellos a los que se refería el poeta Mariano de Cavia que «comulgan con el noble y laborioso culto de sentir hondo, pensar alto y hablar claro», es por lo que, sin saberlo, hemos hecho bueno también el conocido aforismo de Gracián: «no hay maestro que no pueda ser discípulo».

Por eso, la figura de *don Quijote*, el que tan vivo y generoso ha cruzado la historia, hoy ya como emblema de toda la nación española, continúa cabalgando por La Mancha en compañía de su amable y sabio escudero Sancho Panza, y con seguridad lo hará rodeado de gente maravillosa como el siempre amigo y homenajeado Dr. José Luis Villegas Moreno, pues como él mismo afirma –y podemos dar fe de ello quienes bien le conocemos–, nunca se ha extraviado en la ruta que muy tempranamente emprendió como su ilustre paisano Alonso Quijano, *don Quijote*, «coronado de esperanza e imaginación».

Madrid, febrero de 2021

I

**DERECHO ADMINISTRATIVO Y
FUNDAMENTOS DEL ESTADO
DE DERECHO**

SOBRE LA ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL MUNDO JURÍDICO Y LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Jorge H. SARMIENTO GARCÍA

Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Cuyo

AGRADECIMIENTO

Permítaseme ante todo expresar mi inefable agradecimiento por haber sido invitado a colaborar en el “Libro Homenaje al Profesor José Luis Villegas Moreno”, en reconocimiento a 35 años de vida académica dedicada al Derecho Administrativo, lo que me permite coadyuvar a la concreción de la por muchos soñada Patria Americana con este modesto trabajo, que no obstante ser una pequeña gota, se dirige a un Océano.

LA ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL MUNDO JURÍDICO

Bien se ha dicho que basta un análisis superficial del fenómeno jurídico para descubrir bajo su superficie elementos de diferente índole. Estos elementos pueden someramente designarse mediante las voces: conducta, norma y justicia o valores.

Y se ha agregado que si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse “lo jurídico”, nos encontramos en primer lugar con una serie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del ministerio público, abogados del Estado, abogados, procuradores, escribanos y también por cualquier habitante del país cuando se casa, arrienda un departamento, compra un diario o contrata los servicios del dueño de un medio de transporte; en segundo lugar, nos enteramos de lo jurídico cuando estudiamos los códigos del país y el sinfín de manuales y tratados dedicados a su análisis; en tercer lugar, conductas y normas nos conmueven, sea que su justicia nos complazca y reconforte, sea que su injusticia nos indigne y subleve.

Es que el mundo jurídico, el derecho, tiene una composición tridimensional: en él nos enfrentamos con tres órdenes íntimamente vinculados entre sí, pero distinguibles unos de otros: el orden de conductas, el orden normativo y el de la justicia o derecho natural.

Esos tres órdenes o ámbitos no se dan como tres objetos acoplados, sino que, por el contrario, son tres aspectos esencialmente entrelazados de modo recíproco. Efectivamente, se advierte que las normas, creadas por los hombres, se gestan en ciertos hechos y quieren regular ciertas conductas sociales, a la vez que implican el propósito de realizar un valor, propósito que podrá o no tener éxito, o tenerlo en mayor o menor proporción.

El derecho, pues, es “hecho, norma y valores”, inconmoviblemente unidos entre sí en una relación ingénita. Y se ha destacado que toda posición que deje de lado alguno de esos tres ámbitos es sin duda truncada e incorrecta, pues cercena una totalidad en la que todos esos componentes están íntimamente trabados; el derecho, el mundo jurídico, abarca lo que dicen las normas, lo que se hace en la realidad existencial y los criterios de justicia.

EL ORDEN NATURAL O DE LA JUSTICIA

Los principios de derecho natural -como el de igualdad esencial entre los hombres, el informante de la relación entre autoridad y libertad, los de subsidiariedad y de solidaridad- son cuestiones liminares de la ciencia del derecho administrativo.

Ello explica que los iusadministrativistas -expresa o tácitamente, en forma consciente o inconsciente- se ocupen de ellos, de donde no es raro encontrar entre los mismos aseveraciones tales como que hay que prohibir toda forma de discriminación; o que existe un conflicto permanente, tensiones y contraposiciones entre autoridad y libertad ante las cuales el derecho administrativo debe optar, y opta según sea autoritario o democrático; o que algunos afirmen el “Estado subsidiario” y otros propicien el denominado “Estado asistencial” en nombre de la “solidaridad social”.

Pues bien, aquellos principios -muy generales-, correctamente planteados, deben fundar el derecho administrativo y ser receptados por éste habida cuenta de las circunstancias, conforme a la estructura trialista del mundo jurídico que hemos esbozado “supra”.

Por cierto que el mundo ha conocido y conoce desigualdades aberrantes, como las raciales y algunas económicas y sociales; igualmente, el despotismo estatal sobre los individuos, siendo frecuentes y evidentes los atropellos autoritarios, aún sin necesidad de acudir a demostraciones como las experiencias históricas del totalitarismo “marrón” (nacional - socialismo) y “rojo” (bolchevismo, comunismo); también, el aumento exagerado de los aparatos públicos, sin preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de gastos, pérdida de energía humana, etc..

Frente a tales desvaríos, pendularmente, se propicia por ejemplo una igualdad que pone el acento en la igualdad material de situaciones económicas, con una serie de consecuencias típicas, entre las que destaca la supresión de la propiedad privada de los medios de producción como un elemento de desigualdad;

o un “*zoon politikon*” similar al “*homo oeconomicus*” dentro de la libertad absoluta de mercado y la competencia perfecta, con un “Estado subsidiario” que restringe la prestación estatal al supuesto de que no existan particulares que puedan tomarla a su cargo y relegando la solidaridad al ámbito de la virtud moral personal, etc..

Pues bien, pensamos que en superación de lo que dejamos expuesto, el iusnaturalismo permite exponer adecuadamente estos polémicos temas (sobre los cuales permanentemente se debe insistir), siendo un cuerpo de doctrina que ofrece determinados valores humanos de los cuales se desprenden consecuencias para la realidad, y hacen referencia -siempre sin desmedro de la auténtica libertad- a estructuras fundamentales de organización social y política que, obviamente, influyen en el derecho administrativo.

La concepción que antecede tiene la fundada y demostrable convicción de que existe una naturaleza humana, la cual permite descubrir valores fundamentales universales que sirven de norma al juicio práctico sobre las realidades existenciales, como también -y consecuentemente- posibilita que la genuina fundamentación de las libertades sea reconocida como un elemento constructor de la sociedad.

Ahora bien, el iusnaturalista no puede dejar de percibir que al momento de actuar, en el orden natural se nos ofrece un conjunto de primeros principios y no un sistema completo de normas, criterios de juicio y no una verdad acabada, principios o criterios que se nos presentan animándonos a encontrar la solución práctica más verdadera para un problema determinado, dentro del marco normativo-positivo, en un empeño de obrar sobre lo concreto, en donde el aquí y el hoy fraguan en la acción, convencido aquél de que únicamente lidiando los problemas por el vértice puede descenderse sin desdoro y de buen grado a entenderse con la épica del caso singular.

Como bien se ha señalado en forma reiterada y resulta de lo expuesto “supara”, el derecho natural no es sino el mínimo ético verdadero de la convivencia humana, en consecuencia:

- a) la inmutabilidad de sus principios es compatible con el hecho cierto de que nuestra razón imperfecta puede ir conociéndolos mejor y sacando con mayor precisión sus conclusiones;
- b) tal inmutabilidad es igualmente conciliable con su adaptabilidad a las contingencias históricas, pues aquel carácter no impide que el principio se pliegue a las circunstancias de suyo mudables sin ser él mutable; y
- c) corresponde a la prudencia abordar el conocimiento racional de los principios y su razonable despliegue.

Señalamos -en otra vertiente- que el iusnaturalista, pese a declarar que existe una verdad, la cual es también moral y suele tener una importancia política decisiva, en virtud de la prudencia no deja de ponderar el nivel moral de la sociedad y por esto puede entrar en ciertos compromisos incluso en lo que se

refiere a problemas morales, aunque manteniendo el carácter absoluto del orden natural, y consciente de que su disposición al compromiso ha de cesar cuando los derechos esenciales del hombre pueden afectarse; ergo, al iusnaturalista le es dable admitir en ciertas materias fórmulas de compromiso jurídico (que deben ser tales que dejen abierta la orientación moral), pero jamás, por ejemplo, aprobar un crimen contra un justo indefenso como es el aborto.

Si la ciencia del derecho administrativo reconoce su fundamento primero en el derecho natural resulta ser, como puntualiza -en general- Javier Hervada, una ciencia crítica, esto es, enjuiciadora; y agrega el mismo autor: “La función crítica de la ciencia jurídica fue escamoteada por el positivismo jurídico, especialmente por el legalista o normativista, que despojó a los juristas del criterio de enjuiciamiento o crítica inherente a su función (el criterio de lo justo y de lo injusto), para dejarles tan sólo un criterio formal de lo legal o ilegal. La necesaria renovación de la ciencia jurídica actual postula el abandono del positivismo y la recuperación de la función crítica por la recuperación del núcleo sustancial del derecho: el derecho natural”.

Resulta aquí a todas luces conveniente distinguir claramente entre **derecho positivo y positivismo**: mientras éste niega o se desinteresa del derecho natural y de los fundamentos metafísicos del derecho, el derecho positivo se funda en el derecho natural, no sólo en cuanto a respetar y conformarse a sus preceptos, por enraizados éstos en la naturaleza humana social, sino en cuanto la positividad es una exigencia del derecho natural.

Cuando la norma **puesta** por los hombres es conforme a la **dada** a los hombres, el derecho no aparece como una construcción arbitraria y forzada, sino que arraiga en un orden universal pendiente de la Razón y Voluntad supremas, donde preexisten las formas ejemplares de todas las cosas.

Esta concepción que dejamos brevemente expuesta busca en la naturaleza racional del hombre el fundamento de la obligatoriedad de las normas positivas, haciendo primar el contenido sobre las formas, considerando al derecho dentro del amplio encuadre del orden ético, y se opone a aquellas que abandonan el análisis del hombre y se inclinan por el de la normativa fría, continúan en el formalismo estructural y vacío y convierten el derecho en algo amoral o inmoral.

No podemos terminar este punto sin parafrasear y transcribir algunas enseñanzas de S. S. Juan Pablo II, en “*Veritatis Splendor*”.

La firmeza en defender la validez universal y permanente de los preceptos que prohíben los actos intrínsecamente malos es juzgada no pocas veces como signo de una intransigencia intolerable, sobre todo en las situaciones enormemente complejas y conflictivas de la vida moral del hombre y de la sociedad actual, frente a las cuales -se dice- no se muestra comprensión y compasión.

Pero en realidad la verdadera comprensión y la genuina compasión deben significar amor a la persona, a su verdadero bien, a su libertad auténtica. Y esto no se da, ciertamente, escondiendo o debilitando la verdad, sino proponiéndola

con su profundo significado de irradiación de la Sabiduría eterna de Dios, y de servicio al hombre, al crecimiento de su libertad y a la búsqueda de su felicidad. Mas la intransigencia con el mal ha de ir acompañada, siempre, con la misericordia hacia las personas.

La firmeza en defender las normas universales e inmutables del orden natural está al servicio de la verdadera libertad del hombre, servicio dirigido no sólo a los individuos, sino también a la comunidad, a la sociedad como tal: en efecto, estas normas constituyen el fundamento inquebrantable y la sólida garantía de una justa y pacífica convivencia humana.

En el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; el respeto de los derechos de los adversarios políticos; la tutela de los derechos de los acusados contra procesos y condenas sumarias; el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costo el poder; son principios que tienen su base fundamental -así como su urgencia singular- en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas de funcionamiento de los Estados. Cuando no se observan estos principios, se resiente el fundamento mismo de la convivencia política y toda la vida social se ve progresivamente comprometida, amenazada y abocada a su disolución. Después de la caída, en muchos países, de las ideologías que condicionaban la política a una concepción totalitaria del mundo -la primera entre ellas el marxismo-, existe hoy un riesgo no menos grave debido a la negación de los derechos fundamentales de la persona humana y por la absorción en la política de la misma inquietud religiosa que habita en el corazón de todo ser humano: es el riesgo de la alianza entre democracia y relativismo ético, que quita a la convivencia civil cualquier punto seguro de referencia moral, despojándola más radicalmente del reconocimiento de la verdad. En efecto, si no existe una verdad última -la cual guía y orienta la acción política- entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia.

EL ORDEN NORMATIVO POSITIVO

Si existe un orden natural o de justicia, ¿por qué la existencia de constituciones, leyes de los parlamentos, sentencias, etc.? ¿cómo se explica, ante ese orden trascendente y superior al obrar humano, el conjunto de normas elaboradas, “puestas” por los hombres en el área de la historia? Veamos algunas de las razones que justifican la dualidad, sin que signifique rivalidad, ni siquiera in-comunicación.

Las normas positivas son necesarias porque deben desarrollar y fijar las conclusiones que de los principios universales e inmutables del orden natural se deducen, de lo que se infiere que las normas creadas por los hombres deben ser

conformes al orden natural y si lo contravienen son contrarias a la razón, inhumanas, corrupción de lo recto, de lo justo. Además, la malicia del hombre, en general, hace necesario un derecho positivo que actualice al natural y sancione inmediatamente la conducta, dado que a muchos hombres no les bastaría en ciertos trances sus luces, ni la mera conciencia de la obligación sería en ocasiones suficiente garantía de su cumplimiento: el derecho positivo, con una sanción que puede concretarse en forma eficaz en esta vida, es necesario para la seguridad y estabilidad sociales; debe recoger los principios del natural, explicitarlos, aplicarlos a la realidad social, establecer derechos y obligaciones en todo el campo que la generalidad o el silencio del derecho natural le atribuye, de lo que se desprende claramente la necesidad de colaboración entre estos dos ámbitos del mundo jurídico.

EL ORDEN DE CONDUCTAS

Es evidente que las normas positivas surgen ante relaciones sociales, es decir, ante diferentes personas o grupos de personas en una relación de interacción, ante conductas o comportamientos sociales humanos.

El “deber ser” conceptualizado, descrito en la norma “puesta”, puede ser o no cumplido; en otras palabras, el esquema normativo puede o no tener funcionamiento en la práctica, en la realidad, o sea que los comportamientos reales pueden ajustarse o no a las previsiones de las normas.

Estos comportamientos, estas conductas humanas en las cuales el orden normativo positivo se genera y en las cuales después se realiza, constituyen la dimensión fáctica del derecho.

Cabe agregar que entendemos por costumbre jurídica la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder, al margen y aun en contra de las creaciones normativas reflexivas y la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse, siendo dos, entonces, los elementos de la costumbre jurídicas: a) elemento objetivo, la repetición constante de actos uniformes; y b) la conciencia de lo que se hace debe hacerse.

Pero adviértase -dentro de la estructura tridimensional del mundo jurídico- que la costumbre es a la vez conducta (orden de la realidad) y norma (orden normativo), desde el momento que lo que se hace es considerado como debiendo ser así.

Y Hans Kelsen –para quien el derecho es norma- ha escrito que también el “derecho consuetudinario” es derecho positivo, estatuido, producto de una producción o creación jurídica, aun cuando no de un acto concreto de determinación autoritaria, como una ley o una sentencia.

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La casi totalidad de la doctrina moderna comparte el concepto de que el derecho administrativo es el sector o rama del derecho relativo a la actividad o función administrativa; pero las discrepancias surgen no bien se quiere conceputar a ésta, sobre lo cual sí hay grandes divergencias, aunque algunas de detalle y aún de mera terminología.

Pues bien, se suele entender que es administrativa toda la actividad estatal infra constitucional que no es legislativa ni jurisdiccional, concepto aquél evidentemente negativo y residual, por lo que lógicamente resulta necesario conceputar brevemente las otras dos funciones del poder.

FUNCIÓN LEGISLATIVA

Entendemos por función legislativa el dictado de normas jurídicas generales actuado por el órgano legislativo, definición en la que se encuentran dos elementos:

- a) uno material u objetivo, que conceptúa el contenido de la función, esto es, el dictado de normas jurídicas generales, y
- b) otro orgánico o subjetivo, que aclara que la función es realizada únicamente por el órgano legislativo.

FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Se suele considerar a la función jurisdiccional como la decisión con fuerza de verdad legal, de un litigio o controversia por parte de un órgano judicial del Estado, enunciación que también comprende dos elementos:

- a) uno material (sustancial, de contenido) que se refiere a lo que la función es en sí misma: decisión con fuerza de verdad legal de un litigio o controversia, y
- b) otro orgánico (subjetivo o formal) que se refiere al órgano independiente e imparcial que realiza la función (los jueces).

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Siendo función administrativa toda la actividad estatal infra constitucional que no es legislativa ni jurisdiccional, ella:

- a) No tiene, a diferencia de las demás funciones, un contenido único. En efecto, desde el punto de vista de su contenido, puede consistir tanto en el dictado de normas jurídicas generales (como un reglamento o una acordada judicial) o en la decisión de controversias (como cuando se resuelve un recurso jerárquico), o en la actuación material en los casos concretos que se le presenten (v. gr., la remoción de obstáculos en la vía pública), etc.

b) Además, y contrariamente a las otras funciones -que no sólo tienen un contenido preciso y único, sino que también son realizadas sólo por órganos específicamente creados constitucionalmente al efecto- la función administrativa puede ser realizada por cualquier órgano.

Últimamente Javier Urrutigoity ha sostenido que, por un lado, aparece la *función constituyente* del Estado, sea *originaria* o *derivada*; que consiste en la sanción o modificación de la *Constitución formal* (o *Ley fundamental de garantías*); la cual regula, en sus principales trazos, las demás funciones, atribuyéndolas a los llamados “poderes” *constituidos* (órganos superiores y permanentes del Estado, que ejercen las funciones derivadas de aquélla, constituyendo, en conjunto, el *poder constituido* del Estado); pero más allá de las diversas clasificaciones propuestas desde el campo de la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional, bien pueden estas funciones del poder constituido seguir siendo reducidas a las tres clásicas: la función *legislativa*, la judicial y la administrativa.

LA ESPECIAL IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Entre las ramas preponderantes del derecho positivo moderno, el derecho administrativo es una de las relativamente más recientes. Las instituciones que actualmente se consideran de derecho administrativo, eran antes repartidas entre el derecho constitucional y el derecho civil, configurándose aquél recién en el siglo XIX a partir de dos ideas fundamentales, a saber:

a) que para que la función administrativa pueda cumplir sus fines, necesita por lo común gozar de un amplio margen de discrecionalidad, y

b) que la seguridad de los individuos exige que quienes desempeñan aquella actividad estén también sometidos a reglas jurídicas que garanticen esa seguridad, permitan ejercer contra quienes administran las oportunas reclamaciones de los administrados y eviten, en suma, la arbitrariedad.

2. Debemos destacar, además, que existen discrepancias entre los autores sobre el contenido de este sector del derecho, sujeto a variaciones según los puntos de vista de los jurisconsultos, por lo que falta precisión en cuanto al objeto formal de la ciencia jurídica respectiva (por ejemplo, el derecho procesal administrativo, ¿forma parte del procesal, del administrativo o de ambos?).

3. Es más, la existencia de la rama en trato como sector del derecho diferenciado encontró reparos en algunos países, como Inglaterra (y los Estados Unidos de Norteamérica), donde se ha resistido la aplicación de un régimen especial para la actividad administrativa, por considerar que la libertad de los ciudadanos está más segura por la sumisión de aquélla al derecho común del Reino y a los tribunales ordinarios, en virtud del principio del “*rule of law*”, cuya idea esencial es “un solo juez, un solo derecho, igual para el Estado y el ciudadano”.

4. Por otra parte, a diferencia de otras ramas o sectores del derecho positivo, no se halla éste completamente codificado y, asimismo, es ámbito de regulaciones en constante mutación, pues con ellas se busca satisfacer necesidades públicas que suelen ser contingentes, o de urgencia, o novedosas, etc.

5. Es por lo que antecede que los principios del derecho han jugado siempre un papel muy importante en el ámbito del derecho administrativo, los que incluso han permitido que la materia no haya perdido el rumbo ante la frecuente exuberancia de leyes y reglamentos; y como escribiera con su natural elegancia Francisco González Navarro, “Ante esta situación de exacerbación y coyunturalismo normativo, sólo la articulación del ordenamiento sobre un cañamazo de principios generales permite al jurista entender el funcionamiento del sistema, manteniendo orientada la brújula en esta turbamulta de normas que parecen tener una perversa vocación de laberinto inextricable”.

6. Bueno es aclarar desde ya, sin perjuicio de lo que expondremos “infra”, que los principios del derecho se presentan en los siguientes estadios:

- a) fundando en justicia la solución de las normas abstractas (constitucionales o generales);
- b) abstraídos de la masa de disposiciones del derecho positivo;
- c) receptados (los dos tipos anteriores) expresamente en normas positivas; y
- d) completando en el caso concreto el derecho positivo y creando la regla individual de solución.

7. Y la ciencia del derecho administrativo -vernácula y foránea- viene receptando y conformando principios y elaborando sistemas que pueden permitir a autoridades administrativas y jueces resolver los innumerables y originales problemas que siempre plantea la actividad administrativa ante las circunstancias sociales, culturales, económicas, tecnológicas, bélicas y, en fin, de todo tipo en las actuales sociedades de masas (con incesantes demandas para que particularmente la administración solucione los problemas a la gente), donde el más abstencionista de los Estados interviene en la vida social infinitamente más que el más intervencionista de los de las épocas inmediatamente anteriores al surgimiento del derecho administrativo.

UBICACIÓN DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN EL CONTEXTO DE LAS CIENCIAS

1. Como hemos escrito en anteriores oportunidades, el fin del conocimiento humano es descubrir la **verdad**, pero el hombre no siempre la alcanza del mismo modo, de la misma forma; por ello Aristóteles clasificó las ciencias con un criterio teleológico (*telos = fines*), conforme al fin de aquel entendimiento, es decir, de acuerdo al propósito que cada ciencia persigue.

Y así, determinó tres grandes grupos de ciencias:

a) Las *ciencias teóricas*, contemplativas o especulativas. La denominación viene de la palabra *especulo*, que significa espejo. En estas ciencias la verdad se busca en sí misma, simplemente para saber lo que la realidad es; la verdad se investiga para contemplarla, para mirarla, sin que ello esté subordinado a ningún otro fin. De éstas, la ciencia por excelencia es la metafísica, y el tipo ideal de este conocimiento es el de las matemáticas, donde se conoce sólo por conocer, su objeto se impone al hombre, y se concluye -mediante procedimientos de lógica formal- en verdades puramente abstractas, estando totalmente ausentes de este ámbito las valoraciones.

b) Las *ciencias prácticas*, cuya denominación viene de *praxis*, que significa conducta. Aquí estamos en el orden ético (siendo *ethos* equivalente a *mor*, *mores*, a moral; es el orden moral). En este tipo de ciencias el hombre indaga la verdad para que el propio hombre obre bien, busca la verdad para perfeccionarse a sí mismo. Se pasa del mundo exterior al interior del hombre. Son también denominadas ciencias normativas porque reglan la conducta del hombre. Entre estas ciencias Aristóteles ubica el conocimiento de la ética, la política y el derecho. El derecho es la regulación de la conducta humana con el fin del perfeccionamiento del hombre, para lograr el propio bien del hombre.

c) Las *ciencias técnicas, poéticas o artísticas*, cuya denominación viene del latín *arts* que en griego significa *teckne* o conocimiento técnico. En este tipo de ciencias el hombre busca la verdad para cambiar, para modificar el mundo exterior. Es el orden de la producción. Los clásicos subdividían este grupo de conocimientos en artes bellas (escultura, pintura) y artes útiles (herrería, carpintería).

2. Aristóteles también utilizó para clasificar las ciencias un criterio jerárquico, según el cual las más importantes son las ciencias teóricas, contemplativas o especulativas, ya que su fin es buscar la verdad en sí misma, sin que ello esté subordinado a ningún otro fin; en segundo lugar coloca las ciencias prácticas, ya que si bien están subordinadas a otro fin, el perfeccionamiento del hombre, éste es un fin superior; por último ubica las ciencias técnicas o artísticas, ya que las mismas están subordinadas a un fin subalterno cual es la modificación del mundo exterior al hombre.

3. Ahora bien, adelantamos que es común en el pensamiento jurídico moderno tratar (erróneamente, por cierto) a las realidades práctico-jurídicas al modo especulativo: aunque sin sostener expresamente que el derecho constituya un objeto especulativo, se lo trata como si lo fuera. El jurista (como el matemático o el físico) parte de un dato (p. ej. la ley) y a partir del mismo, o sea, dada una norma positiva, y un caso subsumible en dicha norma, se concluye necesaria y uniformemente en la decisión singular de la situación jurídica planteada. Como veremos, esto constituye un grave error, motivado por la ideología de la seguridad jurídica.

DISTINTOS ÁMBITOS DEL SABER JURÍDICO

Cabe advertir que todo aquello de que trata una disciplina se llama, en general, objeto de la misma; pero es necesario distinguir debidamente entre *objeto material* y objeto formal.

El objeto material es lo que la disciplina estudia, considerado indeterminadamente; el objeto formal lo constituye el aspecto determinado bajo el cual es estudiado.

El hombre, por ejemplo, constituye el objeto material de la biología, de la psicología y de la moral, pero mientras la primera lo considera como “ser vivo”, la segunda lo hace como “ser inteligente” y la última como “ser libre”. Se advierte, entonces, cómo el mismo objeto material es considerado de distinto modo, según su objeto formal.

Algunas veces el objeto material de una disciplina es suficiente para distinguirla de otras: no hay riesgo de confundir la botánica con la ciencia del derecho constitucional. Pero pueden dos o más disciplinas tener, en parte o en todo, un mismo objeto material, ya que una misma cosa puede ser estudiada bajo aspectos diversos; lo que no pueden tener dos disciplinas es un mismo objeto formal, pues en el momento que estudiaran la misma cosa bajo el mismo aspecto o punto de vista, coincidirían totalmente.

2. El derecho, el mundo jurídico, es el objeto material de diversas disciplinas, como la “filosofía jurídica”, la “sociología jurídica”, la “historia del derecho” y las “ciencias dogmáticas”. Estas disciplinas se distinguen por el punto de vista preciso, la formalidad, el aspecto bajo el cual consideran el común objeto material.

Así, la “filosofía jurídica” estudia el derecho primordialmente en el orden natural; la “historia del derecho” y la “sociología jurídica” consideran principalmente su dimensión fáctica y las “ciencias dogmáticas” fundamentalmente las normas positivas, “puestas” por los hombres en el área de la historia.

3. También debemos destacar -en orden a nuestro fin- que las ciencias dogmático- jurídicas (del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho civil, etc.), que consideran primordialmente el aspecto normativo del mundo jurídico, a su vez se diversifican en razón del punto de vista en que lo hacen; v. gr., la ciencia del derecho constitucional se ocupa del orden normativo positivo en cuanto hace referencia a la constitución en sentido material, mientras que la ciencia del derecho administrativo lo contempla en cuanto regula la función administrativa, elemento de síntesis que refleja adecuadamente la totalidad de las partes que componen a esta rama del derecho.

4. Hay que señalar que el derecho positivo está constituido no sólo por la Constitución y las leyes, sino también por otras normas tales como las sentencias, los contratos, actos administrativos, testamentos, etc., susceptibles todas ellas de la siguiente clasificación.

a) Normas generales: regulan por anticipado, en una forma abstracta, un indeterminado número de casos, como lo hace aquella norma que dice que si alguno roba debe ser castigado por un tribunal.

b) Normas individuales: a diferencia de las anteriores, regulan en forma concreta un caso particular, como la sentencia que resuelve que A debe ser sujeto a prisión por seis meses porque robó un caballo a B.

Los preceptos individuales son, al igual que la ley, normas jurídicas, regulando toda conducta humana (aunque algunas en forma abstracta y otras en forma concreta), presentando identidad lógica: si la ley (norma general) dice “Dado tal contrato debe ser tal consecuencia”, una sentencia dirá “Dado este contrato debe ser esta consecuencia”.

5. Debe quedar en claro que en modo alguno hacemos una separación rotunda entre “ser” y “deber ser”, como lo hiciera Hans Kelsen, pues lo cierto es que, si bien ambas categorías no se confunden, no cabe entre ellas la incomunicación ni el aislamiento, pues -decimos con Ortega y Gasset- “El ideal de una cosa, o dicho de otro modo, lo que una cosa debe ser, no puede consistir en la suplantación de su contextura real, sino, por el contrario, en el perfeccionamiento de ésta. Toda recta sentencia sobre cómo deben ser las cosas presupone la devota observación de la realidad”.

En suma, el “deber ser” sirve para ordenar y enjuiciar al “ser”.

LAS CIENCIAS DOGMÁTICAS, CIENCIAS PRÁCTICAS Y LA PRUDENCIA

Las ciencias dogmático - jurídicas (como la del derecho administrativo) son prácticas y no meramente especulativas, en la división primera del saber, según Aristóteles; se trata no de conocer por conocer, sino de conocer para obrar. Bien se ha dicho que el objeto terminal del conocimiento jurídico es siempre una decisión jurídica a tomar en una circunstancia concreta.

Todas las indagaciones y construcciones del jurista están encaminadas a preparar la decisión jurídica. Con esta finalidad aquél analiza las normas, utilizando los aportes de la filosofía (especialmente de la axiología jurídica), de la historia del derecho, de la sociología, etc.

Se advierte claramente, por ende, la importancia que tiene el conocimiento por parte del científico del derecho (jurisconsulto) de los principios del orden natural que deben orientar su labor de señalar a los creadores del derecho positivo (legislador, juez, administrador) las decisiones correctas.

Pero la elección de la decisión jurídica para introducirla en la existencia ya no es cuestión de puro conocimiento sino, precisamente, de prudencia.

La prudencia es una potenciación de la inteligencia y de la voluntad del hombre que le pone precisamente en situación de tomar decisiones acertadas;

incluye en su concepto la osadía del que debe lanzarse desde el mundo del conocimiento al de la acción para introducir en la existencia aquello que aún no es.

Para que, ante un caso singular, el creador del derecho positivo (legislador, juez, etc.) adopte una decisión acertada, una resolución prudencial, es menester que conozca:

- a) Los principios que gobiernan toda la extensión del orden ético.
- b) El orden normativo-positivo, objeto primordial de las ciencias dogmáticas.
- c) Las condiciones y circunstancias concretas que componen el caso singular.

Por ello Santo Tomas de Aquino ha dicho que el prudente precisa conocer tanto los primeros principios universales de la razón, cuanto las realidades concretas sobre las que versa la acción.

Mas el sólo conocimiento es impotente para conducir a la solución normativa adecuada; es menester además un acto de voluntad recta.

La prudencia es una de las virtudes cardinales y sólo cuando es constante y perpetua la voluntad de dar a cada uno lo suyo, ésta moverá a la razón para que dicte una solución conforme a la verdad.

Dentro del marco de posibilidades que siempre se ofrece al creador de derecho positivo, la razón descubrirá la resolución justa y acertada si la voluntad aspira a los verdaderos principios de justicia.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Con el concepto que hemos dado de función administrativa, podemos decir en consecuencia que el derecho administrativo es el sector del derecho relativo a la actividad o función administrativa, siendo la función de marras el elemento de síntesis que refleja adecuadamente la totalidad de las partes que componen a esta rama del derecho.

Ahora bien, la función administrativa:

- a) Se manifiesta en diversas formas (actos administrativos, contratos de la administración, servicios públicos, etc.).
- b) Es ejercida por el Estado y por ciertas personas jurídicas de las que aquél se vale para el cumplimiento de sus fines; personas jurídicas que expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran y que constituyen los llamados “órganos individuos”.
- c) Tiene a su disposición ciertos medios para el cumplimiento de sus fines (dominio público y privado del Estado).
- d) Se fundamenta en ciertas atribuciones (poder de policía, regladas y discrecionales, etc.).

e) Tiene límites, asegurados, por ejemplo, por recursos administrativos y acciones judiciales.

Ergo, es correcto decir que el sector del derecho relativo a las formas que reviste la función administrativa, a los sujetos que la ejercen, a los medios de que se sirve, a las atribuciones en que se fundamenta y a sus límites, es derecho administrativo por referirse a la función administrativa.

LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

Está claro que resulta necesario distinguir debidamente entre el objeto y la disciplina científica que lo estudia. En nuestro caso, el objeto es el derecho administrativo, y la disciplina científica que estudia ese objeto formal es la ciencia dogmática del derecho administrativo. Por ello nos parece incorrecta la afirmación de que el derecho administrativo es una disciplina científica, por la confusión en que incurre entre objeto y ciencia.

Por otra parte, creemos que el origen de las diversas ramas o sectores del derecho y, correlativamente, de sus diversas ciencias (penal, civil, administrativa, etc.), se encuentra en esto: el inmenso ámbito del derecho y la necesidad de la división del trabajo, derivada de la limitación de nuestra mente, hacen necesario dividir la totalidad de los fenómenos que esencialmente, en su raíz, son uno, en distintos órdenes particulares que son estudiados cada uno por una ciencia singular.

Precisamente por la unidad del objeto material de las ciencias jurídicas y por la unidad esencial de los fenómenos jurídicos, es que pensamos que resulta prácticamente imposible establecer límites precisos y tajantes entre las distintas ramas del derecho y que, además, las distintas disciplinas jurídicas guardan entre sí múltiples conexiones.

Ahora bien, respecto de la distinción entre ciencia del derecho administrativo y ciencia de la administración, esta última estudiaría las formas, modos y medios posible para lograr la máxima eficacia de la función administrativa, en tanto que aquélla tendría por objeto el régimen jurídico de la misma función. Así, por ejemplo, el régimen jurídico de los procedimientos de contratación sería estudiado por la ciencia del derecho administrativo, en tanto que sería materia de la ciencia de la administración el determinar si conviene la contratación directa o por licitación, o cuál tipo de licitación es más ventajoso.

Hay que advertir que la distinción entre estas ciencias no es pacífica en la doctrina. Por nuestra parte, adherimos a quienes advierten que no parece necesario, ni posible, separar las respectivas investigaciones, que están estrechamente ligadas, siendo conveniente estudiarlas conjuntamente, por más que teóricamente el distingo sea exacto, pues una cosa es el estudio de las diferentes formas posibles de organizar y accionar la actividad administrativa a fin de lograr la máxima eficacia y otra estudiar su régimen jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, John, "The province of jurisprudencie determined", Ed. H. L. Hart. Nueva York, 1954

BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Bs. As., 1972, Ediar.

_____, "Derecho Constitucional", Tomo I, Ediar. Bs. As., 1964,

_____, "La Historicidad del Hombre, del Derecho y del Estado", Ed. Manes. Bs. As, 1965

CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del derecho público – Constitucional y Administrativo", La Ley. Bs. As., 2015

_____, "Derecho Administrativo y Derecho Público General", IB-deF. Bs. As., 2020.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I, Ediar. Bs. As., 1960.

COLLIN, Enrique, "Manual de Filosofía Tomista", Barcelona, 1943, Ed. Luis Gili.

DELPIAZZO, Carlos E., "Derecho Administrativo General, Volumen 1, AMF. Montevideo, 2011.

ELORRIETA y ARTAZA, Tomás, "Tratado Elemental de Derecho Político Comparado", s/f, Hijos de Reus Editores. Madrid

FARÍA, Rafael, "Cosmología y Ética. Curso de Filosofía", Bogotá, 1954.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa. México, 1960

GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción al derecho, La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", Depalma. Bs. As., 1967

_____, "Filosofía, Historia y Derecho", Valerio Abeledo. Bs. As., 1953,

GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", *passim*.

Corts. GRAU, José, "Filosofía del Derecho, Ed. Nacional. Madrid, 1962

_____, "Historia de la Filosofía del Derecho", Ed. Nacional. Madrid, 1952

KELSEN, Hans, "La Teoría Pura del Derecho", Ed. Lozada. Bs. As., 1941

LEGÓN, Faustino J., "Tratado de Derecho Político General", Tomo II, Bs. As., 1961

- LEGAZ y LACAMBRA, Luis, "Introducción al Derecho", Barcelona, 1943, Bosch.
- LINARES, Juan Francisco, "Poder discrecional administrativo", Bs. As., 1958, Talleres Gráficos de A. Baiocco y Cía.
- MARTÍNEZ DORAL, José María, "La estructura del conocimiento jurídico", Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.
- MILLÁN PUELLES, Antonio, "Fundamentos de la Filosofía", 14ª Edición. Madrid
- MONTEJANO, Bernardino, "Curso de Derecho Natural", Ed. El Cid. Mar del Plata, 1967,
- PITARQUE, Felipe, "Curso de Sociología Pontificia", Ed. Casulleras. Barcelona 1957,
- ROSSI, Abelardo F., "Misión del derecho positivo en la vida de los pueblos", Rev. El Derecho, Tomo III, Ed. El Derecho. Bs. As., 1962
- RECASÉNS Siches, Luis, "Vida Humana, Sociedad y Derecho", Ed. Porrúa. México, 1953
- _____, "Tratado General de Sociología", Ed. Porrúa. México, 1956
- _____, "Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa. México, 1959
- SANCHO IZQUIERDO, Miguel, "Filosofía del Derecho y Principios del Derecho Natural", Biblioteca de Iniciación Jurídica. Zaragoza, 1944.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", Tomo I, Tea. Bs. As., 1949

EL PERMANENTE RETO DE MEJORAR LA DEMOCRACIA

Jesús Luis CASTILLO VEGAS
Catedrático de la Universidad de Valladolid

I. JUSTIFICACIÓN Y CLASES DE DEMOCRACIA

1. *La legitimidad democrática*

Entre quienes justifican la democracia, unos lo hacen porque consideran que tiene un valor intrínseco, mientras que para otros su justificación es de tipo consecuencialista, o sea, que la defienden por las ventajas que proporciona frente a otros sistemas políticos. Para Schumpeter la democracia aparece como un método racional de elegir a los dirigentes que confía esa responsabilidad a los votos de los ciudadanos. “La similitud con el modo en que funciona una economía de mercado es ostensible: los partidos actúan como empresas que les ofrecen sus productos a ciudadanos que se comportan como si fueran consumidores que, en este caso, no disponen de dinero sino de votos”¹. En esta misma línea de justificación por su utilidad, tiene la democracia, entre otros elementos que refuerzan su racionalidad, los dos señalados por Karl Popper: primero, que favorece el desarrollo de la ciencia, al permitir la libertad de expresión y de pensamiento y, segundo, que es una forma de gobierno que hace posible el cambio pacífico de gobernantes y la introducción de reformas sin violencia². Se puede justificar la democracia por ser el sistema que tiende a proporcionar leyes más justas, porque en ella el pueblo no pasa hambre, porque tienen menos corrupción o porque las democracias no hacen la guerra (al menos, entre ellas)³.

¹ NUN, José, *Democracia. ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, prólogo de Fernando Vallespín, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 19. La obra del economista austriaco Joseph SHUMPETER, titulada *Capitalismo, socialismo y democracia*, se publicó en 1942.

² Véase Karl R. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos* [1945], Barcelona, Paidós, 2006.

³ Véase Michael DOYLE, *Ways of War and Peace*, Londres, W. W. Norton, 1997.

Sin embargo, la democracia no se puede reducir a un procedimiento de elección de los gobernantes, es el gobierno de los “ciudadanos libres e iguales” y eso exige muchas cosas. La democracia implica el soberano derecho de todos los hombres a participar en todas las cosas que les atañen, directamente o a través de sus representantes. La democracia es el gobierno de las leyes, y no solo a través de ellas, y eso exige el sometimiento al Derecho de todos, gobernantes y gobernados. La democracia hoy día va inexorablemente unida al respeto de los derechos humanos, tanto individuales como sociales y políticos. No hay democracia sin derechos humanos. Para Carlos S. Nino la legitimación de la democracia procede del hecho de que los procedimientos que emplea para elaborar las leyes son los mismos que dan legitimidad al discurso moral, aunque se trate siempre de requisitos que se cumplen de manera imperfecta: “La democracia, siendo un sucedáneo del discurso moral, que es la última fuente de legitimación, legitima imperfectamente las normas y decisiones que se obtienen a través de ella”⁴. Son las condiciones de generalidad, publicidad, imparcialidad, revisabilidad, etc., las que otorgan un plus de racionalidad a las leyes y medidas adoptadas por las democracias respecto a otras formas de gobierno.

En un plano práctico nada define mejor a la democracia que la regla de la mayoría. Un sistema es democrático cuando establece la regla de la mayoría como criterio de decisión. Ahora bien, es obvio que para saber lo que piensa la mayoría hay que dejar que todos se pronuncien. Sin elecciones, sin votaciones, no hay ni mayoría ni minoría. La democracia supone el derecho al voto, pero además, en condiciones de igualdad (un hombre, un voto) –no son democráticos los sistemas de votación censitaria, que condicionan el voto a la propiedad o a la capacitación intelectual- y de libertad (el voto debe ser libre)⁵. La democracia supone sujetos políticos, o sea, sujetos libres y la libertad incluye el poder votar y el poder no votar. Para la concepción republicana en cambio es perfectamente posible que votar sea una obligación. Hay además una exigencia ineludible de respeto de las minorías, por lo que supone de conservación del sistema, de posibilidad de cambio de esa mayoría. La democracia es una forma de gobierno respetuosa con la oposición. Se dice que en las dictaduras el gobierno persigue a la oposición y que en las democracias la oposición persigue al gobierno. Desde Aristóteles se considera que, cuando gobierna la mayoría, pero lo hace en su propio interés, es un gobierno demagógico. La democracia puede seguir siendo definida como lo hizo Abraham Lincoln en su discurso de Gettysburg de 19 de noviembre de 1863: “La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Eso supone reconocer al ciudadano

⁴ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derecho humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 243

⁵ Nos recuerda Alejandro NIETO que en España “el cuerpo electoral en 1834 comprendía 16.000 ciudadanos, es decir, el 0,15% de la población y que a mediados de siglo todavía no había llegado al 5%” (*El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 66).

como sujeto autónomo, o sea, capaz de participar en la elaboración de las reglas que rigen su vida social. Pero, además, la pretensión de que sea un gobierno para el pueblo obliga a que no se busque meramente el interés de una mayoría, por amplia que sea. “En otras palabras, el gobierno de la mayoría debe tener en cuenta los intereses de todos. Si no, pues, por todo el pueblo, según la regla de la mayoría, el gobierno democrático debe ser para todo el pueblo, al menos según la regla del respeto de la minoría”⁶. Una democracia no sólo exige la realización de elecciones periódicas en las que todos los ciudadanos adultos pueden ejercitar su derecho de sufragio libre, secreto, y elegir entre diferentes partidos políticos. Una democracia presupone libertad de información, de prensa, de expresión, de reunión y asociación. Una democracia precisa un Estado de Derecho con sometimiento de gobernantes y gobernados a las leyes, con independencia judicial. Además, se podría añadir que las democracias reconocen la autonomía del mercado, que dejan libertad al Banco Central, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la Radio y Televisión públicas, y que en ellas el Ejército está sometido al poder civil.

Aunque se admita que la democracia es “el menos malo” de los sistemas de gobierno, y se esté de acuerdo en que también plantea problemas, lo cierto es que lo hace en menor medida que los restantes sistemas. La democracia goza de un tipo de legitimidad de la que están excluidas las otras formas de gobierno. La legitimidad democrática supone la aceptación del poder por parte de la propia sociedad a la que se pide obediencia⁷. La democracia se basa en el consentimiento, pero no “en general”, “de la mayoría”, etc., sino que es posible apelar al consentimiento de todos y cada uno de los ciudadanos, incluido el de aquellos que están en contra de la decisión adoptada por esa democracia. Y es que el consentimiento estaría implícito en el solo hecho de participar en el juego democrático. Según Carlos S. Nino: “La idea sería, entonces, que la participación en el proceso democrático, aun para expresar desaprobación, puede en sí misma implicar consentimiento hacia el resultado de ese proceso, y así la democracia sería la única forma de gobierno que garantiza que su producto -leyes, etc.- es consentido por aquellos a quienes se aplica”⁸. El iusfilósofo argentino compara ese consentimiento tácito con el que se presta cuando participamos de las rondas de vinos con unos amigos y aceptamos su invitación contrayendo el compromiso de pagar una de las rondas. Participar del juego democrático nos compromete a aceptar su resultado, aunque nosotros hayamos votado en contra.

⁶ BILBENY, Norbert, *Política sin Estado. Introducción a la Filosofía Política*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 167.

⁷ GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su ‘Momento Maquiavélico’*, Madrid, Civitas, 2000, p. 25.

⁸ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derecho humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984, pp. 232-233

La democracia es una forma pública de gobernar frente al secreto característico del despotismo ilustrado. Frente al secreto que procedía del palacio y del templo, la democracia está desde su origen unida a la plaza, al ágora donde concurren de manera abierta los ciudadanos. Cuando la presencia física se hace imposible, entonces la libertad de prensa se convierte en un elemento sustentador de toda democracia. Ya Tocqueville, en su famosa obra *La democracia en América*, destacaba el importante papel de la prensa en el funcionamiento democrático⁹. Tras la Revolución Francesa, el poder se ve obligado a dar explicaciones. Se trata de hacer visible el ejercicio del poder político. La visibilidad del poder democrático es casi una definición del mismo: que las sesiones del Parlamento sean públicas, que se conozcan las actas y lo que vota cada diputado, que la vista judicial sea pública, que los jueces razonen sus sentencias, etc. “La democracia es el intento de que el poder sea visible para todos; es, o debería ser, ‘poder en público’, aquella forma de gobierno en que la esfera del poder invisible se reduce al mínimo”¹⁰. Publicidad en la toma de decisiones que debe ir precedida de un debate público, pero publicidad también porque un gobierno democrático es un gobierno apoyado en la opinión pública. Nada caracteriza mejor a un gobierno no democrático que la censura. En el planteamiento de Kant, el recurso a la publicidad llega aún más lejos. “Kant hace de la publicidad nada menos que un criterio para distinguir al gobierno justo del que no lo es: si se llegaran a hacer públicos los planes de un poder injusto no podrían, de hecho, llevarse a término, y por eso exigirá siempre que sus planes sean mantenidos en secreto”¹¹. En este mismo orden dice Hannah Arendt del totalitarismo: “La única regla de la que todo el mundo puede estar seguro en un Estado totalitario es que, cuanto más visibles son los organismos del Gobierno, menor es su poder, y que cuanto menos se conoce una institución, más poderosa resultará ser finalmente”¹². La democracia sería hostil al secreto. Por todo ello se ha definido a la democracia como “el gobierno del poder público en público”; es el gobierno “del público”, en el sentido de los que asisten a la representación, o sea, del pueblo, pero además es el gobierno que se lleva a cabo “en público”, sin secretos, sin *arcana imperii*. Bobbio nos recuerda cómo los monarcas absolutos, que gobernaban de manera secreta, sin embargo hacían ostentadamente pública su vida privada: “Cuanto más absoluto es el príncipe más debe aparecer en el exterior con los signos inconfundibles de su poder: la regencia en medio de la ciudad, la corona, el cetro y los otros símbolos reales,

⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América* [1835], Madrid, Alianza, 2006, vol. I, segunda parte, cap. III.

¹⁰ BOBBIO, Norberto – VIROLI, Maurizio, *Diálogo en torno a la república*, traducción de Rosa Rius Gatell, Barcelona, Tusquets Editores, 2002, p. 97-98

¹¹ BILBENY, Norbert, *Política sin Estado*, p. 189

¹² ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, 3. *Totalitarismo* [1951], trad. de Guillermo Solana, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1987, p. 608

la magnificencia de los vestidos, la corte de los nobles, la escolta de armas, la ostentación de los símbolos ´vistosos´ para hacer públicos los principales momentos de su vida privada, bodas, nacimientos y muerte (en singular contraste con lo secreto de los actos públicos)”¹³. No es un juego de palabras: mientras que la vida pública (política) se oculta; la vida privada se hace pública (visible). En modo alguno se está diciendo que la democracia no pueda utilizar el secreto y la disimulación en sus relaciones exteriores. Pero hay una diferencia importante. En la monarquía absoluta, y en todos los regímenes autocráticos, lo secreto es la regla, es la forma ordinaria de ejercicio del poder (porque si se hicieran públicos sus designios éstos se verían estorbados no sólo por los enemigos exteriores, sino por sus propios súbditos); mientras que, en la democracia, el secreto es la excepción que debe por ello ser explicada, justificada, sometida a las leyes y aplicada de manera restrictiva.

2. *Democracia representativa y democracia directa*

La democracia es claramente un concepto con una extensa diversidad de significados. Se muestra bien esa riqueza en los adjetivos que se utilizan para calificarla: liberal (se refiere a las democracias occidentales que surgen a partir de las revoluciones inglesa, americana y francesa); directa (en ella los ciudadanos no se limitan a elegir unos representantes sino que votan las principales políticas a seguir); popular (se denominaba así a los Estados de inspiración comunista); orgánica (para referirse al corporativismo de tipo franquista); agregativa (mero uso de la regla de la mayoría: ´un hombre, un voto´); negociadora (grupos de interés que pactan con otros); participativa (mediante grupos informales de la sociedad civil); deliberativa (fuerza del mejor argumento, debate, imparcialidad, publicidad, información suficiente; búsqueda del bien común).

Nos encontramos así con la paradójica situación de que el término democracia es reivindicado para avalar planteamientos políticos muy diferentes que se negarían ese título unos a otros. Se puede entender la democracia como ausencia de dominación, o sea, sólo habría democracia cuando en realidad no manda nadie. En el límite, la anarquía sería la forma política más democrática. Pero lo cierto es que esto es una pura ideología, porque siempre manda alguien en toda sociedad. Cuando no hay una estructura organizada se crean otras por la vía de hecho de manera espontánea. También cabe entender la democracia como una forma de autodomínación. Mandamos sobre nosotros mismos, nos autogobernamos. También es una concepción utópica porque siempre hay diferencia entre los que mandan y los que obedecen. Es la concepción rousseauiana de la democracia directa. En otros casos, se ve la democracia como el gobierno de la mayoría. Hay una diferencia entre la mayoría que manda y la mi-

¹³ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia* [1984], trad. de José F. Fernández Santillán, primera reimpresión de la primera edición en castellano, Santafé de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 74.

noría. Pero tampoco es realista porque de hecho siempre manda una minoría, unos pocos. La ley de hierro de la oligarquía, de Robert Michels, enseña cómo las organizaciones son progresivamente dirigidas por grupos cada vez más pequeños. El Estado lo controla el Gobierno, el Gobierno lo controla el partido, el partido un pequeño grupo de dirigentes. Y ello porque para ser eficaz hay que delegar y especializarse¹⁴. Una democracia legítima tiene que ser capaz de hacer frente a estas tendencias.

Nuestra propuesta política, el permanente reto de mejorar la democracia, se va a asentar sobre un concepto de democracia no excluyente, que admita la compatibilidad, incluso la necesidad de armonizar, entre diversos modelos democráticos. Así cabe entender la propuesta hecha por Ramón Luis Soriano con su fórmula de democracia “armónica” que es una conciliación de la democracia representativa (convenientemente modificada en el papel cuasimonopolístico que se atribuye en ella a los partidos políticos), de la democracia directa (en la que los ciudadanos votan no solo representantes sino también políticas) y de la democracia participativa (que ofrece cauces de participación a los grupos de la sociedad civil). No se rechaza sin más la democracia representativa, que es la realmente existente en la mayoría de los países, sin embargo, hay buenas razones para implementar las instituciones propias de la democracia directa (como la iniciativa legislativa popular y el referéndum), que están en muchas ocasiones solo formalmente incluidas en la Constitución, pero con tal cantidad de condiciones que apenas son realizables. Y asimismo se apoya la aportación hecha por la democracia participativa que puede venir a corregir el corporativismo propio de los partidos políticos: “El corporativismo es la peor lacra de los partidos de cara al ciudadano; la que hace más visible que la política no es una vocación o un servicio, sino una actividad más, en la que los profesionales de la política se lucran y autoprotegen”¹⁵. En esta misma línea conciliadora podemos situar a Pérez Luño quien parece decantarse por fórmulas mixtas de democracia representativa y democracia directa, por complementar la deliberación con la participación: “Por eso, para la plena garantía de los derechos y libertades en el marco del Estado constitucional no se debe optar por uno de esos tipos alternativos de democracia, sino que debe reforzarse su complementariedad”¹⁶.

¹⁴ Véase MICHELS, Robert, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna* [1911], trad. de Enrique Molina de Vedia, 2ª ed., Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2008, vol. I.

¹⁵ SORIANO DÍAZ, Ramón Luis, “Un nuevo modelo de democracia: la democracia armónica”, en SORIANO DÍAZ, Ramón Luis y otros (Coords.), *Temas clave de la Filosofía del Derecho y Política. Comentarios críticos*, Madrid, Tecnos, 2019, p. 251.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 77.

No basta con posicionarse a favor de la democracia. Hay que aclarar de qué clase de democracia se trata. A nuestro juicio, es mejor la democracia representativa, aunque indudablemente los modelos existentes de la misma son mejorables con algunas de las claves procedentes de la democracia directa: permitir las listas abiertas para poder elegir a los representantes políticos rechazando a aquellos que conocemos como ineficaces o corruptos, democracia directa en los ámbitos donde es posible como en la propia universidad (donde es factible participar en las propuestas mucho más allá de elegir directamente al rector, al decano, etc.). Se puede incrementar la participación ciudadana mediante sistemas de referéndum, o consultas populares. Se pueden potenciar los mecanismos de control accesibles a los ciudadanos: iniciativa popular, mecanismos de revocación, etc. Pero ninguno de esos medios pretende superar la democracia representativa¹⁷. Sin renunciar incluso a que el sistema representativo sea el dominante, la democracia directa, según Höffe, sirve, entre otras cosas, para “poner freno al poder desbordante de la ‘clase política’, en especial el poder de los partidos y del gobierno” y, por supuesto, sirve para reducir “el distanciamiento entre los políticos y los ciudadanos”¹⁸. Las llamadas democracias participativas o deliberativas no son alternativas a la democracia representativa sino mecanismos para mejorar la legitimidad de ésta.

Los defensores más acérrimos de la democracia directa señalan que la no realización de la misma se debe a dificultades operativas (de concentrar en un mismo lugar a toda la población de un país, por ejemplo) y por eso ven en las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación una manera de superar esas dificultades. En el “ágora virtual” cabrían realmente todas esas personas que en la plaza pública no podrían ni siquiera sentarse. Incluso la técnica actual permitiría aplazar la toma de decisiones para mejorar la información, hacer posible el debate y evitar la precipitación emocional en las soluciones que siempre se reprochó a la democracia ateniense, que se toma como modelo de la democracia directa, con el ejemplo clásico de la condena de los almirantes que participaron en la batalla de las Arginusas. Sin embargo, frente al optimismo anterior han sido muchos los que han resaltado las dificultades con las que se presentaría la democracia electrónica. No es realmente posible un debate serio entre los centenares de miles o millones de personas que componen una sociedad. Es más fácil, eso sí, implantar mecanismos de pregunta y respuesta, pero eso provoca la dificultad de precisar quién debe ser el encargado de formular la pregunta. Ya hemos visto ejemplos de preguntas tremendamente enrevesadas

¹⁷ Sobre las herramientas disponibles para facilitar la participación de los ciudadanos y el control de los gobernantes véase Alfredo RAMÍREZ NÁRDIZ, *Democracia Participativa. La Democracia Participativa como profundización en la Democracia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

¹⁸ HÖFFE, Otfried, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización*, trad. de Carlos Díaz Roca, Katz, Buenos Aires, 2007, p. 114.

en los referéndums. Cuando simplemente se piensa en mejorar la democracia representativa con iniciativas y referéndums ese papel queda claro a quién corresponde, pero no para quienes piensan en sustituir la democracia representativa por otra directa.

Los problemas técnicos que persisten a día de hoy (el reparto asimétrico en el acceso a la red y en la provisión de contenidos; la información que sigue estando en manos privadas, etc.) pueden acabar siendo resueltos. Pero la pretensión de sustituir la democracia representativa por una democracia electrónica no parece aceptable. Una democracia armónica no puede renunciar nunca al logro del bien común, y ese objetivo no se consigue con individuos que, aunque conectados a la red, siguen buscando intereses particulares, actúan movidos por objetivos a corto plazo y se dejan motivar por emociones no siempre confesables. El rechazo de la democracia cibernética no significa que no reconozcamos la evidente utilidad de estas tecnologías para hacer posible la consulta a la población, aprovechando por ejemplo la realización de las elecciones de la democracia representativa, como ya se hace en algunos países. Es cierto que la necesaria información para una participación adecuada resulta mucho más fácil, que se reducen los costes de la participación en algunas iniciativas como los Presupuestos Participativos, realizados a nivel municipal, con el conocido ejemplo de Porto Alegre, pero, como se ha señalado: “Las TIC por sí mismas no consolidan el ímpetu de la discusión política, el debate y la recolección de la información. El aumento de la información no mejora ni la voluntad de participar ni la calidad de la participación”¹⁹. Hay ejemplos, como la propuesta hecha por Robert Dahl con sus foros de discusión política (*minipopulus*), de utilizar las nuevas tecnologías para mejorar la participación política, pero no van dirigidas a sustituir la democracia representativa²⁰. Por otro lado, tampoco se trata únicamente de cambiar las urnas físicas por otras electrónicas, sino de aprovechar las nuevas tecnologías para incrementar la información política disponible, fomentar los foros de discusión política y otras formas de activismo. En esta dirección sí que parecen necesarias las “políticas activas por parte de los poderes públicos que permitan acceder libremente y sin obstáculos a la red y a sus contenidos, que eviten la exclusión de sectores de la ciudadanía”²¹.

Nos oponemos claramente a la sustitución de la democracia representativa por la democracia directa por varias razones. Como argumentaba Bobbio, la primera razón es que la democracia directa reduce el hombre al ciudadano, a su

¹⁹ AMEZÚA AMEZÚA, Luis Carlos, “Nuevas tecnologías y democracia participativa”, en CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás (Ed.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2011, p. 52.

²⁰ Véase Robert DAHL, A. *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Paidós, Barcelona, 1992.

²¹ MARTÍN CUBAS, Joaquín, *Democracia e internet*, Valencia, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED-Alcira-Valencia, 2001, p. 128.

dimensión política: “El ciudadano total y el Estado total son dos caras de la misma moneda, porque tienen en común, aunque considerada la una desde el punto de vista del pueblo, y la otra desde el punto de vista del príncipe, el mismo principio: ‘todo es política’, es decir, la reducción de todos los intereses humanos a los intereses de la polis, la politización integral del hombre, la resolución del hombre en ciudadano, la eliminación completa de la esfera privada en la esfera pública”²². La representación se articula en la democracia actual, en la democracia representativa que es la única existente, a través de los partidos políticos. No hay democracia sin partidos políticos, sin pluralidad, sin elecciones libres en las que los ciudadanos puedan elegir libremente entre diversas opciones. Los sistemas de partido único no son democráticos. Las elecciones deben ser libres y frecuentes; el derecho de voto universal, libre y secreto. Todas las voces tienen que tener el mismo derecho a expresarse, a competir con limpieza en las elecciones; de no ser así, las minorías quedan vulneradas, ni siquiera sabríamos si son realmente minorías y no tendría sentido admitir la legitimidad de la regla de la mayoría.

II. PROBLEMAS DE LAS DEMOCRACIAS ACTUALES

1. *Partitocracia*

No debe sorprendernos que la democracia tenga problemas. La democracia no es el sistema perfecto de gobierno, sino sólo el menos malo. Los otros son peores. Pero la democracia actual tiene un grave problema, que no es tanto de legitimidad (no hay alternativas mejores) cuanto de eficacia. Hay una grave falla entre lo que es y lo que debiera ser. “La democracia representativa vive un creciente proceso de contradicción entre lo que afirman sus principios y lo que indican sus hechos”²³. El discurso democrático resulta ser en buena parte un discurso vacío, no realizado.

El monopolio de la acción política por parte de los partidos ha permitido hablar de la partitocracia como sistema de gobierno. Las “falsas promesas” es una expresión divulgada por Bobbio. Una primera falsa promesa es que la democracia, la teorizada por Rousseau, supondría el fin de los cuerpos intermedios. Pero lejos de ocurrir eso, la democracia actual ha reforzado el papel de los partidos políticos y de los sindicatos. “Lo que ha sucedido en los Estados democráticos es exactamente lo opuesto: los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente pertinentes, las grandes organizaciones, las asociaciones de la más diferente naturaleza, los sindicatos de las más diversas

²² BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, p. 33.

²³ GARCÍA, Eloy, “Estudio preliminar” a POCOCK, J. G. A., *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, trad. de Marta Vázquez-Pimentel y Eloy García, Tecnos, Madrid, 2002, p. 58.

actividades, los partidos de las más diferentes ideologías y, cada vez menos, los individuos”²⁴.

La segunda promesa incumplida (Bobbio) es que la democracia nace como democracia representativa y esa representación precisa de la supresión del mandato imperativo. El representante para poder representar a la nación, para poder buscar el bien común, no debe tener que servir los intereses del pequeño grupo que le ha votado. Pero la democracia actual no ha sido capaz de hacer real esa supresión del mandato imperativo (que está formalmente en las constituciones) ya que los elegidos se encuentran totalmente sometidos a las directrices del partido en el que han sido elegidos y no pueden tomar sus propias decisiones, sino obedecer la disciplina de partido porque de lo contrario la próxima vez no estarían en las listas. Son muchos los males asociados a ese monopolio. La primacía del partido, de la organización sobre los diputados, es una obviedad. “Una de las causas básicas de la crisis de la institución parlamentaria se basa en el control del Parlamento por parte de las cúpulas dirigentes de los partidos políticos, y particularmente la del partido mayoritario, a través de los respectivos grupos parlamentarios”²⁵. Esta realidad afecta incluso al tipo de personas que son seleccionadas para la vida política. “De hecho, el partido suele seleccionar a los mediocres, a los más cómodos: para que no den guerra ni se separen de las instrucciones de la oligarquía y luego les salgan rivales o disidentes”²⁶.

Los representantes actuales de la política, que son los partidos políticos, no actúan como tales representantes, sino como dueños del poder. El incumplimiento de las promesas electorales, la manipulación de la propaganda electoral se ven como hechos normales de puro habituales que son. “Consecuencia obligada de la partitocracia es la creciente depreciación del parlamento, con el subsiguiente distanciamiento popular respecto de sus teóricos representantes”²⁷. Los partidos políticos actuales no representan a la nación, son meros grupos de presión con intereses particulares. Las democracias actuales no son sólo “mediáticas”, sino “mediadas”, están mediadas por los partidos políticos que se interponen entre los electores y el Parlamento.

²⁴ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, pp. 17-18.

²⁵ GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de derecho*, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, p. 79.

²⁶ NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, p. 93.

²⁷ RUBIO CARRACEDO, José, *¿Democracia o representación?* Poder y legitimidad en Rousseau, prólogo de Javier Muguerza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 206.

Los electores sólo eligen entre aquellas personas que han sido previamente elegidas por los partidos políticos²⁸.

La corrupción de la clase política es, posiblemente, el más grave de los problemas de la democracia y está íntimamente unida a los partidos políticos. Afecta a todas las formas políticas. Sistemas como la tiranía, la dictadura militar, el monarca absoluto, etc., son por sí mismos corruptos, pero la democracia no se libra de esta lacra. No sólo los banqueros del Renacimiento tenían suficiente dinero para pervertir la república manteniendo formalmente sus instituciones. Dice Viroli: “En un artículo que el diario *La Stampa* tituló acertadamente ‘Bush de’ Médici’, señalé que en la grande y consolidada democracia norteamericana una familia de magnates tejanos había conseguido, respetando la más absoluta legalidad constitucional, elegir a dos presidentes de la República en el breve período de doce años”²⁹. Se olvida del hermano que era Gobernador de Florida y del caso de la familia Kennedy muy similar. ¿Están abiertos a todos los cargos públicos? La corrupción es incompatible con la democracia, ya que no sólo afecta al principio de la mayoría (de poco sirve votar si las decisiones se adoptan luego atendiendo a intereses particulares), sino a la publicidad con que se deben adoptar las decisiones democráticas.

La principal corrupción es la que denuncia el republicanismo, a saber, la confusión de lo público con lo privado. Pero es que hoy día es muy difícil separar un campo y otro. Las televisiones públicas pueden tener una gestión privada, y estar al servicio de intereses privados, como son los del gobierno en el poder. Las grandes empresas ganan dinero con la colaboración directa del gobierno que les da los principales contratos públicos a cambio de ventajas económicas, cuando no directamente sobornos y empleo como asesores cuando dejan el poder. No hablamos solo de la corrupción individual, de algunos miembros del Gobierno, sino de la institucionalizada, de las conductas reiteradamente corruptas de los partidos políticos tanto en su financiación como en actuaciones claramente contrarias a lo que exige la Constitución.

Otra forma de corrupción conocida es la práctica del clientelismo. No es una realidad inevitable pero sí difícil de extirpar porque el votante/cliente que entrega su voto a cambio de favores no es consciente de la dominación en que se halla. El clientelismo es una amenaza para la democracia por la relación de dominación a que somete al beneficiario, porque dificulta la alternancia política, porque daña el principio de igualdad en la prestación de los derechos sociales y porque “afecta a la transparencia y la rendición de cuentas por

²⁸ Véase DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, trad. de J. Campos y E. González, México, FCE, 1957, p. 378.

²⁹ BOBBIO, Norberto – VIROLI, Maurizio, *Diálogo en torno a la república*, p. 91.

parte de los organismos públicos”³⁰. El mediador/conseguidor sabe que el beneficiario no le pedirá cuentas.

El desinterés de los ciudadanos es a menudo resultado de la percepción de la falta de repercusión de la política sobre la marcha real de las cosas. La legalidad no se compadece con la realidad. El ciudadano percibe que su vida va a cambiar muy poco, aunque cambie el gobernante. La sexta falsa promesa de la democracia expuesta por Bobbio se refiere a la educación de la ciudadanía. Los ciudadanos actuales, lejos de preocuparse por la política, votan cada vez menos. “En las democracias más consolidadas se asiste impotentes al fenómeno de la apatía política, que frecuentemente involucra a cerca de la mitad de quienes tienen derecho al voto”³¹.

La depreciación del prestigio y poder del Parlamento no acaba aquí. Esta pérdida se produce por el papel principal que adquiere el ejecutivo en la elaboración de las leyes. Elaboración que está mediada por múltiples grupos de interés que pactan con el gobierno la elaboración de las normas. El voto por convicción está siendo sustituido por un voto interesado. Los grupos de interés pactan con los partidos políticos entregando su voto a cambio de otras prestaciones. Se introducen así en las reglas políticas las reglas propias del mercado. La creación de leyes es manipulada por el poder ejecutivo, pero éste se ve obligado a pactar los textos legales con los sindicatos, empresarios, grupos de presión, asociaciones, etc. Las leyes son pactadas, y eso explica, a menudo, las incoherencias, contradicciones, textos oscuros, meras ideas programáticas, etc. El Parlamento se convierte en una cámara de ratificación de acuerdos adoptados fuera de ella. El debate parlamentario se pierde, las razones y argumentos no cuentan nada. El gobierno tiene más medios personales, materiales, de documentación, etc., lo que le sitúa en la mejor posición para legislar. No hay ninguna posibilidad de que a través del debate se convenza al adversario, porque los grupos parlamentarios ya tienen una posición previamente adoptada sobre los asuntos a debate.

La globalización aparece como un nuevo desafío a las democracias actuales en la medida en que estas democracias se asientan en el espacio limitado del territorio nacional y a la vez tienen que hacer frente a problemas que son globales. Los parlamentos nacionales son un espacio demasiado limitado para la envergadura de los nuevos problemas. Los Estados nacionales se desacreditan en la medida en que no pueden resolver la totalidad de los problemas que afectan a sus nacionales: de defensa, de seguridad económica, de conservación del medio ambiente, etc. “Obligados y sometidos por las fuerzas y exigencias del mercado global, enfrentados a problemas como la degradación

³⁰ RIVAS, Pedro, *En los márgenes del Derecho y el poder. Crisis de la representación, clientelismo, populismo*, Valencia, Tirant Humanidades, 2019, p. 60.

³¹ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, p. 25.

ecológica y la creciente desigualdad económica, las democracias estatales tienen un limitado control sobre las fuerzas que modelan su destino”³².

2. *La democracia mediática*

La distancia entre la democracia que es y la que debiera ser tiene también que ver con una de las características más relevantes de la democracia de nuestro tiempo, a saber, el papel creciente y dominante de los medios de comunicación. Las democracias actuales se han convertido en democracias mediáticas. El poder mediático es imprescindible para lograr el poder (campañas electorales) y para ejercerlo (sondeos públicos, encuestas, manipulación televisiva). La contaminación del mundo de la política por la lógica del marketing afecta no solo a la libertad de los votantes, sino también a la legitimidad de los representantes políticos. El elector no elige libremente ni con la información veraz que necesita, pero el Parlamento tampoco delibera ni a veces conoce las leyes que vota. Es significativa la ausencia de los parlamentarios de los debates en el Parlamento y su repentina aparición cuando el debate está siendo retransmitido en directo por la televisión. En 1960 Kennedy le ganó las elecciones a Nixon gracias a la televisión (Nixon salía sin estar bien afeitado y con las suelas de los zapatos desgastadas). Los que mandan son los expertos en comunicación que logran que se debata sobre trivialidades, que se orillen los grandes debates. En la política televisada la forma prima sobre el fondo, el envase sobre el contenido. En el político la buena presencia en televisión vale más que la prudencia política. “Ya no importa apenas lo que sepa ni casi lo que diga, lo importante es que ‘sepa estar’ ante las cámaras”³³. Se ve la política como un mercado por el poder. Los candidatos y los programas tienen la finalidad suprema de no decir nada comprometido. El poder de estos medios de comunicación ha llegado al extremo de manipular al propio electorado, que ya no busca información veraz, sino que prefiere directamente que se le entretenga. Los telediarios se han vuelto puro espectáculo. Dice George Soros: “Las personas han sido condicionadas mediante técnicas de manipulación cada vez más sofisticadas, hasta el extremo de que no les importa que les engañen; de hecho, aparentemente invitan positivamente a ello”³⁴. La legitimación actual no es religiosa, ni carismática, ni legal racional (Max Weber), ni está basada en la eficacia (Hobbes), sino que es una legitimación por manipulación.

³² LUCENA CID, Isabel Victoria, “Democracia global: presupuestos y perspectivas”, en SORIANO, Ramón – ALARCÓN, Carlos – MORA, Juan Jesús, (Dirs.), *Repensar la democracia*, Aconcagua, Sevilla, 2004, p. 117

³³ MUÑOZ-ALONSO, Alejandro, “La democracia mediática”, en Alejandro MUÑOZ ALONSO y Juan Ignacio ROSPIR (Eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 38.

³⁴ SOROS, George, *Mi filosofía*, trad. de Alejandro Pradera, Taurus, Madrid, 2010, p. 73.

Se trata de convencer a los ciudadanos de que se es eficaz, no de serlo. De ahí que el principal campo de batalla sean los medios de comunicación.

El politólogo francés Bernard Manin, después de explicar el cambio de la democracia parlamentaria a la democracia de partidos (el partido suplanta a la actuación individual propia del parlamentarismo), denuncia la suplantación de la democracia de partidos por la democracia mediática, de los medios de comunicación. “Aunque siguen sobreviviendo, el lugar central que en este último modelo tenían los partidos políticos es ocupado ahora por los medios de comunicación”³⁵. En la democracia mediática los asesores de imagen convencen a los políticos de que el contenido no es importante, de que deben hablar lo menos posible, “que deben limitarse a lanzar mensajes subliminales dirigidos secretamente a movilizar a grupos importantes”³⁶.

Para Platón, los sofistas eran, al igual que los artistas, los fabricantes de un doble engaño. Al igual que los artistas, los sofistas nos engañan, nos hacen ver lo que no existe. El pintor pinta unas uvas que no son de verdad. Pero éste es sólo el primer engaño, el propio del arte. Sin embargo, las nuevas técnicas artísticas que aparecen en Atenas en el siglo V a. C., permiten al artista llevar a cabo un segundo engaño, superior al tradicional y propio del arte. En la arquitectura, esas técnicas consistían en sutilísimas deformaciones que lograban evitar los efectos de la observación natural. Por ejemplo, en el Partenón no hay líneas rectas, sino que las columnas tienen ligerísimas incurvaciones, hechas precisamente para lograr el efecto de perspectiva de que parezcan completamente rectas. Se produce un efecto de paralelismo suprimiendo precisamente todo paralelismo. Esto es denunciado por Platón como un nuevo tipo de engaño por parte del artista. Por poner un ejemplo de nuestro tiempo: el cine lleva a cabo un primer engaño cuando el actor de una película de terror grita ante una situación fingida de miedo, y sólo produce el efecto deseado si el espectador acepta el engaño y se mete en el papel de la víctima. Pero hay otro engaño, no consentido, que es el de la publicidad subliminal. El arte supone siempre una ficción, pero una ficción que el receptor conoce y a la que se presta, como condición necesaria para producir el efecto. Pero ahora se trata de un engaño del que no somos conscientes, de un engaño por parte del artista al que no nos hemos prestado. El sofista también lleva a cabo este tipo de triquiñuelas en su discurso.

Los políticos guardan notables parecidos con los sofistas. La política también se representa hoy en un escenario mediático, que obliga a actuar. Los políticos son actores; y algunos actores, políticos. También con respecto a ellos nos hemos prestado a un primer engaño. Hemos aceptado no ser ciudadanos, en el

³⁵ VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 200.

³⁶ DWORKIN, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2008, p. 163.

sentido estricto del término (sujetos activos de la *polis*), hemos aceptado ser representados, que nos gobiernen. Hemos aceptado, además, que cobren por ello, que sean profesionales y que vivan de la política. Este es el primer engaño al que nos hemos prestado por comodidad, por pereza, por necesidad, o porque simplemente preferimos dedicarnos a otras cosas. Pero nunca nos hemos prestado a un segundo engaño, al que de manera casi sistemática nos someten los gobernantes. Hemos aceptado que cobren, pero no que se queden con el dinero público. Hemos aceptado que se fijen el sueldo, pero no que se apropien de los bienes del Estado.

Hemos aceptado que necesitamos profesionales, necesitamos expertos porque los problemas públicos se han vuelto extraordinariamente complejos y porque no queremos dedicar tiempo a entenderlos; pero no hemos aceptado, es un engaño de segundo nivel, que sustituyan a los políticos. El gobierno precisa la asesoría de economistas, de ingenieros o de médicos, pero no puede dejar en sus manos la decisión última sobre lo que debe hacerse. El representante político no tiene derecho a “delegar” su responsabilidad en los profesionales. Hemos consentido que ellos nos gobiernen, pero no que lo hagan otros, a través de ellos, por ejemplo, los banqueros. Literalmente no nos representan, porque actúan otros por ellos. Hemos aceptado la necesidad actual de gobernar a través de los medios de comunicación, pero no que sean esos mismos técnicos en marketing, en mercadotecnia, quienes nos gobiernen, mediante encuestas y propaganda. Hemos aceptado la representación del actor, que la política se desenvuelva en un teatro limitado, pero no que actúe según le mandan los asesores de imagen. Podemos entender que no nos digan la verdad, que debe haber secretos de Estado, pero no resulta de recibo la mentira pura y dura.

La democracia representativa, la única realmente existente, presenta, sin duda, problemas de falta de realización. En ella, los políticos aparecen como meros artistas, como si formaran parte del gremio teatral, porque la política se representa en una escena, concretamente en el escenario de los *media*. La fusión-confusión del político con el artista se acrecienta cuando no se puede distinguir entre el entrevistador y el entrevistado; cuando el entrevistador queda oculto al no conocerse la pregunta formulada; cuando las reacciones a los hechos son más importantes que los hechos mismos, etc. La política es hoy día, literalmente, un espectáculo, una obra teatral ofrecida para un público, cada vez más difícilmente separable del puro entretenimiento. No se cuenta el escándalo, sino que se produce, se provoca, se excita. No se traslada la crispación política, sino que se genera por el propio medio. No se sabe quiénes son los verdaderos actores, los que producen los hechos, sino que sólo conocemos a quienes los escenifican. No resulta posible diferenciar la propaganda de la publicidad; la venta mercantil de un producto del marketing político de los asesores de imagen. La confusión es casi total. Los *media* están politizados; los *media* dependen de intereses políticos; gobiernos y partidos tratan de controlar los medios y mantienen con ellos múltiples conexiones. Formaría parte de eso que hemos llamado el “segundo engaño” la ocultación deliberada de información por parte de las autoridades públicas. El primer engaño es aceptable ya que es

cierto que muchas cuestiones públicas son complejas y precisan preparación en quienes las manejan. Pero lo que no se puede admitir es la ocultación y tergiversación deliberada.

III. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1. *Más democracia*

El primer criterio de orientación de las propuestas es que los defectos de la democracia no se curan reduciéndola, sino todo lo contrario, potenciándola. Los gravísimos problemas a que deben hacer frente los gobiernos democráticos no se curan con soluciones “no democráticas”. Una de las cuestiones más debatidas, con relación a la democracia, es la de si se puede actuar antidemocráticamente para salvar la democracia. Es el problema de la autonomía política, de la razón de Estado, etc. Nuestra solución es que no. Admitir esa actuación antidemocrática, aunque sea para salvar la democracia, es dar la razón a Maquiavelo, es aceptar que el fin justifica los medios. El fin no justifica los medios. Como decía Borges literariamente “no se acaba con el canibalismo comiéndose a los caníbales”. Por eso es inadmisibles el terrorismo de Estado, aunque sea un terrorismo que proceda de un gobierno democráticamente elegido. Y lo mismo vale con respecto al empleo de la tortura con los detenidos, la detención por tiempo indefinido y otros tratos degradantes que hacen perder toda legitimidad a quien los permite. El gobierno democrático no puede rebajarse al nivel del criminal. La democracia ha de tener siempre dignidad moral. El reconocimiento de los problemas que afectan a las democracias no debe hacer pensar que se propone su eliminación o reducción. Al contrario, la propuesta es “más democracia”. Hay que retomar la fuerza de la democracia tal como aparece en su lucha contra el fascismo. “Y es que la democracia se redefine y toma, por decirlo de algún modo, nueva conciencia de sí misma a través, precisamente, de la negación del fascismo y de cuanto el fascismo había negado: el valor de la paz, la división de poderes, la igualdad de todos los hombres y mujeres del planeta, la tutela de sus derechos fundamentales”³⁷. En esa renovación de la democracia hay que situar la importancia dada a la Constitución. Frente al positivismo jurídico propio del Estado liberal, que exaltaba la ley, hoy día por encima de la ley está la Constitución. Y lo que caracteriza a la Constitución es que garantiza la división de poderes y el respeto de los derechos humanos. Como decía el artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: “Toda sociedad en la que no se asegure la garantía de los derechos ni la separación de poderes carece de Constitución”.

Frente al mal que hemos denunciado de un cuasimonopolio de la actividad política por parte de los partidos políticos no cabe sino potenciar las institucio-

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, p. 98.

nes de la democracia directa y de la participativa para corregir esa democracia representativa. Para Rubio Carracedo, la democracia representativa actual adolece de falta de participación. La representación está viciada por la falta de democracia de los propios partidos políticos. La división de poderes ha desaparecido y con ella se hace patente la falta de control del poder ejecutivo por parte del legislativo. En realidad, hoy día es el mismo partido que tiene la mayoría en el Parlamento el que tiene el poder ejecutivo. El Parlamento no controla, sino que apoya al gobierno. “La situación de la política contemporánea demuestra que el ingenioso sistema de pesos y contrapesos entre los tres poderes diseñado por Montesquieu ha perdido definitivamente su equilibrio en beneficio del ejecutivo”³⁸.

La democracia representativa se puede perfeccionar mediante la introducción y mejora de mecanismos de deliberación. Frente a otros modelos basados en la negociación o en el voto, la democracia deliberativa “fomenta un consenso más amplio, mejora las cualidades intelectuales y morales de los participantes, favorece mejores decisiones desde el punto de vista de la justicia distributiva, conduce a decisiones superiores, induce un modo de argumentar o justificar las demandas, etc.”³⁹. La idea regulativa en que consiste la democracia deliberativa nos puede servir de guía para corregir unos Parlamentos anquilosados donde no existe un auténtico debate, ni se busca el mejor argumento, ni hay ninguna posibilidad de que los diputados se convenzan entre sí de nada. La democracia deliberativa ni puede ni pretende sustituir a la democracia representativa, pero sí puede servir como inspiración para mejorarla de muchas maneras: “a) cambiar el sistema electoral en favor de listas abiertas, b) asegurar la posibilidad de que los ciudadanos ejerzan su derecho de sufragio pasivo con independencia de los partidos, si así lo desean, c) prohibir la disciplina de voto, d) introducir turnos abiertos en todas las sesiones parlamentarias, aunque esto suponga una mayor duración de los debates, e) obligar a todos los parlamentarios a responder las demandas que los ciudadanos quieran formularles, etc.”⁴⁰. La mejora del derecho de petición y de información favorecen el debate por parte de la sociedad civil pero no vienen a suplantar la capacidad decisoria que tienen los representantes elegidos.

La democracia no puede consistir sólo en la participación de los ciudadanos en la elección de los líderes encargados de resolver los asuntos políticos sino en el sistema de gobierno que permite participar a los ciudadanos en la

³⁸ RUBIO CARRACEDO, José, *¿Democracia o representación?* Poder y legitimidad en Rousseau, prólogo de Javier Muguerza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 178.

³⁹ REY PÉREZ, José, *El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2011, p. 221.

⁴⁰ MARTI, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 297

toma de decisiones políticas importantes. Los gobiernos deben facilitar la participación política y no entorpecerla. En ocasiones, la pretensión de desinformar roza el esperpento. En Castilla y León, el partido de la oposición en el Debate sobre el Estado de la Región de 2010 se quejaba de que la Junta (el Gobierno regional) mantenía un funcionario con la misión de “romper” las columnas de ingresos y gastos, dado que al ofrecer una información “todo seguida” resultaba demasiado fácil de entender a la primera. Entre la rica diversidad de organismos que existen en la sociedad civil encontramos muchos que han centrado su preocupación en potenciar la participación política ya sea facilitando la formación e información que se precisa, ya sea criticando las malas prácticas existentes. “En las redes sociales y en las plataformas ciudadanas se puede encontrar otra manera de hacer política y de expresar las demandas: una democracia real y una ciudadanía más activas, más participativa y colaboracionista”⁴¹.

Las aportaciones de la democracia directa y de la democracia participativa pueden ayudarnos a mitigar los males de la partidocracia, de la corrupción y de la falta de transparencia que hemos denunciado. Sin embargo, no se trata de sustituir a la democracia representativa. Una de las críticas más repetidas ha sido la de que los políticos “no nos representan”. Una democracia directa, como la exigida por Rousseau, obligaría a una politización total del hombre. El hombre quedaría disuelto en ciudadano. Sin esfera privada, sin autonomía privada, el ciudadano dedica todo su tiempo y todos sus esfuerzos a la gestión de la polis. Aunque esto fuera factible, ¿es deseable? Ante las denuncias que actualmente se dirigen contra los representantes políticos, algunos autores, sin exigir la democracia directa, piden una mayor dependencia de los representantes de los representados. Esa mayor vigilancia, incluso la posibilidad de revocar su mandato parece algo razonable. “El instituto de la representación revocable, contrapuesto al del representante desvinculado del mandato imperativo, está más cerca de la democracia directa”⁴². Sigue siendo una democracia representativa y no directa, pero se acerca más a ésta última. Sin embargo, Bobbio también nos alerta sobre los problemas del mandato imperativo. Cuando se admite el mandato imperativo, entonces el delegado puede ser revocado, pero eso genera una dependencia entre representante y representado que hace al representante un defensor de intereses privados, a saber, los del representado. Cuando las constituciones modernas prohibieron el mandato imperativo fue precisamente para permitir a los delegados que actuaran como representantes de la nación y no de tal o cual distrito. Andrea Greppi apuesta por las ventajas de la representación política aun reconociendo las enormes dificultades que pesan sobre ella, ya que se exige a las instituciones representativas que reproduzcan con la mayor fidelidad posible la variopinta complejidad social y, de otro lado,

⁴¹ FARIÑAS DULCE, María José, *Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 125.

⁴² BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, p. 39.

que sean capaces de articular una voluntad común. Para llevar a cabo esa compleja doble misión existe la prohibición del mandato imperativo. Si la representación no está trucada, los representantes elegidos serán “representativos” de la pluralidad social existente, pero para que la voluntad común surja es necesario que cada representante pueda aportar su parecer y pueda cambiar de opinión como resultado del debate. Para Greppi la representación supone además una posibilidad de cambio para los propios representados: “El objetivo del juego representativo ya no es reflejar pasivamente las demandas populares, sino crear espacios de mediación discursiva que permitan a los ciudadanos poner a prueba las razones que están en escena, para que cada uno pueda escoger entre ellas la que mejor responde a sus exigencias, en un proceso siempre abierto de aprendizaje individual y colectivo”⁴³.

Bobbio también se hace cargo de la aparición de una “democracia social” en el sentido de una mayor participación de determinados ámbitos como la escuela, las asociaciones y hasta la fábrica que pueden ser abiertos a la democracia, aunque tradicionalmente han estado cerrados a ella. Espacios hasta ahora reservados al poder jerárquico estarían siendo abiertos al poder ascendente que caracteriza a la democracia. La idea es que se puede ampliar mucho la democracia sin necesidad de llegar a la democracia directa: mediante la democracia en las escuelas, en la Universidad, en las empresas, en los municipios, etc. Aun manteniendo el “marco institucional” es posible dar mayor espacio a una ciudadanía que se puede expresar cada vez más tanto en la calle como en la red⁴⁴.

Cuando se defiende la mejora de la democracia hay que apelar a la mejora de mecanismos concretos como el referéndum o la iniciativa legislativa popular. Como interesa ofrecer modelos reales creemos que la organización política que más se acerca al modelo ideal es hoy día Suiza. El país alpino tiene el indudable privilegio de tratarse de una comunidad de dimensiones reducidas. Allí se combina la participación directa y la indirecta. Se eligen representantes, pero también se toman decisiones importantes por las asambleas populares o *Lands-gemeinde* donde se vota a mano alzada. Por ejemplo, la importante cuestión de quien debe ser suizo es competencia de estas asambleas de tal modo que son los propios vecinos que han de convivir con los recién llegados quienes deciden si acogerlo como ciudadano o no⁴⁵. Puede convocarse un referendo a petición de 50.000 ciudadanos u ocho cantones. También participa del espíritu republicano su milicia de la que forman parte durante algún tiempo todos los ciudadanos. Frente a la tesis liberal de que hay que pagar a los políticos como profesionales

⁴³ GREPPI, Andrea, *Teatrocracia. Apología de la representación*, Trotta, Madrid, 2016, p. 35.

⁴⁴ CRUZ ARTACHO, Salvador, *El gobierno del pueblo. Auge y crisis de la democracia representativa en Europa en el siglo XX*, Jaén, Universidad de Jaén, 2018, p. 73.

⁴⁵ BELTRÁN ADELL, Francisco, “El republicanismo en Suiza”, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 33 (2005), p. 212.

cualificados, en Suiza las remuneraciones de los cargos políticos son bajas y lo normal es dedicarse poco tiempo a la política y volver a las propias ocupaciones. Sin propugnar una libertad de los antiguos en exclusiva, es evidente que sí necesitamos ciudadanos más comprometidos, educados y dispuestos a participar de la cosa pública. La democracia no puede existir sin ciudadanos implicados en su mantenimiento y capaces de adoptar sacrificios para su existencia y mejora. Sostenía Cornelius Castoriadis: “Quiero sacudir a la gente, quiero hacerles comprender que el hombre no es, por derecho divino, un ser democrático, que la democracia ha supuesto una creación, una conquista de la historia, que está constantemente en peligro y que puede estar a punto de abandonar el terreno”⁴⁶.

2. *Más transparencia*

La transparencia, la publicidad en la toma de decisiones y en su ejecución, es un indicador capital de la calidad de la democracia. Son muchos los males que van asociados a la falta de transparencia: corrupción política, cargos asignados a dedo, falta de rendición de cuentas, economía sumergida, evasión de capitales, compra de votos, interferencias extranjeras en las elecciones, etc. Todos ellos amenazan el sistema democrático: “En las sociedades modernas se valora la democracia en función de su grado de transparencia, a más transparencia, más democracia”⁴⁷. Pero también son varios los mecanismos que permiten incrementar la transparencia: preguntas parlamentarias al Gobierno, debates del Estado de la Nación, Comisiones de Investigación, Tribunal de Cuentas, auditorías, presión de la opinión pública a través de la prensa, un derecho garantizado a solicitar información por parte de los ciudadanos, organismos internacionales como Transparencia Internacional, etc.

Si, con carácter general, se apuesta por más democracia para solucionar los problemas actuales de la democracia, del mismo modo, frente al concreto reto que supone la opacidad se apuesta por la transparencia, por un incremento de la publicidad en todos los niveles de la acción política. Entre las aportaciones que puede proporcionar la sociedad civil estaría la de conseguir que los políticos no nos engañen, que no se nos mienta, que se nos diga la verdad. El papel de un portal como *WikiLeaks*⁴⁸ sería un ejemplo de los mecanismos que avanzan en

⁴⁶ CASTORIADIS, Cornelius, *Democracia y relativismo*. Debate con el MAUSS, introducción y notas de Jean Louis Prat, traducción de Margarita Díaz, Trotta, Madrid, 2007, pp. 44-45.

⁴⁷ MOLINA MOLINA, José, *Por qué la transparencia*, 2ª ed., prólogo de Jesús Lizcano Álvarez, Pamplona, Aranzadi, 2026, p. 105.

⁴⁸ WikiLeaks es el portal de internet que en 2010 puso a disposición pública centenares de miles de documentos del Departamento de Defensa y del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

esta dirección. Si los actores principales de la política monopolizan los medios de comunicación, Internet ofrece una posibilidad de llegar a la verdad distinta de las fuentes oficiales. La tentación del político por engañar le resulta irresistible. No sólo el gobierno, sino los partidos políticos se ven compelidos para conseguir sus objetivos, si no a mentir, por lo menos sí a engañar. Según Vallespín, los políticos actuales, incluso cuando “no mienten” tampoco dicen la verdad, ya que “mentir no es lo mismo que engañar”⁴⁹. Los políticos se limitan a decir medias verdades, a distraer, a ocultar lo fundamental, a fingir, a silenciar lo que les interesa, a simular y disimular, a cuestionar la credibilidad del contrario, o sea, todas ellas son conductas que permiten engañar, aunque estrictamente no mientan. Se crea un clima determinado que sólo deja oír lo que se quiere, se daña irremediabilmente la comunicación. Ante la sofisticación de los medios de engaño, el ciudadano actual se siente indefenso, es fruto de ese doble engaño al que no se ha prestado en absoluto.

Se denuncia la mentira política como un tipo de mentira sistemática, organizada, como instrumento habitual de poder. Por ejemplo, la publicación de los papeles supuestamente secretos a través del portal *WikiLeaks* ha puesto de manifiesto que la inmensa mayoría de ellos no merecían la etiqueta de secretos, que nunca deberían haber sido clasificados como tales, que muchos de ellos son, como aseguraba Umberto Eco, “ecos de la prensa”⁵⁰. Si los políticos son figurantes que actúan en el escenario de la política, la revelación de estos papeles deja ver la parte de atrás del escenario, nos enseñan cómo es el actor cuando no está la cámara delante, cuando tiene los micrófonos apagados (o eso cree). Lo que descubrimos entonces es el empleo sistemático de un doble lenguaje; de una doble moral según el asunto afecte al gobierno o a la oposición. La utilización de la clasificación como secreto y su abuso sirve para encubrir no los intereses públicos, lo que el enemigo del Estado no debe saber, sino los intereses del partido, del gobierno, de tal o cual gobernante concreto. Se utiliza el secreto para cubrir ilegalidades, cuando no directamente delitos.

Los riesgos para la democracia no deben focalizarse en los partidos políticos y en los gobiernos, también existen empresas, sobre todo multinacionales, que suponen una amenaza para el juego político. La revolución tecnológica en la que nos hallamos inmersos, con fenómenos como la inteligencia artificial y el *Big Data*, comportan un reto para algunos derechos fundamentales de los ciudadanos y también para el propio sistema político democrático. Nos encontramos ante sistemas informáticos capaces de elaborar perfiles personales que revelarían las posiciones políticas de los ciudadanos lo que supone una vulne-

⁴⁹ VALLESPÍN, Fernando, *La mentira os hará libres. Realidad y ficción en la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, p. 14.

⁵⁰ ECO, Umberto, “Reflexiones sobre WikiLeaks”, reelaboración de dos artículos publicados en *Liberation* (el 2 de diciembre de 2010) y en *L'Espresso* (el 31 de diciembre de 2010), trad. de Helena Lozano, p. 174.

ración de su derecho a la intimidad, pero también un riesgo para el sistema democrático⁵¹. Es un ejemplo claro de lo que hemos llamado engaño de segundo nivel, un engaño no consentido por el ciudadano porque, aunque haya aportado voluntariamente la información, desconoce la densidad de la misma y, sobre todo, desconoce la finalidad de esa recopilación masiva de datos personales. La información que dejamos en nuestra navegación por internet o al participar de las redes sociales es recopilada por empresas informáticas que la utilizan con fines comerciales pero esa misma información puede ser empleada para enviar información política segmentada, para desinformar, para condicionar en suma los procesos electorales. Las poquísimas empresas que pueden llevar a cabo ese almacenamiento y tratamiento de los datos constituyen un oligopolio difícilmente controlable, su actuación carece de transparencia, el usuario aporta sus datos en muchas ocasiones sin darse cuenta de ello, creyendo que accede a servicios gratuitos, y desconoce las finalidades últimas de esa actividad. La posibilidad de ofrecer una publicidad e información a la carta (según los perfiles de los usuarios) discrimina a los usuarios según su capacidad económica (la finalidad principal es orientar la publicidad para incrementar su eficacia), refuerza los sesgos al ofrecer la misma información pedida por el usuario, influye en el comportamiento sin que el usuario se dé cuenta y, lo que nos interesa destacar ahora, distorsiona el juego político. Al poder ofrecer información “personalizada” al usuario es factible la manipulación, se puede ocultar información u ofrecer una información diferente según el tipo de perfil ideológico, lo que reduce la calidad de la opinión pública sobre la cual se construye el sistema democrático. La invasión en la intimidad tiene también el efecto de reducir la libertad de expresión, de discriminar en el igual derecho de los ciudadanos a la información, en definitiva, de afectar negativamente a derechos fundamentales que sostienen el sistema democrático: “Las libertades de expresión y de información cumplen por ello una función esencial de preservación del principio democrático y del pluralismo ideológico al permitir a los ciudadanos formar sus propias opiniones y convicciones, su conciencia individual y colectiva acerca de hechos y acontecimientos, así como participar en la discusión social sobre asuntos de interés público”⁵². El derecho constitucional a no ser obligado a declarar sobre la propia ideología o creencias queda vaciado de contenido cuando el tratamiento de la información disponible en la red hace posible que la información que almacenan esas empresas (*Google, Amazon, Facebook*) sea muy superior a la que tiene el usuario de sí mismo. La información segmentada por

⁵¹ Hoy día es posible manipular la propaganda a medida no solo de grupos o minorías sino “incluso de los votantes individuales” (D’ANCONA, Matthew, *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla*, trad. de Alejandro Pradera, Alianza Editorial, Madrid, 2019, p. 145)

⁵² GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “Reflexiones sobre el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI (2020), p. 267

perfiles individuales o de grupo hace posible el aislamiento de esas personas o minorías, orientando por ejemplo el tipo de noticias que reciben, y tiende a polarizar la sociedad al reforzar los sesgos detectados al conformar los perfiles. En suma, el discurso ideológico se reduce y se altera el debate público, lo que afecta a la calidad democrática. La única propuesta sería es la prohibición sin más de esa recopilación segmentada de datos relativos a opiniones políticas, religiosas o filosóficas. Hay que reforzar la legislación y las instituciones públicas encargadas de la protección de datos, así como exigir transparencia a las grandes empresas del mundo informático.

No existen soluciones fáciles para los problemas que asociamos a la democracia mediática y a la falta de transparencia. La doble exigencia de un mayor compromiso político y de una mayor transparencia de los gobernantes se hace especialmente compleja al tener que contar con la realidad existente de los diversos medios de comunicación de tal modo que la omnipresente y deletérea televisión sea compensada con una prensa escrita que aporte lucidez y profundidad a la información y que, asimismo, el oligárquico medio televisivo sea abierto a las nuevas vías de información que proporciona Internet. En todo caso, si queremos mejorar la democracia será inevitable pedirle al ciudadano un mayor esfuerzo y más tiempo para mejorar su formación y ampliar la información que necesita para llevar adelante esta tarea.

LA SEPARACIÓN DE PODERES, SU EQUILIBRIO DINÁMICO Y LA SUPERACIÓN DE LAS CRISIS DENTRO DEL MODELO: ALGUNAS REFLEXIONES

Jesús Gerardo DÍAZ¹

Profesor en la Universidad Católica del Táchira

I. AL INICIO

Justo es rendir homenaje a quien lo merece, a aquel que ha dedicado su vida a cultivar con éxito el arte, servir a la ciencia, cuidar la familia y esforzarse en el trabajo cotidiano. Mejor si en vida del homenajeado ello se hace, como muestra de respeto consciente y cercano, de afecto que se exterioriza. El Doctor José Luis Villegas Moreno es uno de esos hombres de leyes de difícil parangón, del tribunal al salón de clases, la cátedra es su oficio más destacado, en todo tiempo y lugar. Generaciones de abogados en pre y postgrado, le deben su particular gusto por el Derecho Público a su pasión desbordante por esta ciencia. Hombre siempre en la frontera, no solo la física, hizo de esta tierra del Táchira su segundo hogar, encontrándose siempre al frente de la innovación, como motor del cambio paradigmático.

Cuando nadie conversaba en el foro regional sobre derechos e intereses colectivos y difusos, ya él preparaba una obra que fue orientadora para Venezuela toda, sobre este punto tan relevante. Inmediatamente, primero con el Derecho Municipal y, luego, con el Derecho Ambiental se convirtió en referente obligado de ambas ramas de especialidad en el Derecho Administrativo, conservando en el proceso la vanguardia científica. Otras obras que han nacido de sus manos, las Jornadas de Derecho Administrativo, dedicadas a variedad de tópicos y con destacadísimas participaciones de ponentes de variadas latitudes físicas e intelectuales y, la Revista Tachirense de Derecho, la más completa y antigua publicación jurídica periódica en el suroccidente venezolano, expresan una Universidad que se abre.

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica del Táchira. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica del Táchira. Doctorando en Ciencias mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela. Estudiante del Doctorado en Ciencias de la Educación, por la Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Católica del Táchira.

Con su labor intelectual, particularmente en esta Universidad Católica del Táchira, por siempre su Universidad, ha visto como se construye toda una *escuela* de pensamiento en esta área. Sus esfuerzos, diligencia y acompañamiento, han motivado a muchos colegas a pensarse serio sus grandes temas en el área y una serie de investigadores comienza a exhibir su trabajo. Decía el R.P. Arturo Sosa, S.I., Prepósito General de la Compañía de Jesús y antiguo Rector de la UCAT, que de la sabiduría se conoce es al hombre sabio, en quien se encarna, uno que es denso intelectualmente, con experticia en vida y ciencia, prudente y próximo; ese es el Maestro Villegas.

Las líneas que siguen son el intento de rendir un modesto reconocimiento a su vida y obra; agradezco infinitamente a los profesores Doctores José Araujo Juárez y Víctor Rafael Hernández-Mendible, por su gentil invitación para participar en esta obra, al lado de tantos científicos del Derecho. En ella se escudriñan los grandes retos del Derecho Público en este tiempo que se vive, con temas cuya complejidad aparece según la realidad nacional o internacional que se aluda, o, como en lo que aquí viene a proponerse, un tema antiguo con nuevas connotaciones, pues sigue siendo su interés tanto que, después de muchos siglos, se profundiza, desde nuevas realidades, ópticas y marcos de análisis.

II. NOTAS INTRODUCTORIAS

La Separación de Poderes es, a la fecha, un principio consagrado en la ciencia jurídica del mundo occidental, propio de las configuraciones democráticas del Poder Público. Tanto es así, que pareciera no existir discusión sobre su necesidad y conveniencia para el funcionamiento del orden jurídico en su conjunto. Más aún, el Estado de Derecho, tal como se entiende de manera extendida y compleja, tiene en esa separación una *conditio sine qua non* de su existencia, superándose con creces las ideas de Kelsen sobre la formalidad y su importancia, según refiere Osterling Parodi:

Kelsen ha sostenido que el estado de derecho no postula un orden estatal con contenido específico, sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico. Dentro de este pensamiento, un Estado totalitario se adecuaría a la figura del estado de derecho, si previamente formula su propio ordenamiento legal. Aun cuando Kelsen parece presentar, con sugestiva claridad, un argumento incuestionable desde el punto de vista formal no es posible admitir, en concepto de quien habla, que estado de derecho es cualquiera en que un Estado se somete a reglas preestablecidas. Es indispensable reconocer que a aquella apreciación le falta un elemento al cual ningún pueblo puede renunciar, y es el de la “legitimidad” del ordenamiento jurídico.²

² OSTERLING PARODI, F. El equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo. *Themis: Revista de Derecho* [Revista en línea], 26. 1993, p. 29. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109820> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

En tal sentido, es este un asunto en el que pueden encontrarse trayectorias de su formación desde la antigüedad clásica. Puede leerse las obras de Platón, Aristóteles, Polibio, Marsilio de Padua y encontrarse en ellas referencias a su temprana aplicación, hasta llegar a las concreciones de Locke y Montesquieu, en quienes la idea toma las notas características principales que hoy conserva. En términos jurídicos, en las Revoluciones de la Edad Moderna y Contemporánea se abre paso. Basta hacer memoria del agitado siglo XVII inglés, o las revoluciones Americana y Francesa, de finales del siglo XVIII para considerar su relevancia y sentido. En los diversos documentos derivados de ellas, la orientación fundante es considerar la Separación de Poderes, como una suerte de mecanismo de contención frente al propio Poder, para la protección de la libertad de las personas³.

A nivel normativo, en Venezuela, en clave de la Constitución de la de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), se tiene que su parte orgánica descansa sobre su formulación, una que le propone tan pronto como en el primer artículo de ella:

Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.⁴

En tal disposición, queda contenida la división horizontal y vertical del Poder Público en Venezuela, un Poder que se presenta, así como uno solo, el establecido por el Poder legítimo e ilimitado (al menos en principio) que emana del Soberano en las democracias, del Pueblo; conforme lo estipula el artículo 5 *ejusdem*⁵. Es así como el Poder se distribuirá entre la República, los Estados y los Municipios (aún puede pensarse en otros sujetos de descentralización Vg. 184 C RBV), y dentro de cada nivel, puede verse una cierta configuración que le es propia, por ejemplo, para la República se habla del Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano, Electoral, sin que pueda darse por agotada la distri-

³ Para una lectura completa sobre estos puntos. Vid. BREWER-CARÍAS, A. R. *Instituciones políticas y constitucionales. Evolución histórica del estado*. 3^{era} ed., Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana – Universidad Católica del Táchira. 1996, San Cristóbal - Caracas.

⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con Enmienda número 01 (2009, Febrero 15). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.908 (Extraordinario), Febrero 19, 2009.

⁵ “Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.”

bución allí. Piénsese en órganos como el Consejo Federal de Gobierno⁶ o el Consejo de Defensa de la Nación⁷, que tienden a transversalizar esa forma de distribución del Poder, sea la vertical, en el primero de los casos, como la horizontal (del ámbito nacional) en el segundo de ellos.

Para cada nivel y órgano se asignan funciones propias; por ejemplo, la actuación internacional del Estado corresponde, conforme al artículo 156 numeral 1 de la CRBV, a la República (que encarna el Poder Nacional, en cuanto persona jurídico territorial de mayor extensión, recursos y competencias), y dentro de ella, esa política y actuación internacional encuentra operadores en los Poderes Ejecutivo y Legislativo, cada uno con sus atribuciones. El Ejecutivo, a través del Presidente de la República (su funcionario más relevante), tiene a su cuidado la dirección de las relaciones exteriores del país, así como la celebración, ratificación y promulgación de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y la designación de los jefes de misiones diplomáticas permanentes, todo conforme al artículo 236 numerales 4 y 15 *ejusdem*⁸ en concordancia con el artículo 217 *ibidem*⁹.

Por su parte, el Poder Legislativo tendría a su cargo autorizar al Presidente de la República para el nombramiento de esos jefes de misiones diplomáticas permanentes, según ha quedado dicho. Igual, corresponde a este Poder la aprobación de los tratados internacionales, paso previo a su ratificación, siempre que no se encuentren excluidos de este trámite, en caso de ser de aquellos ... “mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.”¹⁰

Como se ve, y, esto debe con insistencia resaltarse, frente a una misma materia pueden concurrir diversos poderes, en ejercicio de sus atribuciones, con áreas definidas de actuación, según su conformación y función general (el Ejecutivo como administrador y gestor directo del interés general, el Legislativo

⁶ Cfr. Artículo 185 CRBV.

⁷ Cfr. Artículo 323 CRBV.

⁸ “Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) 4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales. (...) 15. Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada al Procurador o Procuradora General de la República y a los jefes o jefas de las misiones diplomáticas permanentes.”

⁹ “Artículo 217. La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.”

¹⁰ Cfr. Artículo 154 CRBV.

como representante del pueblo para asentir en el compromiso internacional, o direccionar la representación internacional del Estado). Separados sí, pero esa separación no ha de suponer un enfrentamiento cainita que conduzca a una parálisis forzosa; a la inercia cómplice; a la sumisión de unos frente a otros, al punto de anularlos; o, a la ruptura del sistema constitucional.

Es este un tema que concita el debate político en muchos casos, y quien lo hace, procede con razón, pues se encuentran en juego relaciones de sujeción, pero lo que no puede es desatenderse las implicaciones jurídicas que posee, trascendentes de conceptos como el honor institucional, pues impactan la vida del común de las personas, en sus derechos e intereses. He aquí un esbozo del reto que se plantea, continuar actuándose por cada uno de los órganos, dentro de sus esferas competenciales y responsabilidades, con la autonomía que le es propia, pero acompañándose para procurar el respeto a la dignidad humana y evitar el daño a la convivencia pública.

III. LA SEPARACIÓN DE PODERES COMO GARANTÍA

Se ha dejado constancia que la Separación de Poderes es un principio, esto es, una entidad jurídica de tal relevancia que permite, a partir de su comprensión, realizar tareas de inspiración del ordenamiento jurídico, generándose reglas que lo exteriorizan; es un auxilio en el trabajo de interpretación, en cuanto facilita el ofrecer sentido a las normas jurídicas presentes en el sistema; finalmente, se convierte en válvula de cierre, pues, ante la ausencia de normas expresas que regulen directamente un asunto, o, casos análogos, podrá tomarse una resolución con fundamento en este.

Todo ello, lo hace claramente un principio rector del Derecho, pero también es una garantía¹¹. Esto en el sentido de constituirse en un “Conjunto de procedimientos, criterios, condiciones o medios establecidos por la Constitución y otras leyes para la salvaguarda de los derechos de las personas físicas y jurídicas.”¹² El primer derecho garantizado con la vigencia de la Separación de Poderes, es el Derecho a la Supremacía Constitucional, al que se hará referencia *infra*, en todo caso, no es el único. A todo evento, es esta una garantía con dimensiones pluriangulares, pues es capaz de proyectarse en variados campos, tal como sigue.

¹¹ Siempre necesarias, pues es “cualidad esencial del Estado de Derecho, ser régimen de garantías o seguridades de los derechos fundamentales.” ARAUJO-JUÁREZ, J. “El sistema de garantías jurídicas del ciudadano frente a la administración pública”. *Revista Tachirense de Derecho*, 23, 2012. 29-48.

¹² Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario panhispánico del español jurídico. Definición de garantías constitucionales o legales* [Libro en línea]. 2020. Disponible: <https://dpej.rae.es/lema/garant%C3%ADas-constitucionales-o-legales> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

1. *Garantía política*

Es quizá una de sus facetas más conocidas. El Poder, según la formulación de Montesquieu, no puede encontrarse en la titularidad de una sola persona o cuerpo colegiado:

En el estado en que un hombre solo o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente.¹³

Este pasaje, que es igualmente reproducible como orientador del resto de las facetas garantistas, aquí representa la necesidad de un Poder que debe ser compartido. Compartido no tanto por la división funcional, que ya está presente en la disertación del Señor de la Brède y que le parece insuficiente. Se trata de encontrar diversos funcionarios y cuerpos que reciban participación en la titularidad y ejercicio de ese Poder, de manera que este pueda expresar, a través de las actuaciones de aquellos, diversas sensibilidades y modos de pensar, de aproximarse a la realidad de manera diferente.

En ese mismo orden y dirección, esta distribución del Poder es consustancial con el modelo democrático, al menos en un doble sentido. Por una parte, porque este modo de relacionamiento defiende la existencia y vigencia del pluralismo político. En la medida en que se encuentren presentes cargos unipersonales y cuerpos colegiados diversos, con competencias y responsabilidades distintas, con métodos de provisión variados, que permitan que en cada uno pueda llegar a expresarse de forma legítima las opciones políticas presentes en el sistema de convivencia, en un cierto momento; en esa misma medida el Poder llegará, en sus actuaciones, a reflejar de manera más fiel los deseos e intereses del Pueblo, que es, desde el punto de vista ontológico, diverso también.

De otra parte, una situación de este tipo (pluralidad política en la titularidad de órganos que ejercen el Poder Público) viabiliza otra condición necesaria en el ejercicio del poder democrático: el diálogo. Este es, antes que nada, un instrumento, un medio que permite a los participantes, construir sobre una base común, al partir de palabras con similar valor y contenido, el desarrollo de ideas, de matices, que les permitan definir de manera más apropiada el tema de discusión, a fin de llegar a acuerdos y avanzar en el trabajo necesario entrambos¹⁴, a saber, la búsqueda del Bien Común.

¹³ MONTESQUIEU, C. L. *El espíritu de las leyes* [Libro en línea]. Partido de la Revolución Democrática. Ciudad de México. 2018. p. 162. Disponible: <https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espiritu-leyes.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

¹⁴ TAGLE MARTÍNEZ, H. “Diálogo y política”. *Revista Chilena de Derecho* [Revista en línea], 10 1983. (2). Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649435> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

Por todo esto, la garantía política se expresa tanto en la estructura del Estado, la necesidad de la existencia de un entramado complejo y variado, para dar cabida a multitud de titulares que expresen su visión de la realidad y, con ello, pueda no solo acogerse la legítima pluralidad, sino enriquecerse la búsqueda de ese bienestar general, con todas las miradas, esfuerzos e intereses. Se expresa también cuando permite formular y hacer práctico un camino para la construcción de consensos en pos de conseguir los fines del Estado. En todo el proceso, también se satisface otro derecho subjetivo para las personas naturales, el de Acceso a las Funciones Públicas.

2. *Garantía jurídica*

Un segundo modo de observar la Separación de Poderes, a propósito de las garantías, es como una garantía jurídica, entendida esta en forma *strictu sensu*. Aquí el área sobre la que se proyecta esta institución es la protección de la situación jurídica de las personas, el resguardo del complejo de sus derechos y deberes, todo ello frente al ejercicio del Poder Estatal. Es el Poder Público que aparece como limitado, ahora en sus relaciones con los particulares, trátase de personas naturales o jurídicas.

Así las cosas, la distribución del Poder Público, una vez que ello se realiza entre las diversas instituciones y órganos, según las reglas del Derecho vigente, permite crear las condiciones de posibilidad suficientes para pretender formular la reclamación correspondiente, caso de ser necesario. Se trata de procurar a una persona, víctima de un acto arbitrario, ordenado, tolerado u ejecutado, por un órgano concreto del Poder Público, el que pueda recurrir a otro órgano, para que, en ejercicio de este mismo Poder, restablezca su situación jurídica lesionada y remedie, en general, los daños ocasionados.

Por último, por esta garantía, se hace concreta y vigente la idea según la cual solo el Poder frena al Poder. Y es que el Poder Público, dotado de prerrogativas, privilegios y la potencia del Soberano es una fuerza admirable y temible, sus capacidades en lo jurídico y lo económico excede con mucho las posibilidades de actuación y resistencia de los particulares, por lo que sólo un Poder de similar naturaleza puede contenerlo, corregir sus actuaciones y reparar lo que corresponda. De allí que se inscriban en esta garantía, la variedad de acciones y recursos de los particulares ante los diversos órganos del Estado, a fin de impetrar la debida protección, según sean los casos¹⁵.

3 *Garantía técnica*

Una última, pero no menos importante garantía consagrada por la Separación de Poderes es la técnica. Por su virtud, a propósito de esa distribución del

¹⁵ El primero de ellos, el Derecho a la Acción, contenido en el artículo 26 CRBV.

Poder Público, cada órgano va a adquirir un mayor grado de experticia en el campo de competencias en el que debe ejercer sus atribuciones. Se trata pues del fomento, el desarrollo y la consolidación de las facultades científicas, operativas e instrumentales necesarios para la ejecución de las tareas asignadas.

Esto no es en modo alguno algo novedoso, la estructura a cargo del ejercicio práctico del Poder se fue especializando en la realización de sus cometidos concretos en el decurso del tiempo. Es claro que, en las primeras formas de organización política, esto no aparecía tan preciso, pero ya en la Roma republicana, con sus magistraturas cada vez más definidas, operativas en cuestiones diferenciadas, es posible identificar la necesidad de contar con personas que conozcan y ejecuten adecuadamente sus actividades, en la gestión de los intereses públicos.

Luego, discurriendo la Edad Moderna, durante la evolución de los Estados Nacionales, en la medida en que el Poder se concentró en la persona del monarca (a despecho de los señores feudales que veían menguadas sus propias competencias)¹⁶, se hizo necesario ante los desafíos derivados de la cantidad y calidad de las relaciones existentes, el número de súbditos y el territorio sometido, el auxilio de múltiples personas. Estos adquirieron la condición de funcionarios, quienes, en ramos principalísimos como la hacienda o la fuerza armada, se encargaron de la gestión de los asuntos que se les encomendaban, procurando comprenderlos y despacharlos de la manera más profesional posible, educándose en muchos casos para ello¹⁷. Surge pues una Administración que opera de manera impersonal¹⁸.

Ahora bien, con las competencias tan variadas que posee el Estado en la actualidad, todas ellas en función de los objetivos públicos que debe gestionar

¹⁶ “En la Europa occidental de esa época, la monarquía absolutista era el tipo de organización que regía la vida política. Las monarquías centralizadas de Francia, Inglaterra y España representaban la ruptura de las formaciones sociales medievales, con sus sistemas de feudos y estamentos y el afianzamiento de una unidad del poder político en torno al monarca.” ALGORRI FRANCO, L. J. La división y legitimidad del poder político. En D. Valadés y R. Gutiérrez Rivas (Coord.), *Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional* (Tomo II) [Libro en línea]. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001. p. 55. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/93/4.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 07]

¹⁷ Sobre las condiciones históricas, Vid. GUERRERO OROZCO, O. *Introducción a la administración pública* [Libro en línea] 1985. Harla S.A. de C.V. Ciudad de México. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1819/8.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 13]

¹⁸ GARABEDIÁN, M. *El estado moderno. Breve recorrido por su desarrollo teórico* [Documento en Línea]. 2020. Disponible: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/cdac/wp-content/uploads/sites/96/2020/03/T-Garabedi%C3%A1n-El-Estado-moderno.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

conforme a los diseños constitucionales vigentes, la Separación de Poderes exige que cada órgano deba especializarse en el área de su actuación, para ejercer sus atribuciones de tal manera que el empleo de los recursos resulte proporcional a los resultados que se esperan, maximizando su empleo, de tal suerte de exhibir eficacia y eficiencia en el uso de estos¹⁹. Se trata de un ejercicio diligente y económico del Poder, y, por qué no, la concreción del Derecho al Buen Gobierno.

IV. EL EQUILIBRIO DEL PODER

1 *Nociones generales*

Este es un concepto muy propio y arraigado en el ámbito de la Política Exterior, como disciplina académica. Apunta a un modo concreto de relación entre las potencias presentes en el ámbito internacional, el cual puede reconocerse en la práctica concreta de tales vínculos (los internacionales) desde la antigüedad clásica. Con una primera aproximación en la obra de Tucídides, el desarrollo teórico va a producirse en el contexto de las ciudades estado italianas durante el Renacimiento, para adquirir un mayor significado luego de la Guerra de los Treinta Años, recibiendo su elaboración principal con Hume, a mediados del siglo XVIII en su ensayo *Of the Balance of Power*²⁰.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, en la plenitud de la Guerra Fría, volverá a ser un término al que se recurrió para indagar sobre los movimientos desarrollados por los polos tractores del mundo, las grandes superpotencias, en medio de los conflictos entre ellas. Se trata pues de una noción de uso intenso y con variado contenido, si bien es posible sintetizarla en la regla básica de Hume, recuperada por Aron, según la cual “cada actor (...) se esfuerza por no encontrarse a merced de los otros”...²¹ Este concepto pudiera entenderse, a efectos de lo que se plantea, de esta manera:

¹⁹ Se trata de volver desde otro ángulo, la Separación de Poderes, sobre el tema de la burocracia. Tratándose de contener este fenómeno en una posición que concilie, por una parte, el reconocimiento de su existencia como un dato de la realidad concreta, en cuanto a la variedad y complejidad de tareas y su desarrollo; y, por otra parte, el ejercicio real de Poder que esta conlleva, sin llegar al extremo de asumir un avasallamiento de la sociedad a la que en teoría sirve. (Vid. FUEYO ÁLVAREZ, J. F. “La morfología del poder política y la burocracia”. *Revista de Administración Pública* [Revista en línea], 20. 1956. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112126> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

²⁰ BARBÉ, E. El “equilibrio del poder” en la teoría de las relaciones internacionales. *Afers Internacionals* [Revista en línea], 11. 1987. Disponible: <https://core.ac.uk/download/pdf/39007513.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

²¹ *Ibíd.*, p. 14.

Para que corresponda emplear la expresión equilibrio de poder es necesario que existan, por lo menos, dos actores políticos de similar envergadura que estén relacionados y que, además, pugnen por controlar ciertos bienes que susciten controversias entre ellos, pero evitando que sus disputas alcancen el umbral de la confrontación física directa y sistemática.²²

Nótese que se requiere la presencia de por lo menos dos actores políticos con igual importancia, con vínculos entre sí y que se relacionan con bienes de la existencia sobre los que disputan. Esa controversia además es limitada: ha de evitarse una confrontación física, el uso de medios directos de fuerza coactiva. Es ciertamente una descripción aplicada a las relaciones internacionales, pero, su sola lectura, sugiere que es igualmente válida para explicar los modos de proceder en el ámbito de las relaciones internas de Poder. Ello puede resultar interesante.

Y es que, tal como señala Paul, en relación con el Equilibrio del Poder, este: "...se predica, a final de cuentas, a partir de la noción de que un poder superior necesita ser equilibrado porque, de otra manera, con el tiempo, los poderosos se tornarían agresivos y usurparán a los menos poderosos."²³ Una concepción que se encuentra de fondo y transversaliza todo "El Espíritu de las Leyes", al momento de defenderse la Separación de Poderes. Con esto se ofrece una visión más operativa del funcionamiento de esta última, pues se alude a los cambios potenciales perniciosos que el tiempo ha de mostrar, por parte de quien se revela como titular hegemónico del Poder.

Más aún, de vuelta al ámbito internacional:

...una función crucial del equilibrio de poder es impedir el predominio incontrarrestable de un solo Estado en el escenario internacional y así evitar que él imponga su voluntad unilateralmente a los restantes miembros de la comunidad internacional. ¿Cómo impedirlo? Mediante la mutua disuasión. Ésta se sustenta, en última instancia, en una igualdad relativa de recursos de poder.²⁴

De donde se evidencia que, la procura del Equilibrio del Poder es una actividad, antes que nada, de corte preventivo y disuasorio. Se busca evitar el peligroso dominio de un Poder Nacional Extranjero, encarnado en un Estado, por sobre los demás Estados. A falta de este proceso de equilibrio, se corre el riesgo

²² ORO TAPIA, L. R. Notas sobre el equilibrio de poder. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública* [Revista en línea], VIII (12). 2010. p. 54 Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/960/96014701004.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

²³ PAUL, T. V. Las potencias en ascenso y el equilibrio del poder en el siglo XXI. *Revista Mexicana de Política Exterior* [Revista en línea], 94. 2012. p. 100. Disponible: <https://revistadigital.sre.gob.mx/images/stories/numeros/n94/paul.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

²⁴ ORO TAPIA, L. R. *Op. Cit.* p. 58.

de la subordinación de la Soberanía Estatal de los relativamente menos poderosos, lo cual es, desde el punto de vista teórico, un despropósito por la imposibilidad de ser realizada, no sin la destrucción misma de esos indicados entes nacionales.

Por todo ello, si esto que se dice es válido para los Poderes Públicos que representan intereses nacionales, propios y distintos, que atienden a sus necesidades y recursos propios en Estados diferentes; con mayor razón debería tenerse en cuenta en el caso de “Poderes” que se integran en un único Poder Público, al interior de una sola realidad política juridificada en torno a un mismo Estado; ese que viene dotado de fines y principios, intereses y deseos, capacidades y recursos uniformes, para todos los actores involucrados.

2 En el ámbito estatal interno

Se ha de partir de una idea básica subyacente en esta reflexión: el Estado es una creación humana, puesta como instrumento a su servicio. Su diseño, competencias, atribuciones, modos de proceder, objetivos y fines, las metas que se propongan, la forma como se estructura ha de responder a las necesidades, capacidades, intereses y deseos del ser humano. A mayor abundamiento:

El origen mismo del Estado se sustenta en el pilar de la seguridad, porque refleja aquella certeza que las libres aspiraciones individuales gozan del decidido e incuestionable respeto del poder soberano, que Rousseau concebía como el producto del contrato social, contrato en virtud del cual todas las personas convenían en someter y entregar sus respectivos derechos individuales al soberano, para recibir de él los mismos derechos pero respaldados por la fuerza del Estado, con la garantía y la seguridad de que este órgano velaría por el ejercicio de los mismos.²⁵

Obsérvese algunos rasgos que pueden recuperarse, en este punto, por su vigencia y conveniencia. En primer lugar, la ratificación del Estado como ente al servicio de la persona; lo segundo, la conciencia en los sujetos de este servicio de ordenación de la vida social, para el ejercicio de sus facultades; lo tercero, que el Estado debe organizarse de manera que pueda ofrecer este servicio de manera efectiva, las personas han de poder dirigirse a él para obtener satisfacción de sus pretensiones, sean planteadas para ser directamente atendidas por él, o, para que un tercero, bajo el ministerio de los agentes estatales, la satisfagan de manera completa y oportuna.

En el marco de las ideas que anteceden, hay un poder natural e innato que se entrega por las personas, al Estado. Este lo recibe para ejercerlo, según los fines previstos por el propio orden que se crea; que pasa, bajo los postulados contractualistas, por generarse mediante el acuerdo de aquellas personas, con-

²⁵ OSTERLING PARODI, F. *Op. Cit.* p. 29.

tenido en la Constitución y, que tiene por tarea crítica, el de procurar condiciones para que ellas puedan desarrollar su vida de forma plena y en armonía con los demás sujetos. Este Poder, que adquiere la connotación de público, conviene que sea dividido, separado, según se ha visto; más en las democracias, pues: “Entender que el poder no es absoluto sino compartido implica aprender una elemental regla de convivencia democrática.”²⁶

Esto que se señala, tan claro en la teoría, no siempre tiene similar acogida en la práctica. La presencia de personajes fuertes en puestos de mando relevantes, dentro de contextos en donde el personalismo político es omnipresente, se convierte en condición suficiente para que se haga buena la distinción entre la Constitución en el papel y la Constitución real. Por mucho que la Carta Magna contenga todos los principios, las fórmulas, recursos y procedimientos tendentes a mantener el Poder separado y en equilibrio, la forma como se configuran y actúan los titulares del Poder en un momento y lugar determinado, pueden hacer que tales disposiciones se tornen ineficaces.

Basta imaginarse la presencia de un líder mesiánico, para que la institucionalidad que se encuentra consagrada en la norma se tense, produciéndose o no la ruptura de ella, según el nivel de madurez política y jurídica de la sociedad en la que se presenta. Piénsese en un Presidente de la República desbordado por una épica, de la que es el principal protagonista:

No hay condiciones para un real equilibrio de poderes cuando los súbditos de un primer mandatario le han hecho creer que representa algo más que un príncipe y poco menos que un dios; así, resultará siempre complicado someter a un presidente de la república al freno de los poderes restantes.²⁷

Más allá de discordar sobre el uso de la expresión súbdito, empleada, en el caso de la forma republicana de gobierno, para referirse a quienes son ciudadanos; no deja de ser verdad que la grandiosidad incontenible de semejante comparación, que deslumbró antes a faraones, reyes orientales y emperadores romanos, se convierte en un gran obstáculo para el ejercicio efectivo de los mecanismos de contención sobre el Jefe del Estado y de Gobierno (lo más frecuente en regímenes presidenciales), siendo el avasallamiento de los restantes Poderes la consecuencia más común.

La Separación de Poderes es una conquista del ser humano frente a la opresión del déspota, eso lo enseña la historia; el conseguir el Equilibrio del Poder

²⁶ DELGADO CARRILLO, F. El equilibrio de poderes. En D. Valadés y R. Gutiérrez Rivas (Coord.), *Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional* (Tomo II) [Libro en línea]. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2001. p. 204. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/93/10.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 07]

²⁷ *Ibíd.*, p. 208.

también lo es, no viene como algo dado de manera definitiva²⁸. Sirva de ejemplo la historia de Roma durante la República, allí desde su conformación y a lo largo de muchos siglos. Las luchas fratricidas de un lado y otras veces las negociaciones entre patricios y plebeyos, nobles y populares, originaron la formación de magistraturas (Vg. Tribunos de la Plebe) y permitieron definir los modos de ocuparlas, sus competencias, atribuciones y modos de relación, conservándose dentro de los cauces establecidos.

Finalmente, a propósito del Equilibrio del Poder en el ámbito interno e internacional, puede identificarse una fuerza que opera en similar sentido, frente a la que este se impone como necesidad. La fuerza es la acumulación o concentración del Poder, si bien opera distinto según el contexto: en el ámbito interno el Poder originalmente concentrado fue dividido y el deseo del gobernante con aire autoritario es a volverlo a revertir a sus manos. En el ámbito internacional, en cambio, el Poder jamás ha logrado concentrarse, de manera total, en unas solas manos o cuerpo orgánico, aún en tiempos del Imperio Romano, del Mongol o del Británico, siempre han existido poderes rivales o tan siquiera límites, distintos y operantes. En ambos niveles, si queda claro, se provee a conservarlo separado y armónico.

3 *El equilibrio dinámico del poder*

Una de las primeras personas a quienes se escuchó en estas tierras hablar sobre el equilibrio dinámico del Poder Público, fue al Doctor Samir Sánchez. Este, en cuanto educador e historiador, dejaba ver la necesidad de comprender de manera amplia que los Poderes del Estado se encuentran siempre en movimiento, cada uno en ejercicio de sus funciones propias, pero en continua vinculación con los otros. Es un dato que muchas veces se pasa por alto en el análisis jurídico. La Separación de Poderes y el subsecuente pretendido equilibrio entre estos, no han de producirse idealmente en los documentos y considerarse de forma estática, sino que debe encontrarse en la práctica real, en la concreta.

Al dar cuenta de este concepto de Equilibrio Dinámico en el Derecho, se observa que este no resulta de uso muy extendido, si bien aparece en el campo

²⁸ A mayor abundamiento, téngase presente que: "...ningún pueblo en la humanidad ha nacido, es más, en estricto sentido, y si se me permite, ni merecido desde su origen un pleno equilibrio de poderes, no es una virtud natural con la que haya nacido el Estado desde su fundación, más bien ha sido y seguirá siendo una conquista de la sociedad civil en la medida que la sociedad despierta, madura, se educa y agudiza su opinión respecto del gobierno a que está sometida, dado que es el propio pueblo quien, en determinado momento y casi sin percatarse de ello, ha logrado mantenerlo a raya." *Ibid.*, pp. 205-206.

de la Ciencia Política²⁹. Sirva entonces considerar una noción sobre equilibrio dinámico, una tomada de las ciencias pedagógicas aplicadas a la educación física, en ella equilibrio dinámico es: "...la habilidad para mantener la postura deseada pese a los constantes cambios de posición."³⁰ Al extrapolarse al ámbito de la disertación en curso, este arte de sostenerse cada Poder del Estado dentro de sus propias competencias, para mantener la posición que el ordenamiento jurídico asigna a cada uno, en medio de un contexto en permanente movimiento³¹ y ofreciendo cumplimiento cabal de sus responsabilidades en la consecución de los fines de este, es lo que pudiera entenderse como Equilibrio Dinámico del Poder.

Es lo que parece haber sido entendido y defendido por los propulsores de la Separación de Poderes, bajo el esquema de pesos o contrapesos, el *checks and balances*, acogido en el mundo anglosajón, en particular en los Estados Unidos de América, como un modelo de separación flexible. Esto frente a las previsiones del modelo francés, dotado de una rigidez mayor en el proceso de división de las funciones de los Poderes, que llegan a impedir formalmente el contacto entre ellos. Ambos modelos con explicaciones históricas de fondo, siendo el primero el preferido entre los sistemas jurídicos latinoamericanos, a partir de la extendida recepción del sistema presidencial americano, a la hora de perfilarse el Poder Ejecutivo.

Tal como lo recuerda García López: "Este modelo de organización constitucional exige que el poder político sea dividido, o distribuido entre una pluralidad de órganos pero excluye tanto la especialización de la función ejecutiva, de la función legislativa y de los órganos legislativos y ejecutivos."³² La sucesiva referencia al poder jurisdiccional por este autor, es para afirmar que, no es tan claro que este aún no comparta el ejercicio del Poder Político, al menos en las coordenadas actuales de comprensión de este fenómeno. En cualquier caso, se trata de asumir que:

²⁹ Aplicado a la modernización y las relaciones que, a propósito de aquella, se dan entre componentes de la sociedad. Cevalco Piedra, J. F. (s.f.). *La modernización como respuesta a la crisis. La modernización legislativa* [Documento en Línea]. p. 4. Disponible: <http://www4.congreso.gob.pe/organizacion/oficial/jcevasco/noticias/modernizacion.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 07]

³⁰ UREÑA ORTÍN, N. *El equilibrio en las diferentes etapas educativas*. 2008. [Documento en Línea]. p. 5. Disponible: https://www.um.es/desarrollopsicomotor/Nuria_002_files/003_02.pdf [Consulta: 2020, Diciembre 07]

³¹ Signado por presiones de todo tipo, tensiones, crisis de diversa etiología y cambios políticos, económicos, sociales y culturales.

³² GARCÍA LÓPEZ, L. F. El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Vniversitas*, 128, 2014, p. 83.

...para evitar que los diferentes órganos del Estado abusen de las competencias que les sean conferidas, es necesario no que los poderes sean “perfectamente” separados, sino por el contrario, que todo poder encuentre un contrapeso en otro que sea capaz de condicionarlo o de neutralizarlo.³³

Así, el Equilibrio Dinámico del Poder, se concreta en la existencia de un fino régimen de “interferencias” y controles que permiten a un órgano participar de la función cumplida sustancial pero no exclusivamente por otro, o como función propia, la supervigilancia del cumplimiento de las tareas adelantadas por otro órgano del Estado. De manera que, por ejemplo, será posible que el Poder Ejecutivo o el Judicial, posean iniciativa legislativa; que el Legislativo pueda conceder amnistías o el Ejecutivo, hacer lo propio con los indultos, y, el Judicial, revisar la conformidad a Derecho de las actividades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, mediante el control jurisdiccional contencioso administrativo o constitucional, según los casos. Esto por solo hablar de la división clásica de poderes en tres, según las funciones principales del Estado, lo que dependerá de la manera de su configuración en cada uno de estos.

Trátese de las interferencias constitucionales en general, o de los controles en particular, uno de los requerimientos básicos para su correcto funcionamiento es que ello se encuentre consagrado en el diseño normativo³⁴. Ha de estar autorizado este comportamiento de manera expresa por el derecho vigente, caso contrario se estaría en presencia de, por lo menos, un supuesto de usurpación de funciones, y, lejos de conseguirse la limitación adecuada del Poder de unos por otros, lo que se estaría abriendo paso es la anarquía y el abuso. Es el cumplimiento del Principio de Actuación de Conformidad con el Derecho en cada acto del Poder Público, por una parte, así como el de racionalidad en el ejercicio del Poder, por la otra.

Otro asunto a considerarse es la medida de lo aceptable en las relaciones entre Poderes, a la hora de imponerse uno frente a otros, en eso que se da en llamar contrapesos. Puesto en el ámbito de los controles, puede cuestionarse el hecho de que el Poder que controla, pueda llegar a anular, no al acto mismo, con lo que en principio no hay inconveniente, pues resulta una consecuencia natural en muchos casos del ejercicio de aquella función, siempre que se cumpla dentro de los parámetros previstos; el problema reside en que lo “anulado” sea el órgano sujeto a tal control, tal como se verá *infra*.

³³ *Ibid.*, pp. 83-84.

³⁴ Puesto que “... la separación de poderes no puede ser entendida como un dogma absoluto; que los controles, en tanto que excepción a ese principio deben ser siempre expresos y públicos, y que es la Constitución, la que instituye la separación y el control de los poderes buscando términos razonables de equilibrio.” VALADÉS, D. *El control del poder*. [Libro en Línea]. 1998. p. 97. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/995/5.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

Conviene también tener presente que, parte de la doctrina ha reconocido que la experiencia de este sistema de pesos y contrapesos, no opera solo entre los órganos del Poder Público, sino entre estos y el Pueblo, en cuanto Soberano en la democracia, que actúa por ambas vías. Sería una manera de encajar el desarrollo de la democracia directa, dentro del funcionamiento de la democracia representativa, pues esta última organizada estructuralmente a través de los órganos del Poder Público, tiene en sus manos la diaria gestión de los diversos temas de interés general "... y la decisión directa del asunto por el pueblo constituye un elemento de contrapeso."³⁵ Todo esto dentro de un mismo Poder, con una misma fuente y, un solo y último titular, el Pueblo.

En ese sentido, a modo de ejemplo, puede pensarse en los casos en que el Pueblo, a través de los diversos referendos previstos por el régimen constitucional, aprobara, revocara, abrogara u opinara sobre los temas y el desempeño de los funcionarios que puedan someterse a su juicio, por las distintas vías, y, que, precisamente, en ejercicio de ellos adopte decisiones a despecho de los titulares de los órganos del Poder Público. Allí claramente hay un ejercicio de procurar el equilibrio. Ello, porque sin duda es el soberano el primer interesado en el funcionamiento adecuado del sistema, súmese a todo esto que por ventura viene a ser el último garante del mismo. A fin de cuentas:

...si la efectividad de los derechos depende en tal medida del sistema de frenos, contrapesos y controles, ¿quién garantiza el buen funcionamiento de tal sistema? La respuesta es sencilla: el pueblo, que ejerce la soberanía según su voluntad, en su beneficio, pero también a su riesgo.³⁶

V. SOBRE LAS CRISIS

1 *Nociones básicas*

Con relación a la palabra crisis, una primera aproximación desde su comprensión común, es que se trata de un momento aterrador, en la historia personal o social, una situación poco feliz, rodeada muchas veces de experiencias

³⁵ HERNÁNDEZ CAMARGO, L. La soberanía popular como principio fundamental, sus desafíos frente al poder popular. En J. M. Casal y M. G. Cuevas (Coord.), *Desafíos de la república en la Venezuela de hoy. Memoria del XI congreso venezolano de derecho constitucional. Homenaje al doctor José Guillermo Andueza* (Tomo I). Caracas 2001. (pp. 449-470). Universidad Católica Andrés Bello - Konrad Adenauer Stiftung. p. 456.

³⁶ GUIBOURG, R. A. *La enseñanza y el derecho constitucional* [Documento en Línea]. 2015. Disponible: https://constitucionalblog.files.wordpress.com/2015/08/ricardo_guibourg.pdf [Consulta: 2020, Diciembre 07]

dolorosas y traumáticas. Tiene pues, en principio, una carga negativa. Mellafe³⁷ señala que la crisis supone un cambio de regularidad en la ocurrencia de los hechos, con dificultad para discernirse entre los cambios que son cotidianos y a aquellas variaciones que no lo son, pero con un saldo favorable respecto de lo valioso. Una connotación positiva.

Expresión polisémica como resulta, difícilmente es posible asumir su presencia como un proceso único, su etiología es variada y el contexto en el que se produce, con todas sus influencias catalizadoras en todos los planos (vg. Para adquirir entidad), también. Se abre por tanto un arco de posibilidades que tiene que ver con la extensión y profundidad de ella, es un tránsito a lo plural, de allí que pueda hablarse de estratos de crisis; también el que se trata de un fenómeno frecuente y atendible³⁸. En ese marco puede comprenderse que:

En la idea inicial de crisis subyace la de equilibrio. Para muchos analistas el equilibrio expresa un estado ideal en que se encontraría una institución o sistema, pues inicialmente viene a nuestra mente una situación de estabilidad o de orden. En diversas etapas de la historia, han persistido temas comunes, contruidos sobre la base del cambio hasta la revolución por un lado (crisis) y por el otro, estabilidad o conservación de la situación preexistente (equilibrio).³⁹

Obsérvese que el Equilibrio entre Poderes representaría el orden, uno que viene dado por el propio sistema constitucional; también, en el pensamiento de este autor, la crisis estaría a la base del cambio, uno que es definido como revolucionario. Lo primero es más sencillo concederlo, lo segundo no. Es posible que el sistema se encuentre abierto *ab initio* al cambio, ello sería parte del mismo orden y el cambio es el resultado de una evolución del sistema para adaptarse a los nuevos desafíos impuestos por la realidad. Por tanto, no toda tensión en el orden constitucional de los Poderes, causada por una crisis en su equili-

³⁷ MELLAFE, R. Historia social de América y Chile. *Apud.* Bustos González, R. (2005). “Desarrollo local y representación: el concepto de crisis”. *Revista de Historia, Geografía y Cultura Andina* [Revista en línea], 25. 1987. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/3713/371336235004.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

³⁸ “Una crisis absoluta nos conduciría a un abismo insondable; en cambio, el discernimiento de crisis políticas, culturales, económicas, filosóficas o históricas, nos recuerdan la inestabilidad o mutabilidad de los fenómenos de los que formamos parte. La convivencia de una variedad de velocidades de los acontecimientos nos ofrece los medios para visualizar que sí podemos pensar en el encuentro de diversos niveles de las crisis que nos obliguen a reactualizar la experiencia temporal.” Svampa, M. L. El concepto de crisis en Reinhart Koselleck. “Polisemias de una categoría histórica”. *Anacronismo e Irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna* [Revista en línea], 6, 2017, (11). Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5744602.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

³⁹ CEVASCO PIEDRA, J. F. *Op. Cit.* p. 2.

brio, ha de resolverse por vía de la revolución, esto último es más bien inusual; su recurrente uso, al menos entre los latinoamericanos, es más fruto de eslóganes políticos que de realidades concretas.

Ahora bien, asumida la existencia de las crisis, conviene entender el significado de expresiones como las parálisis y rupturas en cuanto momento, más o menos agudo, de las crisis, sin que sean su única expresión potencial, pues la inercia misma y la connivencia de otro lado, también se encuentran en condición de generarlas. Al reconocerlas, bien pudiera abrirse un compás de actuaciones que apunten a su superación, una que no debe ser de cualquier manera, pues no todo vale, por muy buenas intenciones que pudieran presidir el acto.

Contra la inercia toda precaución es necesaria. Supone apatía, abandono y desgano en el cumplimiento del deber. En el ámbito de los negocios públicos no es la manifestación del dejar hacer y dejar pasar, como símbolo del respeto extremo a la libertad individual; es una conducta inmoral y antijurídica, pues se deja de hacer lo necesario por quien debe, cuando ello es preciso. Imaginarse la inacción de la Defensoría del Pueblo, en sus tareas de promoción, defensa y vigilancia del respeto de los derechos humanos, con las consecuencias en acto sobre las personas derivadas del quehacer dañoso del Estado, pudiera ser dicente de esto que se menciona.

La connivencia es un grado mayor de ofensa. Por ella, los llamados a ser contralores de la actividad deciden tolerar los abusos y excesos cometidos por los órganos controlados. Aquí existe una intencionalidad claramente formada y orientada (a diferencia de la inacción), que se refleja en la dejación de la propia función, de manera permisiva, para que otro pueda actuar según como desee, aún en abierta contravención a las normas jurídicas. Esto lo puede hacer el contralor, *motu proprio* o por acuerdo tácito o expreso (aunque casi nunca público), con el órgano controlado, lo que deriva en una confabulación. Cuando el Parlamento, sin detenerse a estudiar el cumplimiento de los requisitos para la celebración de un contrato de interés nacional, manifiesta su conformidad con la operación, a cuenta de su simpatía o afinidad política con el operador público solicitante de esta, es un ejemplo.

Por su parte, Sartori recuerda que las rupturas en la democracia se producen en presencia de la “parálisis del poder”, cuando este se hace insuficiente para gobernar; en tanto, en las dictaduras, el momento de ruptura viene determinado por la “revuelta contra el poder”, caso que su superpoder no baste para atender la realidad o disminuya ostensiblemente⁴⁰. La parálisis en este contexto discursivo supone la detención en el ejercicio de las propias competencias, no como algo decidido de manera independiente, sino como un dato resultante de una fuerza superior y externa, que viene impuesto porque las condiciones de posibilidad para su actuación, tanto materiales como jurídicas, cuando han sido

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 3.

gravemente restringidas. Lo cual acontece muchas veces, de manera antijurídica, al realizarse un procedimiento de control⁴¹.

La ruptura es, por su lado, un grado máximo de tensión del sistema jurídico-político. Esta puede significar la grave pérdida del equilibrio, o, de manera simple pero rotunda, el quebrantamiento del orden constitucional: el Golpe de Estado. Este puede ser definido siguiendo a Valadés como "... el desconocimiento del orden constitucional por parte de un órgano del Estado. Desde luego esto supone la quiebra de la Constitución."⁴² Se trata, por tanto, de una situación en la que desde el Poder, con la fuerza de este, pasa a ser desdibujado de manera radical el orden vigente, con las consecuencias extremas de generar la anarquía en la vida pública o, en su caso, la re-concentración del Poder Político en escasas manos, la insurgencia de un poder autoritario.

Tal como se observa, hay una línea muy delgada entre la parálisis y la ruptura, al punto que vienen tratadas de manera sinónima en ciertas propuestas, lo cual puede que no deje de ser cierto, pues que cada vez más se asume que ni durante los Estados de Excepción o Emergencia, ha de detenerse el funcionamiento de las ramas del Poder Público⁴³. No obstante, como la vida es capaz de ofrecer multitud de ejemplos, cabe pensar en una diferenciación entre ambas figuras dependiendo de la intensidad del fenómeno en concreto, reservando la ruptura para manifestaciones más graves de este.

Dicho esto, un apunte importante a esta altura es abogar por desterrar las "ocurrencias" de representar las crisis entre los Poderes Públicos, en términos del lenguaje bélico, sea en el campo político o en el jurídico. No existe peor forma de atender la Política o el Derecho que asumir el lenguaje militar, que tiene sus propias coordenadas de empleo adecuado, para explicarla: cuando se ve al adversario como enemigo, a aquel al cual nada reconozco, ni tan siquiera su derecho a existir, la sociedad camina hacia su destrucción.

2 Algunos casos de crisis recientes

Propiamente conviene ver distintos momentos en que no operó el Equilibrio del Poder, en medio de la separación prevista, generándose en el proceso

⁴¹ Si el control "... se ejerce en nombre de un derecho o de un interés propio de quien lo realiza, el resultado es la paralización de las funciones del gobierno, en perjuicio del gobernado. Es esta medida se desnaturaliza el carácter representativo de las instituciones políticas y de sus titulares, y se retorna a una visión medieval, patrimonialista de la función pública. Este es un riesgo siempre latente, cuyos efectos son desorganizar y desarticular el funcionamiento de las instituciones." Valadés, D. *El control del poder*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2007, p. 156.

⁴² *Ibíd.*, p. 140.

⁴³ *Cfr.* Artículo 339 CRBV.

crisis que han de ser resueltas. Tal como se ha dicho, no es inusual que suceda. En Venezuela, se tiene el caso de la declaratoria en desacato de la Asamblea Nacional por parte del Tribunal Supremo de Justicia, que redundó en la práctica en la detención del órgano en el cumplimiento de sus funciones, por cerca de un lustro; la reciente remoción del Presidente Vizcarra, bajo un procedimiento de responsabilidad política ante el Parlamento Peruano, en el que el Tribunal Constitucional obvió un pronunciamiento, en toda regla, sobre el fondo del asunto controvertido⁴⁴, puede constituir otro.

En España, puede debatirse sobre el control formal respecto del extenso Estado de Alarma, acordado por el Gobierno del Presidente Sánchez, en relación con la pandemia en curso, en el último trimestre de 2020; también sobre la ambivalencia en torno a la conveniencia de la modificación de la ley, para cambiar las mayorías a efectos de la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial; o, la pretensión misma de reducir atribuciones a ese órgano, caso que sus titulares se encuentren con periodo vencido.

En el caso de los Estados Unidos de América, en donde el sistema de pesos y contrapesos recibió su configuración inicial, pueden identificarse momentos de crisis; todas en la Administración del Presidente Trump, por relatar las próximas. Allí se ha vivido el cierre de la Administración por falta de acuerdo con el Congreso, respecto del presupuesto federal; se tuvo el tema de los vetos migratorios por causas religiosas, con diversidad de soluciones en sede jurisdiccional, hasta el pronunciamiento definitivo; el juicio político seguido al Presidente en el Congreso, por el que la Cámara de Representantes encontró razones que no parecían suficientemente argumentadas y probadas, pero que igual le acusó ante el Senado, quien absolvió al Presidente de manera muy rápida, con una escasa sustanciación del asunto.

En ese mismo sentido, un caso que pudiera identificarse como de connivencia, *prima facie*, pareciera ser la reciente designación de la jueza Amy Coney Barrett, como Jueza Asociada de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Conforme a su Constitución⁴⁵, los jueces de ese Tribunal son designados por el Presidente de la República, requiriéndose la confirmación del nombramiento por el Senado; una vez cumplido el trámite, el escogido para tan notable función, la cumplirá de manera vitalicia, salvo renuncia o destitución.

⁴⁴ Tribunal Constitucional de la República del Perú. *Decisiones del pleno jurisdiccional*. Sentencia 778/2020 de fecha 19 de noviembre de 2020 [Documento en Línea]. Disponible: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

⁴⁵ Artículo 2, Sección Segunda, numeral 2. National Archives. *La constitución de los estados unidos de américa 1787* [Documento en Línea] 2019. Disponible: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

En este caso, la vacante se produjo por la muerte de la Magistrada Ruth Bader Ginsburg, nombrada por el Presidente Clinton, de pensamiento progresista. La nominada para sustituirla en cambio aparece como de tendencia conservadora. Dicho esto, el problema no es el cambio mismo de la tendencia. El sistema de selección está diseñado para que, efectivamente, los modos de pensamiento, el acervo ideológico y cultural de las diversas generaciones de profesionales del Derecho, puedan hacer presencia en la Corte. El Presidente concreta, al momento de su designación, esas ideas en la persona que presenta a la confirmación del Senado, quien finalmente se mostrará, conforme o no, con la idoneidad de ella.

En tal sentido, el inconveniente subyace en el abandono de un antecedente de comportamiento muy próximo. Durante la Administración Obama, corriendo el último año de su segundo periodo, el Senado de mayoría republicana dispuso que no procediera el trámite de confirmación del designado para un cargo vacante en la Corte, por ser año electoral. En aquel momento se alegó que esta acción, proveer la vacante, correspondía al sucesor de Obama. En la designación de la Jueza Amy Coney Barrett, se argumentó, a contramano, que el Presidente Trump y el Senado habían sido elegidos por un periodo completo en sus cargos, que negar sus facultades era tanto como recortar este ilegalmente; por ello cumplieron todo el trámite indicado y la Jueza ya está integrada en la Corte.

Frente a lo hecho, bien podrá decirse que se trata de un cambio de criterio, que la norma es aplicada de modo diverso por los intérpretes, según los contextos dentro de los que se opera. Considerar válido este modo de proceder, sin más, es aceptar que el Derecho no tiene firmeza, no genera obligatoriedad para sus destinatarios y se convierte, por vía de los hechos, en un mero discurso legitimador de la acción del Poder. Tiene esto un doble efecto negativo, al ya indicado de la instrumentalización del Derecho, es un cambio de precedente que queda afectado en su legitimidad. Las razones de ahora son las mismas que han existido cuando Obama, allá no hubo acuerdo y con ello quedó pendiente la provisión de un puesto de alta relevancia; aquí si lo hubo, uno sin suficiente consenso democrático, que suena a componenda y que arriesga el desafecto por las instituciones⁴⁶.

VI. UNA RESPUESTA DESDE OTRO ÁNGULO: LA CENTRALIDAD DEL SER HUMANO

Todos estos conflictos, estas crisis, tienden a resolverse desde la óptica del Poder mismo, o peor aún, desde las actitudes y los intereses personales de

⁴⁶ Sobre el papel de las imágenes dentro de la Ciencia Política, *Vid.* Vanossi, J. R. El parlamento como eje del consenso democrático. *Revista Tachirense de Derecho*, 3. 1993.

quienes lo ejercen. Puede que también se resuelvan en estricto y objetivo apego a la letra de las normas jurídicas, sin consideraciones de otro orden, lo cual en sí mismo constituye un avance, frente a aquel estado de cosas. En muchos casos, durante su resolución, se olvida que el ejercicio del Poder Político se entiende hoy como servicio antes que mando. Se trata de servir desde el Poder, no de servirse de este. No se trata del servicio a una persona concreta, a una parcialidad política o a una porción de las personas en una cierta realidad; es un servicio a todas las personas y, a cada una, integralmente.

En ese orden y dirección, en un sistema que reclama fundarse en el ser humano y su dignidad⁴⁷, sería pertinente tratar de resolver las crisis dentro de la Separación de Poderes desde allí. La persona, enseña Brewer-Carías, tiene Derecho a la Supremacía Constitucional⁴⁸, por tanto, siendo el culmen del Derecho el considerar esa centralidad humana, es lo procedente que se produzca la defensa de la vigencia del ordenamiento jurídico, en protección de las situaciones jurídicas subjetivas de las personas. Este es un proceso que ha venido cumpliéndose. El tránsito del análisis de la legalidad del acto como algo objetivo en sede judicial, hacia procesos en el que se acogen pretensiones subjetivas de los interesados, ha dado pasos decisivos. Y esto es porque las reglas han sido destinadas al bienestar humano, hechas para el hombre; no el hombre hecho para cumplir las reglas, según enseña el Evangelio.

La referencia al *in dubio pro homine* o al *in dubio pro cive*⁴⁹, según los casos, son avances importantes en la consideración del ser humano como centro de la interpretación jurídica y por ende de la aplicación de las normas a las situaciones concretas. No obstante, ellos se exhiben como recursos insuficientes para atender a la interpretación en resolución de casos, en los que un Poder del Estado se vea en su relación conflictiva con otro, dado que no hay norma que deba aplicarse “directamente” a una persona. En tal caso, la tentación de resolver todo de manera “objetiva”, sin consideración a ésta, como fin último del ejercicio del Poder Público, salta a la vista.

⁴⁷ Al menos en Venezuela, artículos 2 y 3 CRBV.

⁴⁸ “...el derecho ciudadano más importante y esencial en el constitucionalismo moderno, es el derecho a la supremacía constitucional, es decir, el derecho de todo ciudadano a que la Constitución, que es la norma suprema de la sociedad, se respete por todos.” Brewer-Carías, A. R. “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999”. En Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Edit.), *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* [Libro en línea]. 3. Madrid 1999. p. 38. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976152.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 13]

⁴⁹ Aplicables en el ámbito respectivo, requieren de variedad de posibilidades de significado en la interpretación que se realiza, con lo cual, la duda sobre la correcta para el asunto, general el que deba inclinarse por la más favorable a la persona o el administrado, según sea el caso.

En cambio, lo que se propone es que las crisis en el Equilibrio del Poder, dentro del modelo de Separación, se resuelvan mediante la consideración de estarse tratando pretensiones subjetivas de las personas. Tómese el siguiente ejemplo, ya referido por Briceño Vivas para explicar la organización del Poder Público como estructura de garantía de los derechos; así, si toda persona tiene el Derecho a la rendición de cuentas, la Contraloría General de la República, esta al ejercer sus competencias, está concretando este derecho político en relación con el órgano sometido a escrutinio⁵⁰. Si este último órgano se resiste a la actividad de control, no solo se opone al ejercicio de la competencia por el contralor, sino que deja sin satisfacer el derecho bajo examen.

En tal eventualidad, el órgano que se encuentre llamado a resolver el conflicto, no solo ha de considerar las competencias implicadas y los modos en que vienen ejercidas, sino dentro de las competencias, los derechos de las personas subyacentes en estas. De manera que, al disponer sobre el fondo, se oriente la decisión de tal manera que las pretensiones deducidas de las diversas situaciones jurídicas subjetivas de las personas encuentren su debida observancia. Todo mediante la apertura a opciones interpretativas que den cuenta de ejercicios de ponderación, en los que se valore adecuadamente el interés público en juego, con los nuevos elementos que aquí se señalan. Por ello, argumentar una inmunidad de control sobre la base de una eventual disposición reglamentaria, quedaría en entredicho, si del otro lado se considera la rendición de cuentas como derecho subjetivo, a modo de ejemplo.

Todo esto es así, porque el Poder Público ejercido, adquiere materialidad en situaciones precisas, en las que debe encontrarse el reflejo de toda la carga axiológica que debe rodear su accionar⁵¹. Para este asunto, lo exigido es la claridad del respeto a la dignidad humana como eje fundamental y articulador del sistema en su conjunto⁵². Proceder de esta manera, asegurando en el camino la adecuada expresión de los argumentos, puede además coadyuvar de manera decidida a la recuperación de la adhesión ciudadana al orden constitucional. En

⁵⁰ BRICEÑO VIVAS, G. “La protección de los derechos humanos y su inserción en la Constitución de 1999”. En R. Duque Corredor y J.M. Casal (Coord.), *Estudios de derecho público* (Tomo II). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2004. p. 77.

⁵¹ La Constitución recoge una cierta fórmula política que debe ser siempre apuntalada en el ejercicio del Poder Público, que “... en rigor significa un estilo de vida, una concepción de la sociedad y del Estado, y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político.” García Belaunde, D. “La interpretación constitucional como problema”. *Revista Tachirense de Derecho*, 4, 1993. p. 98.

⁵² En cuanto figura “...como valor material central de la Norma fundamental, derivando del mismo un amplísimo reconocimiento de los derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantía.” FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”. *Revista Tachirense de Derecho*, 7, 1995, p. 7.

este punto, el Derecho, en su vertiente más próxima a la Política, debe no solo ocuparse del respeto de las normas, sino de la generación de consensos en torno al sistema democrático. Lo que se expresa es un intento por conciliar ambas tareas, constituyéndose en punto de partida que no de llegada; sin olvidar que se trata de un ejercicio ético, y, sin que pueda dejar de pensarse que:

...las dudas seguirán generando una preocupación por construir un sistema de respuestas que solo con una forma amplia de ver la vida relacionada con lo bueno, lo mejor para el hombre, puede dar la respuesta más adecuada. Probablemente no sea definitiva, pero es mejor.⁵³

VII. A MODO DE COLOFÓN

El Poder Público es siempre uno, aunque convenga su separación y equilibrio; son unos sus fines, fuente y titular definitivo. Su ejercicio a quienes incumbe desde las diferentes posiciones es para viabilizar un modelo de convivencia política con forma jurídica, que ha sido puesto por el ser humano para su servicio, de allí que toda forma de crisis irresoluta o deficientemente atendida es profundamente antijurídica. Es la confesión de un Derecho que se hace ineficaz, más que por defectos de diseño (eventualmente presentes), por incompetencia y falta de compromiso de los responsables por las ejecutorias desde el ejercicio de la función pública o de los propios ciudadanos.

La separación demanda equilibrio, que debe conducir a un destino social revestido de dos ropajes que ha de portar. El del respeto profundo al ordenamiento jurídico en el que se ejerce el Poder, dado que es el producto concreto de la Soberanía, cuyo titular está implicado de manera directa e indirecta, en todo el proceso de confección y aplicación de este. Un segundo ropaje, no menos trascendente, es la eficacia de tal ejercicio en la consecución de las metas sociales; ha quedado claro que el Poder Público no se realiza para atender los deseos e intereses particulares de quien lo ostenta, sino para concentrarse en la gestión del interés general, que merece resultados concretos para la consecución de una vida digna para todos; una que conduzca al desarrollo integral del ser humano, en su maravillosa complejidad. Uno y otro, presentes como premisas fundantes de este final esperado.

No se trata de una mirada moralista del fenómeno bajo estudio (aunque bastante hace falta la referencia a la moral en las reflexiones jurídicas), se trata de ser consecuente con lo que se propone. Un orden jurídico que se construye en torno y al servicio del ser humano, de la satisfacción de sus legítimos derechos e intereses.

⁵³ RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, J. *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2015. p. 106.

Esa idea no es dable que quede confinada solo a la parte dogmática de la Carta Magna, aparece como transversal, dado que la Constitución es un todo integrado.

En última instancia, todo este tema es también una interpelación al ser humano en lo más profundo, habida cuenta que “El político tiene el poder que le damos los ciudadanos, y solo durante el tiempo que acordamos dárselo.”⁵⁴, lo que supone, responsabilidad ciudadana. A su lado, el que: “Nadie teme las iras de un prepotente, cuando vive a la faz del Omnipotente.”⁵⁵, es una respuesta confiada, desde su dimensión trascendente, por la que el futuro siempre será mejor.

BIBLIOGRAFÍA

ALGORRI FRANCO, L. J. (2001). “La división y legitimidad del poder político”. En D. Valadés y R. Gutiérrez Rivas (Coord.), *Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional* (Tomo II). [Libro en línea]. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/93/4.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 07]

ARAUJO-JUÁREZ, J. (2012) “El sistema de garantías jurídicas del ciudadano frente a la administración pública”. *Revista Tachirense de Derecho*, 23, 29-48.

BARBÉ, E. (1987). El “equilibrio del poder” en la teoría de las relaciones internacionales. *Afers Internacionals* [Revista en línea], 11. Disponible: <https://core.ac.uk/download/pdf/39007513.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

BREWER-CARÍAS, A. R. *Instituciones políticas y constitucionales. Evolución histórica del estado* (3era. ed., Tomo I). Editorial Jurídica Venezolana – Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal – Caracas 1996.

_____. “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999”. En Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Edit.), *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* [Libro en línea]. 3. Madrid 1999. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976152.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 13]

BRICEÑO VIVAS, G. La protección de los derechos humanos y su inserción en la Constitución de 1999. En R. Duque Corredor y J.M. Casal (Coord.), *Estudios de derecho público* (Tomo II). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2004.

CAPÁNAGA, V. *San Agustín*. Editorial Labor, S.A. Barcelona 1951.

⁵⁴ SAVATER, F. *Ética de urgencia* (1^{era} reimp.). Editorial Ariel. Bogotá 2012. p. 125.

⁵⁵ CAPÁNAGA, V. *San Agustín*. Editorial Labor, S.A. Barcelona 1951. p. 309.

CEVASCO PIEDRA, J. F. (s.f.). *La modernización como respuesta a la crisis. La modernización legislativa* [Documento en Línea]. Disponible: <http://www4.congreso.gob.pe/organizacion/oficial/jcevasco/noticias/modernizacion.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 07]

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con Enmienda número 01 (2009, Febrero 15). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.908 (Extraordinario), Febrero 19, 2009

DELGADO CARRILLO, F. El equilibrio de poderes. En D. Valadés y R. Gutiérrez Rivas (Coord.), *Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional* (Tomo II) [Libro en línea]. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/93/10.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 07]

FERNÁNDEZ SEGADO, F. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. *Revista Tachirense de Derecho*, 7, 1995, 5-36.

FUEYO ÁLVAREZ, J. F. “La morfología del poder política y la burocracia”. *Revista de Administración Pública* [Revista en línea], 1956, 20. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112126> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

GARABEDIÁN, M. *El estado moderno. Breve recorrido por su desarrollo teórico* 2020 [Documento en Línea]. Disponible: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/cdac/wp-content/uploads/sites/96/2020/03/T-Garabedi%C3%A1n-El-Estado-moderno.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

GARCÍA BELAUNDE, D. La interpretación constitucional como problema. *Revista Tachirense de Derecho*, 4, 1993, 79-103.

GARCÍA LÓPEZ, L. F. El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Vniversitas*, 128, 2014, 79-120.

GUERRERO OROZCO, O. *Introducción a la administración pública* [Libro en línea]. Harla S.A. de C.V. Ciudad de México. 1985. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1819/8.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 13]

GUIBOURG, R. A. *La enseñanza y el derecho constitucional*, 2015 [Documento en Línea]. Disponible: https://constitucionalblog.files.wordpress.com/2015/08/ricardo_guibourg.pdf [Consulta: 2020, Diciembre 07]

HERNÁNDEZ CAMARGO, L. (2001). “La soberanía popular como principio fundamental, sus desafíos frente al poder popular”. En J. M. Casal y M. G. Cuevas (Coord.), *Desafíos de la república en la venezuela de hoy. Memoria del XI congreso venezolano de derecho constitucional. Homenaje al doctor josé guillermo andueza* (Tomo I). Universidad Católica Andrés Bello - Konrad Adenauer Stiftung. Caracas 2001. pp. 449-470.

MELLAFE, R. (1987). Historia social de América y Chile. *Apud*. Bustos González, R. (2005). Desarrollo local y representación: el concepto de crisis. *Revista de Historia, Geografía y Cultura Andina* [Revista en línea], 25. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/3713/371336235004.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

MONTESQUIEU, C. L. *El espíritu de las leyes* [Libro en línea]. Partido de la Revolución Democrática. Ciudad de México 2018. Disponible: <https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espíritu-leyes.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

National Archives. (2019). *La constitución de los estados unidos de América 1787* [Documento en Línea]. Disponible: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

ORO TAPIA, L. R. “Notas sobre el equilibrio de poder”. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, 2010 [Revista en línea], VIII (12). Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/960/96014701004.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

OSTERLING PARODI, F. “El equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo”. *Revista de Derecho, Themis*: 1993 [Revista en línea], 26. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109820> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

PAUL, T. V. “Las potencias en ascenso y el equilibrio del poder en el siglo XXI”. *Revista Mexicana de Política Exterior* 2012 [Revista en línea], 94. Disponible: <https://revistadigital.sre.gob.mx/images/stories/numeros/n94/paul.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

Real Academia Española de la Lengua. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico. Definición de garantías constitucionales o legales* [Libro en línea]. Disponible: <https://dpej.rae.es/lema/garant%C3%ADas-constitucionales-o-legales> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, J. Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy. Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2015.

SAVATER, F. *Ética de urgencia* (1era reimp.). Editorial Ariel. Bogotá 2012.

SVAMPA, M. L. “El concepto de crisis en Reinhart Koselleck. Polisemias de una categoría histórica”. *Anacronismo e Irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna* [Revista en línea], 6. 2017. (11). Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5744602.pdf> [Consulta: 2020, Diciembre 12]

TAGLE MARTÍNEZ, H. Diálogo y política. *Revista Chilena de Derecho* [Revista en línea], 10 1983. (2). Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649435> [Consulta: 2020, Diciembre 06]

Tribunal Constitucional de la República del Perú. *Decisiones del pleno jurisdiccional*. Sentencia 778/2020 de fecha 19 de noviembre de 2020 [Documento en Línea]. Disponible: [https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002 - 2020-CC.pdf](https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf) [Consulta: 2020, Diciembre 12]

UREÑA ORTÍN, N. *El equilibrio en las diferentes etapas educativas*, 2008. [Documento en Línea]. Disponible: https://www.um.es/desarrollopsicomotor/Nuria_002_files/003_02.pdf [Consulta: 2020, Diciembre 07]

VALADÉS, D. *El control del poder*. 1998. [Libro en Línea]. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/995/5.pdf> Consulta: 2020, Diciembre 12]

_____. *El control del poder*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2007.

VANOSSI, J. R. El parlamento como eje del consenso democrático. *Revista Tachirense de Derecho*, 3, 1993, 41-49.

BREVES NOTAS SOBRE LA REMOCIÓN DE MAGISTRADOS

Edison Lucio VARELA CÁCERES*

Profesor en la Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

En la cúspide del Poder Judicial se encuentran los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a los cuales les corresponden asegurar, según sus competencias, la integridad y respeto del ordenamiento jurídico, de allí que se discipline en la propia Constitución las formas mediante las cuales se designa y se remueven de sus cargos, además de sus atribuciones y aquellos aspectos necesarios para que cumplan su importante misión.

En el caso del cese de un magistrado, se establece un procedimiento especial con la participación de varios órganos que persigue dejar un testimonio de que el retiro no obedece a una «factura política», sino que responde a razones objetivas que justifican la remoción.

El presente trabajo se ha dividido en tres secciones, a saber: i. que se entiende por altos funcionarios, ii. los diversos supuestos que pueden originar el cese de funciones de un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia; iii. los detalles del procedimiento respectivo, comenzando por un intento de definición, el examen de las diversas causales que pueden alegarse como faltas graves que originen la remoción, las fases referidas al control jurídico y político, las consecuencias jurídicas de la decisión y se finaliza con las respectivas conclusiones.

Finalmente, a través de esta modesta colaboración queremos rendir homenaje al profesor José Luis VILLEGAS MORENO quien desde la provincia ha sabido brillar con luz propia e irradiar su sabiduría en el foro nacional e incluso ha trascendido nuestras fronteras, por ello es un verdadero privilegio el poder

* Universidad de Los Andes, Abogado *Cum Laude*. Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Asistente de Derecho Civil i Personas. Universitat de Barcelona, Máster en Derecho de Familia e Infancia. Universidad Metropolitana, Profesor de Derecho Civil.

participar en esta obra colectiva coordinada por los queridos profesores Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE y José ARAUJO-JUÁREZ y ensalzar como se merece la vida académica de quien reúne cualidades poco comunes como son las de ejemplar maestro, profuso autor en temas relacionados con el Derecho municipal y ambiental, y prolijo director de publicaciones.

I. LOS ALTOS FUNCIONARIOS

El ejercicio de una función pública calificada de «alta investidura» esta rodeada de particularidades que por su relevancia es la propia Constitución la que fija los requisitos y procedimientos para la designación, así como las diversas formas por las cuales tales funcionarios –ejecutivos, legislativos, judiciales, etcétera– pierden el ejercicio del poder¹. De allí que en toda esta materia confluyan elementos políticos y jurídicos que añaden complicaciones prácticas, los cuales se deben sortearse para mantener la institucionalidad y, en definitiva, de ello depende la gobernabilidad y el mantenimiento del Estado de Derecho.

En la última década, se ha observado como los actores políticos recurren con desparpajo a diversos mecanismos de cesación para sacar a los altos funcionarios del «juego político», muchos de los cuales de discutida constitucionalidad. En efecto, en el caso del presidente de la República, se ha alegado la insania mental, el abandono del cargo, la nulidad de su designación por incumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo, se han intentado referéndum revocatorios², enjuiciamientos³, vencimiento del mandato⁴, entre otros;

¹ Vid. DÍAZ, Jesús Gerardo. «Aproximación al estudio de la declaración de cargos como de libre nombramiento y remoción (cargos de alto nivel o de confianza)». En: *Revista Tachirense de Derecho*. N° 16-17. UCAT. San Cristóbal, 2005, pp. 75 y ss.

² Véase: ANTELA, Ricardo. *La revocatoria del mandato (régimen jurídico del referéndum revocatorio en Venezuela)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011; PETZOLD-PERNÍA, Hermann: «Acerca del artículo 72 de la Constitución o el referéndum revocatorio». En: *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Vol. II. TSJ. F. Parra Aranguren, editor. Caracas, 2004.

³ Véase: MONSALVE CASADO, Ezequiel. *Enjuiciamiento del presidente de la República y de los altos funcionarios*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993. Véase: CSJ/SP, sent. del 20-05-93, que declaró la existencia de méritos para enjuiciar penalmente al, para ese momento, presidente de la República, reproducida en: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 48. UCAB. Caracas, 1993, pp. 79 y ss., así como los trabajos de dicha *Revista* que comentan el fallo: GUILLERMO ANDUEZA, José: «Juicio al presidente de la República y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia», pp. 279 y ss.; AYALA CORAO, Carlos M.: «Notas sobre el enjuiciamiento, suspensión y suplencia del presidente de la República», pp. 289 y ss.; CARIDAD MOSQUERA, Freddy O.: «La acefalía presidencial», pp. 297 y ss.

⁴ Vid. CALZADILLA RODRÍGUEZ, Angélica y VARELA CÁCERES, Edison Lucio. «El vencimiento del mandato presidencial como causal de falta absoluta». En: *Revista*

también otros cargos se han visto cuestionados, como el caso del fiscal general de la República⁵ o el de los diputados a la Asamblea Nacional, por solo mencionar algunos casos de reciente data.

En el supuesto de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, se añaden otras complicaciones, pues, para el ejercicio de dicho empleo judicial debe garantizarse la imparcialidad y la libertad en el ejercicio de la función de administrar de justicia, y por ello tales funcionarios no pueden estar sometidos a mecanismos dúctiles que originen, fuera de la estricta constitucionalidad y legalidad, que se altere la composición del Tribunal Supremo de Justicia con intenciones rastreras.

No obstante, sobre la magistratura también ha recaído la mácula de las rencillas politiqueras, así magistrados han dejado su cargo como consecuencia de leyes *ab hoc*⁶, jubilaciones anticipadas, «renuncias» coactivas, y, por supuesto, a través del procedimiento especial de remoción⁷.

II. SITUACIONES QUE ORIGINAN LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE MAGISTRADO

De los diversos instrumentos legales que regula la condición de magistrado del Tribunal Supremo de Justicia se desprenden las causales que originan la pérdida de la investidura de magistrado o el cese de sus funciones⁸, ellos son a saber:

Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano. N° 16. Universidad Monteávila. Caracas, 2020, pp. 417 y ss.

⁵ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R. «El gran temor: La remoción de la fiscal general de la República y el pavor frente a sus investigaciones», <http://allanbrewercarias.com>.

⁶ Véase: Ley especial para la ratificación o designación de los funcionarios y funcionarias del Poder Ciudadano y magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer periodo constitucional, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37 077, del 14-11-00.

⁷ Resulta bastante sugestivo el informe que elabora la ONG Acceso a la Justicia titulado: «¿Cuánto dura un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia?», donde afirma que para el periodo comprendido desde 1999 al 2015, solo el 11 % de los magistrados cumplió su periodo constitucional, *vid.* <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2016/03/Magistrados.pdf>.

⁸ Vid. GUTIÉRREZ DE COLMENARES, Carmen María. «Sistemas de elección y remoción de los magistrados de las salas y tribunales constitucionales en Centroamérica, evaluación crítica». En: *Estudios Constitucionales*. Vol. 4, N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago, 2006, pp. 631-659.

i. Vencimiento del periodo para el cual fue designado: Según se desprende del texto Constitución (artículo 264, en concordancia con el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), los magistrados serán designados por un periodo único de 12 años⁹. En consecuencia, una vez transcurrido el aludido lapso debería el magistrado cesar en sus funciones y ser sustituido por su remplazo. No obstante, de la Ley Orgánica se establece expresamente un «principio de continuidad» (artículo 42), lo que implicaría que el magistrado debe seguir en el «ejercicio de sus funciones» hasta su sustitución.

La anterior situación origina la necesidad de efectuar una interpretación sobre el sentido de la norma, pues una posición invita a entender que en dicho supuesto de vencimiento del periodo sin la designación del remplazo se prorrogaría el ejercicio hasta que se efectúe el nombramiento del nuevo magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, hecho que no deja de ser caótico, en razón que condiciona la vigencia efectiva del cargo a la voluntad del parlamento, que es en definitiva el que debe hacer la oportuna designación, lo cual contradice el mandato constitucional que fija como regla un periodo de 12 años para los magistrados sin aludir a excepciones (artículos 264 de la Constitución y 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

De allí que otra interpretación plausible es la de recurrir a los suplentes a los fines de cubrir la falta hasta que se proceda a la designación del reemplazante. Esta posición, si bien puede criticarse por cuanto el apelar a los suplentes se reserva en principio para suplir las faltas absolutas o temporales, así como para las hipótesis de inhibición o recusación (artículos 47 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), es coherente con el caso de remoción –como se verá *infra*– y con la circunstancia que los suplentes cumplen con los mismos requisitos, procedimiento de designación y, en conclusión, tienen las mismas responsabilidades en el ejercicio de la función judicial que los magistrados a que suplen (artículo 45 y 46 *eiusdem*), y por ello no se observan inconvenientes para intervenir hasta tanto se proceda la designación del remplazo en los términos de la ley.

ii. Faltas absolutas: Dentro del este supuesto se incluyen todas aquellas hipótesis que originan la imposibilidad material sobrevenida para el ejercicio de una función pública. Entre ellas se incluyen, a título ilustrativo, la muerte, renuncia y la destitución o remoción.

⁹ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R. «Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales». En: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, p. 18, ello implica que «se excluye la reelección de los magistrados». JOHNSON, Gerald W.: *La Suprema Corte*. Editorial Índice. Buenos Aires, 1962, p. 34, apunta que en los Estados Unidos «el cargo de juez de la Corte es vitalicio», así por ejemplo el famoso juez John Marshall permaneció durante 34 años como juez presidente de la Corte, aunque la mayoría de los jueces se retiran.

iii. Otros supuestos: Además de los anteriores casos existen hipótesis donde el ejercicio de algún derecho por parte del ciudadano designado para ocupar el cargo de magistrado del Tribunal Supremo de Justicia se ve imposibilitado de ejercer la función, pues existiría una incompatibilidad. Se hace referencia a los siguientes casos:

a. La «no aceptación del cargo» (artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), lo cual podría responder al ejercicio del derecho de objeción de conciencia (artículo 61 de la Constitución)¹⁰; en tal caso de no tomar posesión del cargo en las condiciones –juramentación– y tiempo fijado –20 días o el que le indique la Sala Plena– quedará sin efecto la designación y deberá procederse a efectuar una nueva por parte de la Asamblea Nacional.

b. Beneficio de jubilación: Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia son en definitiva «funcionarios» como cualquier otro de los que integran el aparato burocrático de un Estado, donde lo que lo distingue son solo las altas responsabilidades que descansan sobre sus hombros –de allí el procedimiento especial de designación– y por ello tienen los mismos derechos que otros jueces, como *verbi gratia*, recibir un salario, prestaciones sociales, etcétera, y entre ellos el optar a la jubilación si cumple con los requisitos de Ley (artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). El beneficio de la jubilación –es voluntaria, de allí que el magistrado tiene derecho de optar o no a la misma– ocasiona el cese de la condición de pleno derecho y, en tal sentido, su sustitución.

c. La revocación: La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia trae un supuesto particular donde autoriza a la Asamblea Nacional para revocar su designación por una causa sobrevenida¹¹ que opera de pleno dere-

¹⁰ Comenta Parra Aranguren, Fernando, en la «Presentación» de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nº 81. UCV. Caracas, 1991, p. 8, que el profesor Jesús Leopoldo Sánchez, «entre los múltiples hechos destacables de su vida merece señalarse su negativa a desempeñarse como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo (para la época), siendo –hasta ahora y a nuestro conocimiento– el único magistrado electo que no aceptó su designación, en lección de honestidad intelectual dada no solo al Congreso sino al país: siendo especialista en Derecho público consideró debía habersele nombrado para la Sala Político-Administrativa». Véase: ÁLVAREZ, Víctor M.: «Contestación». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Nº 48-49. Caracas, 1972, p. 167 (también del mismo autor: «Ante la desaparición del Dr. Jesús Leopoldo Sánchez». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Nº 122. Caracas, 1991, pp. 10-11.

¹¹ Se indica «sobrevenida» por cuanto si el nexo familiar o de pareja existía de forma previa a la designación se ha violentado un requisito de exigibilidad establecido en el artículo 37.5 y 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual solo pu-

cho, es decir, sin el procedimiento de calificación del motivo –por lo que se distingue de la remoción, como se verá *infra*– la cual consiste en una incompatibilidad por vínculo de pareja o parentesco¹², situación que ocurre cuando dos magistrados designados detentan un nexo familiar de los aludidos, ello origina que se revoque la última designación¹³. No resuelve la norma la hipótesis de cuando las designaciones han ocurrido en el mismo momento; en tal supuesto, lo lógico es que se recurra a los expedientes personales y se tome en cuenta cuál de los magistrados obtuvo mejor calificación en el baremo que al efecto debió efectuarse para ponderar las condiciones profesionales (artículo 73) y si ambos tienen idéntico puntaje a la suerte.

do ocurrir por haber suministrados datos falsos, lo cual es causal de remoción de ambos magistrados como se verá *infra*.

- ¹² Concretamente dispone el artículo 39: «... No podrán ser designados o designadas simultáneamente magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, quienes estén unidos entre sí por matrimonio, unión estable de hecho, adopción o parentesco en línea recta o en línea colateral, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En caso de que ocurriese este supuesto, la Asamblea Nacional revocará la última designación y procederá a una nueva selección, de conformidad con esta Ley».
- ¹³ No obstante, TSJ/SC, sent. N° 9, del 01-03-16, ha establecido: «la Asamblea Nacional no está legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados (...) pues además de no estar previsto en la Constitución y atentar contra el equilibrio entre Poderes, ello sería tanto como remover a los magistrados (...) sin tener la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, sin audiencia concedida al interesado (...) y en casos de –supuestas– faltas –graves– no calificadas por el Poder Ciudadano, al margen de la ley y de la Constitución». Sin embargo, la historia reciente da muestra de la destitución del magistrado Franklin Arrieche (Sala de Casación Civil), en aplicación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004, el cual establecía: «La Asamblea Nacional, por mayoría simple, podrá anular el acto administrativo mediante el cual se designa a un magistrado, principal o suplente, cuando este hubiere suministrado datos falsos con motivo de su postulación a la fecha de la misma, que impida conocer o tergiversar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la presente Ley y en la Constitución». Sobre el tema BREWER-CARÍAS, Allan R. «La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa». En: *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. UNAM. G. Cisneros Farías et al. coords. México D. F., 2006, p. 98, comentaba además de su evidente inconstitucionalidad, dejaba «a la merced de la mayoría política de la Asamblea la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo por estas causales basadas precisamente en conceptos jurídicos indeterminados».

Como se observa con nitidez existen diversas situaciones que pueden afectar el ejercicio de la magistratura, algunas son pronosticables –vencimiento del periodo–, otras sobrevenidas –faltas absolutas–, las hay precedentes –no aceptación del cargo– que operan de pleno derecho –revocación– o que corresponden al ejercicio de un derecho constitucional –jubilación–, todas tienen en común el generar una alteración en la composición del Tribunal Supremo de Justicia y por ello deben poseer un debido soporte en la Constitución y en la ley; pues, de su correcto uso dependerá la estabilidad del Poder Judicial y el apropiado funcionamiento del Tribunal. En efecto, no puede olvidarse que la función del Tribunal Supremo de Justicia no se circunscribe a la actividad de administrar de justicia, sino que es un elemento clave para mantener el equilibrio de los poderes públicos, según el balancín de pesos y contrapesos constitucional, sin el cual se desdibujaría el Estado de Derecho.

Finalmente, de los escenarios antes aludidos descuella, por su complejidad el procedimiento de remoción de magistrados, pues el mismo implica la intervención de varios órganos y una actuación no solo jurídica sino política, lo cual añade complicaciones al asunto y por ello se le dedicara las líneas que siguen.

III. EL TRÁMITE DE REMOCIÓN

Lo primero a puntualizar es que el presente análisis no tiene un carácter meramente especulativo¹⁴, sino que por el contrario está sentado en acontecimientos relativamente recientes, donde se vivió sendos procedimientos de remoción de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Aun así, la verdad es que es poco frecuente que se concluya con la remoción, pues lo común es que el magistrado que ha dado motivos para su remoción renuncie a la investidura.

En todo caso, los referidos procedimientos servirán para aderezar el examen del instituto y confirmar las interpretaciones de las normas que lo regulan.

1. *Remoción (intento de definición)*

La remoción según se desprende del texto constitucional es una figura que alude al procedimiento que origina el retiro del cargo a un funcionario, ello no se circunscribe a los funcionarios de carrera (artículo 145), jueces (artículo 255), sino se puede aplicar a altos funcionarios como lo serían el vicepresidente

¹⁴ Así, por ejemplo, JOHNSON: *ob. cit.*, p. 32, comenta que en el caso de la longeva Suprema Corte de los Estados Unidos «De los jueces solo uno, Samuel Chase, que actuó entre los años 1796 y 1811, fue acusado. Aunque en este caso el cargo no fue de deshonesto o traidor, sino el de poseer un temperamento demasiado violento para ser justo. La verdadera razón fue que él insistía en hacer discursos políticos desde su banca, denunciando al presidente y a la administración. Esto fue indudablemente disparado de parte de Chase, pero no era un delito y la acusación no prosperó».

y los ministros que por su naturaleza de «libre nombramiento y remoción» puede hacerlo el presidente a su criterio (artículos 187.10, 236.3 y 239.3), o por moción de censura por parte de la Asamblea Nacional (artículos 246 y 240); también el directorio del Banco Central de Venezuela puede ser removido por «incumplimiento sin causa justificada del objetivo y de las metas» fijadas con sus políticas económicas (artículo 319); los integrantes del Poder Ciudadano – Defensor del Pueblo, Fiscal General y Contralor General de la República– (artículo 279), los integrantes del Consejo Nacional Electoral (artículo 296), y claro está a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 265).

Como se observa el alto funcionario excluido de la anterior lista es el presidente de la República para el cual la Constitución alude a «destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia» (artículo 233).

Aunque los términos «remoción» y «destitución»¹⁵ pueden usarse como sinónimos, generalmente el de «destitución» se reserva para los funcionarios de carrera y opera como consecuencia de un procedimiento que implica una evaluación disciplinaria, en otras palabras, examina el desempeño en el cargo¹⁶ y de acuerdo con el mismo determina el cese de la función. Por su parte, la remoción es para funcionarios de libre nombramiento.

Así en el caso de remoción de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ella procede no solo cuando se juzga una causal de indisciplina en la conducta del juez, sino también cuando ha ocurrido otros motivos no vinculados con el ejercicio de la función de administrar justicia, tal es el caso de por ejemplo: el padecer una enfermedad grave que le impida al magistrado ejercer el destino.

¹⁵ Al respecto, CABANELLAS, Guillermo y ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Luis. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. T. V. 14^a, Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1979, p. 672, entienden por «Remoción. Privación de cargo o empleo. El vocablo, de origen canónico en esta acepción, es hoy de uso muy general, especialmente en la esfera administrativa»; y para destitución indican: «Privación de empleo o cargo público hecha por la autoridad competente, en caso de que el empleado o funcionario haya incurrido en falta o perdido la confianza de los superiores» (t. II, p. 682).

¹⁶ Así por ejemplo el artículo 51 de la Constitución se refieren a la destitución de los funcionarios por incumplimiento de los deberes; la Ley del Estatuto de la Función Pública desarrolla el procedimiento disciplinario de destitución y las causales que la hacen procedentes (artículos 86 y 89) y el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana regula dichos aspectos (artículos 28.3, 33, 51 y ss.). *Vid.* DAZA, Thairy: «Las causales de destitución en la Ley del Estatuto de la Función Pública». En: *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV*. CIDEP. Caracas, 2017, pp. 60-83 (de la misma autora y en el *Anuario* de 2016: «Procedimiento administrativo disciplinario de destitución establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública», pp. 126-134).

2. Causales

Lo primero a aclarar es que no toda conducta incorrecta origina la substanciación de un procedimiento de remoción, entonces para que ello ocurra se requiere que el magistrado del Tribunal Supremo de Justicia este incurso en una «falta grave».

Ahora bien, la Constitución no señala cuáles pueden ser esas faltas, únicamente se limita a calificarlas de «graves», siendo entonces el legislador (artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) el que enuncia las «causas graves» que pueden motivar una remoción de magistrado, las cuales se pueden englobar en los siguientes criterios, a saber:

i. Motivos personales: Aunque es poco común que una situación personal origine el retiro de un magistrado de sus funciones la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido dos supuestos:

a. «Manifiesta incapacidad física o mental permanente» (artículo 62.2). Es una causal de remoción donde no se está al frente de una conducta que choca con el rol de magistrado o que es ilícita por sí misma, sino a un supuesto inimputable al magistrado y que requiere como remedio la calificación en términos objetivos; de verificarse su existencia origina la remoción y sustitución. Esto concuerda con los requisitos para ser magistrado donde se exige «Estar en plena capacidad mental» (artículo 37.3 *eiusdem*). Para que proceda esta causal, exige la norma que la Asamblea Nacional autorice al Tribunal Supremo de Justicia para que este designe una junta médica, y que dicho comité certifique que la enfermedad es manifiesta, grave y permanente.

b. «Abandonar el cargo y así lo declare el Tribunal Supremo de Justicia» (artículo 62.8). Puede ocurrir que un magistrado no se presente a su despacho sin que su ausencia se encuentre justificada –estarían permitidas por vacaciones (artículo 44), licencia por enfermedad o misión oficial (artículo 60) u otro supuesto que la Sala Plena considere justificado–, en tal supuesto la falta se interpretaría como una renuncia tácita, de hecho así lo entiende la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia cuando en el artículo 60 dispone: «Si vencida la licencia el magistrado o magistrada no se reincorporare, ni hubiere obtenido prórroga, se considerará que ha renunciado al cargo, a menos que una causa justificada se lo haya impedido». Como los motivos para conceder una licencia y la prórroga son asuntos que conoce el propio Tribunal se juzga prudente que antes de iniciar cualquier trámite de remoción la Sala Plena declare el abandono, para lo

cual el presidente del Tribunal Supremo de Justicia informará a dicha Sala sobre la inasistencia de aquellos magistrados que se hubieren separado de sus cargos sin la respectiva licencia previa (artículo 22.8)¹⁷.

ii. Por comportamientos incompatibles: Aquí se alude a determinados supuestos que por sí solo no son contrarios a derecho, pero cuando ellos se reúnen con el ejercicio del cargo público y en concreto con la cualidad de magistrado del Tribunal Supremo de Justicia generan una incompatibilidad que por estar proscrita se sanciona con la remoción. Así, *verbi gratia*, cualquier ciudadano puede realizar actividades sindicales (artículo 95 de la Constitución), sin embargo, ello no está permitido para los magistrados, jueces, fiscales o defensores públicos, por cuanto ello pudiera afectar su imparcialidad e independencia en ejercicio de sus funciones (artículo 256 de la Constitución). Concretamente establece la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como supuestos de incompatibilidad los siguientes:

a. «Llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante» (artículo 62.5). Todas estas conductas la propia Constitución las considera incompatible con la función de administrar justicia, por tanto, estar incurso en ellas ocasiona que se instaure un procedimiento de remoción. Incluso para aspirar al cargo de magistrado se debe «Renunciar a cualquier militancia político-partidista» (artículo 37.5)¹⁸.

b. «Realizar actividades incompatibles con sus funciones, por sí o por interpuestas personas» (artículo 62.6). La función de administrar justicia es incompatible con el ejercicio de privado de la profesión –por ejemplo mantener bufete o despacho de abogados, mientras se es magistrado¹⁹– o con la

¹⁷ Véase: El Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana que establece como causal de destitución aplicable a los magistrados: «Abandonar o ausentarse del cargo injustificadamente, comprometiendo el normal funcionamiento del órgano judicial» (artículo 33.8).

¹⁸ Apunta el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana: «El juez y la jueza no podrán, salvo el ejercicio del derecho al sufragio, realizar directa o indirectamente ningún tipo de activismo político partidista, sindical, gremial o de índole semejante, capaz de poner en duda la independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» (artículo 26), de allí que se establezca como causal de destitución aplicable a los magistrados: «9. Propiciar u organizar huelga, suspensión total o parcial de actividades judiciales, o disminuir el rendimiento diario del trabajo (...) 18. Llevar a cabo activismo político-partidista, gremial, sindical o de índole semejante» (artículo 33). La Ley Orgánica del Poder Ciudadano dispone como causal de remoción: «Cuando lleven a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante» (artículo 11.6).

¹⁹ En efecto, la Ley de Abogados se aplica a los magistrados (artículo 11 parágrafo único), y establece en su artículo 12: «No podrán ejercer la abogacía (...) los funcionarios públicos» y aclara en el artículo 11: «Se entiende por ejercicio profesional la realiza-

actividad comercial –ser directivo de una compañía anónima con ejercicio económico activo–, aunque sean actividades privadas, pues las personas que se relacionen con tales entes donde un magistrado es participe, no actuarían con libertad al correr con el riesgo que por medio de un fallo del Tribunal Supremo de Justicia podrían ver limitados ilegítimamente sus derechos. Para garantizar este aspecto se exige que los candidatos a magistrados «no realizar alguna actividad incompatible con las funciones» (artículo 37.7).

c. «Ejercer simultáneamente otro cargo público remunerado, salvo lo que se dispone para cargos académicos o docentes a que se refiere esta Ley» (artículo 62.7). La regla general es que el ejercicio de la función pública es a dedicación exclusiva²⁰, exonerándose ciertos cargos que por su naturaleza son honoríficas y coherentes con el desempeño de la magistratura. Concretamente, dispone el artículo 39 de la Ley Orgánica, que los magistrados: «... podrán ejercer cargos académicos y docentes siempre y cuando no sea a tiempo completo o no resulten incompatibles con el ejercicio de sus funciones, y ser miembros de comisiones codificadoras, redactoras o revisoras de leyes, ordenanzas y reglamentos que, según las disposiciones que las rijan, no constituyan destinos públicos remunerados»²¹. Lo antepuesto implica que fuera de dicha excepción un segundo destino público remunerado origina que el magistrado sea objeto de remoción.

ción habitual de labores o la prestación de servicio a título oneroso o gratuito, propios de la abogacía, sin que medie nombramiento o designación oficial alguna». Véase: el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (artículo 22) y la causal de destitución aplicable a los magistrados: «Realizar, por sí o por interposición de cualquier persona, actos propios del ejercicio de la profesión de abogado o actividades privadas lucrativas incompatibles con su función» (artículo 33.4). Causal ratificada en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, que considera falta grave para los magistrados que «realicen actividades privadas lucrativas incompatibles con su función por sí, o por interpuesta persona» (artículo 11.6).

²⁰ Véase: artículos 148 de la Constitución; 35 y 36 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

²¹ Véase: el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana que reitera que «ejercerá sus funciones a dedicación exclusiva, la función judicial es incompatible con el libre ejercicio de la abogacía o de cualquier otra función pública o privada, remunerada o no remunerada. Se excluyen de esta incompatibilidad los cargos académicos, docentes, asistenciales y accidentales, que, por su relación o esencia, resulten compatibles con las exigencias propias de la función judicial siempre que no la interfieran» (artículo 22); véase también la Ley Orgánica del Poder Ciudadano que prohíbe que los magistrados «ejercen cualquier otra función pública, a excepción de actividades educativas» (artículo 11.6).

d. «Que sus actos públicos atenten contra la respetabilidad del Poder Judicial y de los órganos que represente» (artículo 62.10). El ejercicio de la magistratura es el más alto honor que puede alcanzar un abogado y por ello debe guardar en todo momento una conducta proba e intachable, no solo de su propia reputación, sino de la institución que representa, de allí que le prohíba cualquier acción que mancille la imagen del Poder Judicial²². Por ello la Constitución (artículo 263.2) exigen su «reconocida honorabilidad», en concordancia con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que alude además a reconocida competencia (artículo 37.2)²³. Así, por ejemplo, un magistrado que sostenga expresiones de menosprecio hacia la jurisdicción disciplinaria sin fundamentos, solo con la intención de hacer uso de su condición de autoridad para saldar una rencilla política, se rebaja en su rol como magistrado lo que lo inhabilita para seguir en su desempeño, pues la magistratura no es tribuna política o personal.

e. «Cuando ejerzan influencia directa en la designación de quienes cumplan funciones públicas» (artículo 62.12). Se alude a aquellas prácticas contraria a la actividad administrativa o judicial mediante las cuales se persigue obtener un determinado objetivo sin cumplir con las estrictas condiciones impuestas por la ley, *verbi gratia* el conocido «tráfico de in-

²² Al respecto ha comentado JOHNSON: *ob. cit.*, p. 31, «Es un elevado ministerio, la más alta distinción profesional a que aspira un abogado norteamericano. Es la más honorable, porque desde los años en que el gobierno fue instituido, jamás un presidente de la Corte la deshonoró. Algunos han sido más perspicaces que otros y resultado mejores jueces, pero su conducta jamás avergonzó a sus colegas ni al país». En *Las reflexiones sobre el juez* de Fray Benito Jerónimo Feijóo, decía: «Ni basta tener puras tus manos. Es menester examinar también las de tus domésticos. La integridad del magistrado ha de hacer lo que la matrona activa, y vigilante, que no solo cuida de la limpieza de su persona, mas también de la de su casa. Esto no solo es debido a tu conciencia: también importa a tu fama; porque se cree que la porción inferior de la familia es conducto subterráneo, por donde va el manantial a la mano del dueño», *vid.* GIL OSUNA, Bartolomé. *Algo de ética y deontología jurídica. El abogado de hoy*. ULA. Mérida, 2021, p. 137.

²³ También el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana alude a este deber, el de a través de su conducta: «fortalecer la confianza de la comunidad por su idoneidad y excelencia, integridad e imparcialidad para el ejercicio de la función jurisdiccional; y evitarán realizar actos que los hagan desmerecer la estimación pública o que puedan comprometer el respeto y el decoro que exige el ejercicio de su función» (artículo 24).

fluencia»²⁴, dichas conductas son contrarias diametralmente a la majestad del ejercicio de la magistratura y por supuesto de toda función pública²⁵.

Como se observa, las anteriores hipótesis están en conformidad con las establecidas para cualquier funcionario, las cuales se identifica como aquellas relacionadas con: El desempeño de cargos (artículo 148 de la Constitución); contratación con el Estado (artículo 145) y aceptación de cargos u honores de gobiernos extranjeros (artículo 149)²⁶.

iii. Las conductas contrarias al ejercicio de la función de administrar justicia: La mayoría de las causales que hacen procedente la remoción de un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia se asocian con un desempeño irregular de sus funciones, pues debe recordarse que ningún funcionario se encuentra exento de responsabilidad. En concreto, los magistrados son igualmente responsables por sus actos u omisiones, y tienen el deber de actuar siempre apegado a la Constitución y a las leyes, donde su inobservancia involucra la responsabilidad, penal, civil, administrativa y disciplinaria²⁷.

En tal orden, las causas aquí ponderadas responden al ámbito disciplinario al que puede estar sometido un magistrado cuando está incurrido en un desempeño deficiente de su actividad lo que trae como consecuencia la pérdida de su

²⁴ Véase: la Ley Contra la Corrupción (artículos 70 y ss.).

²⁵ Véase: la Ley del Estatuto de la Función Pública que alude a prohibiciones de los funcionarios «Intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan celebrar cualquier contrato con la República» (artículo 34.3); también véase el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana que tipifica la causal de destitución extensible a los magistrados: «Recomendar o influir ante otro juez o jueza, de igual o diferente instancia, o cualquier otro funcionario público u otra funcionaria pública, sobre aquellos asuntos que estos o estas deban decidir» (artículo 33.19).

²⁶ Véase: BREWER-CARÍAS, Allan R. “Introducción general al Código de Derecho Administrativo: La constitucionalización del Derecho Administrativo y su regulación legal básica”. En: *Código de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, pp. 65 y 66.

²⁷ Señala PEÑA SOLÍS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano. Los poderes públicos nacionales, estatales y municipales*. Vol. II, t. III. s/e. Caracas, 2015, p. 332, «Otro principio que informa al Poder Judicial, es el de responsabilidad del juez, conforme al cual este pese a su independencia en el ejercicio de sus funciones, no está exento de responder por los actos ilegales en que incurra, tal como se desprende claramente del artículo 255 parte *in fine*, de la ley suprema, que estatuye “Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, 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”. El principio aparece reiterado en el artículo 49.8, *eiusdem*».

condición de magistrado. Concretamente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia alude a las siguientes faltas graves:

a. «No ser imparcial o independiente en el ejercicio de sus funciones» (artículo 62.3). Toda la idea de justicia gira alrededor de un árbitro que al momento de administrar justicia lo va a hacer de manera imparcial e independiente, así lo garantiza expresamente la Constitución (artículos 26, 49.3, 254 y 256)²⁸. Por tanto, cualquier conducta que evidencie un trato tendencioso y subordinado a fines distintos de los de hacer justicia, repulsa a su función e inhabilita a quién así actúa para la magistratura, además de generar responsabilidad personal (artículo 255)²⁹.

b. «Eximirse del ejercicio de sus funciones, salvo en los casos de inhibición o recusación» (artículo 62.4). El cargo de magistrado no solo es una dignidad, sino un verdadero trabajo que se debe ejercer con disciplina para coadyuvar a garantizar «una justicia (...) expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles» como lo ofrece la Constitución (artículo 26). Por ello el magistrado que rehúye a cumplir con su labor, además de estar posiblemente denegando justicia, se coloca en una posición que lo hace pasible de retiro. Obviamente, de esta causal se exoneran los casos donde proceda un supuesto de incompetencia subjetiva, es decir, donde el magistrado sea recusado o se inhíba³⁰.

c. «Incumplir o incurrir en negligencia manifiesta en el ejercicio de sus atribuciones y deberes» (artículo 62.9). La Constitución establece las atribuciones que descansan en los magistrados integrantes de las diversas salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 266) y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia hace lo propio añadiendo funciones particulares al presidente y vicepresidente del Tribunal (artículos 22 y ss.)³¹, la desaten-

²⁸ Véase: Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (artículos 4 y 5).

²⁹ Ya advertía OSSORIO, Ángel. *La justicia (la justicia poder)*. T. I. Ejea. Buenos Aires, 1962, p. 138, «Es forzoso, inexcusable, apartar en absoluto la magistratura del Gobierno (...) Si además los magistrados saben que viven pendientes de la benevolencia o de la ira, de la simpatía o del encono de quienes en el Gobierno o fuera de él sirven los idearios políticos, será imposible que alcancen la independencia y el prestigio que el pueblo necesita reconocerles».

³⁰ Sobre el procedimiento de inhibición y recusación véase los artículos 53 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

³¹ Véase: Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículos 176, 489, 490 y 491); Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 11.1, 13, 14 y 23); Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (artículos 166, 171, 173, 189, 191, 199, 200, 248 y ss.); Ley Orgánica Procesal del Trabajo (artículos 13.3, 171 y ss.); Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

ción de dichos deberes origina responsabilidad personal (artículo 255 de la Constitución) que cuando es ostensiblemente el incumplimiento o la desidia puede suscitar la remoción de los magistrados incursos.

d. «Cometer hechos graves que, constitutivos o no de delito, pongan en peligro su credibilidad e imparcialidad y comprometan la dignidad del cargo» (artículo 62.11). Como se ha mencionado, el desempeño de la función de magistrado está reservada para aquellos juristas que no solo posean los más altos méritos académicos y profesionales, sino que acompañen su ejercicio con una conducta siempre honorable, si en sus actuaciones ejecuta acciones que por su gravedad coloca en tela de juicio su reputación, imparcialidad o decoro ello lo hace inicu para seguir ocupando su cargo de allí la procedencia del trámite para su remoción. Así, por ejemplo, el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (artículo 17), exige la «discreción profesional» por tanto el magistrado tiene prohibido difundir información que afecte la intimidad, vida privada, confidencialidad, propia imagen, honor y reputación de las partes, el comunicarlo indebidamente lo compromete en su desempeño; por lo tanto «debe actuar con dignidad, ser respetuoso o respetuosa, cortés y tolerante con las partes, los abogados y las abogadas, auxiliares de justicia, personas a su cargo o servicio, así como con todas las demás personas con quienes deban tratar en el desempeño de sus funciones» (artículo 19); además «deben llevar un estilo de vida acorde con la probidad y dignidad que son propias de su investidura e igualmente acorde con sus posibilidades económicas» (artículo 25); también «debe observar la ecuanimidad necesaria y se abstendrá de realizar su promoción personal a través de los medios de comunicación social u otras vías análogas, con ocasión de su investidura» (artículo 27); por tal razón tipifica como causal de destitución aplicable a los magistrados: la «Falta de probidad» y la «Conducta impropia o inadecuada grave o reiterada en el ejercicio de sus funciones» (artículo 33.12 y 13).

e. «Cuando incurran en abuso o exceso de autoridad» (artículo 62.13). Ya se ha señalado que todo ejercicio de función pública genera responsabilidad «por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley» (artículo 139 de la Constitución) y «Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos» (artículo 138), esa responsabilidad no se limita al ámbito penal, civil o administrativa, sino que incluye necesariamente la materia disciplinaria de allí que pueda acarrear la destitución

(artículo 119); Código Orgánico Procesal Penal (artículos 451 y ss.); Código de Procedimiento Civil (artículos 312 y ss.).

del funcionario. En el supuesto de un magistrado que abuse de sus funciones, tal conducta lo coloca ante su posible retiro³².

f. «Cuando incurran en grave e inexcusable error de derecho, cohecho, prevaricación, dolo o denegación de justicia» (artículo 62.14). Se hace referencia a dos supuestos, a saber: primero, el error en derecho que se refiere esencialmente a un yerro grotesco e injustificable para el perito en derecho y que se consuma en el momento de dictar sentencia, el cual recaería sobre todos los firmantes del fallo, salvo que expresen su voto disidente (artículo 104)³³; y segundo, la comisión de delitos vinculados con la «administración de justicia»³⁴: Tanto el cohecho³⁵, la prevaricación³⁶, como la

³² Véase: el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana donde se indica como falta que motiva la destitución aplicable a los magistrados: «Incurrir en abuso de autoridad. Extralimitación o usurpación de funciones» (artículo 33.14).

³³ Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano se refiere a: «Cuando actúen con grave e inexcusable ignorancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la ley y del derecho» (artículo 11.3).

³⁴ Zanardelli comentaba que estos delitos que «por la naturaleza particular y consecuencias que de ello derivan, algunos hechos delictuosos tienen por objeto más o menos directamente, la administración de justicia sea rehusándole el concurso que el ciudadano debe prestarle, sea provocando indebidamente su acción o procurando desviarla, sea en fin paralizando sus efectos», parafraseado en FEBRES CORDERO, Héctor: *Curso de Derecho Penal parte especial*. t. I. Talleres Italgráfica. Caracas, 1993, p. 259.

³⁵ Como comenta FEBRES CORDERO: *ob. cit.*, t. I, p. 173, el cohecho en un término sinónimo del delito de corrupción de funcionarios. En efecto, afirma MENDOZA TROCONIS, José Rafael: *Curso de Derecho Penal venezolano (compendio de parte especial)*. Tomos I y II. 8.^a, Librería Destino. Caracas, s/f, p. 125, «La venta de la justicia por un magistrado judicial es un acto vil, el juez que desprecia la honorabilidad de su misión, vende sus opiniones y su conciencia y se hace cómplice de la injusticia debe estimarse como el último de los hombres. Desde antiguo eran castigados los jueces prevaricadores con las penas más graves». En tal sentido, la Ley Contra la Corrupción sanciona la conducta en el artículo 62: «El funcionario público que por retardar u omitir algún acto de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado con prisión de tres a siete años y multa de hasta el 50 % del beneficio recibido o prometido. La prisión será de cuatro a ocho años y la multa de hasta el 60 %, si la conducta ha tenido por efecto: (...) 2. Favorecer o causar algún perjuicio o daño a alguna de las partes en procedimiento administrativo o juicio penal, civil o de cualquier otra naturaleza. Si el responsable de la conducta fuere un juez, y de ello, resultare una sentencia condenatoria restrictiva de la libertad que exceda de seis meses, la pena de prisión será de cinco a diez años».

³⁶ FEBRES CORDERO: *ob. cit.*, t. I, pp. 290 y 291, afirma: «Por prevaricar se entiende, conforme al diccionario, faltar voluntariamente a la obligación del cargo que se

denegación de justicia³⁷, alude a conductas tipificadas como delitos contra la función judicial; su comisión por un magistrado evidentemente lo inhabilita para seguir desempeñando sus funciones y, por tanto, debe procederse a su remoción³⁸. Sin embargo, debe ponderarse que en este último caso

desempeña», en tal sentido, «Conforme a nuestra legislación, que sigue en este sentido a la italiana, el término prevaricación se emplea para designar la actuación torcida de los mandatarios, abogados, procuradores, consejeros, directores o fiscales o representantes del Ministerio Público. El prevaricato de los jueces y otros funcionarios aparece como formas de corrupción o infracción de los deberes de los funcionarios públicos». Caso distinto el español donde la prevaricación si recae en el juez (artículo 404 del Código Penal), al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales: en particular, el caso de la prevaricación». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N° 98. Civitas. Madrid, 1998, pp. 246 y 247, apunta que «Ha de tratarse, pues, de una infracción legal (...) Es esta infracción objetiva de la legalidad la que define en primer término el delito, no el hecho subjetivo de que la autoridad obre en contra de sus convicciones íntimas, aunque la infracción –como se deriva ahora de su calificación de “arbitraria”– ha de ser “clara y manifiesta”, patente, grosera, esperpéntica –ha llegado a decir la jurisprudencia–, no bastando una interpretación errónea, equivocada o discutible, lo que traza una línea de “relevancia penal” de la infracción».

³⁷ El Código de Procedimiento Civil alude a la denegación de justicia en los siguientes términos: «Artículo 19.- El juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia»; en concordancia con el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana que califica la denegación de justicia como «falta disciplinaria» (artículo 11); por su parte, la Ley Contra la Corrupción tipifica el delito en el artículo 83: «El juez que omita o rehúse decidir, so pretexto de oscuridad, insuficiencia, contradicción o silencio de esta Ley, será penado con prisión de uno a dos años. Si obrare por un interés privado, la pena se aumentará al doble. El juez que viole esta Ley o abuse de poder, en beneficio o perjuicio de un procesado, será penado con prisión de tres a seis años...»; por su parte, el artículo 84 establece: «El juez que retarde la tramitación del proceso con el fin de prolongar la detención del procesado o de que prescriba la acción penal correspondiente, será penado con prisión de dos a cuatro años...».

³⁸ Véase: el artículo 255 de la Constitución que hace mención a la responsabilidad del juez por error injustificado, por denegación y por los delitos de cohecho y prevaricación. El Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana establece como causales de destitución aplicables a los magistrados: «2. Recibir, solicitar o hacerse prometer dádivas de personas bien para sí o para otros que litiguen o concurran, hayan litigado o concurrido en el tribunal, o de personas relacionadas con los litigantes. 3. Constreñir a cualquier persona para que le proporcione un beneficio, por sí o por interpuesta persona (...) 10. Ser condenado por delito contra el patrimonio público; por

los magistrados gozan del beneficio de «antejuicio de mérito» el cual implica que para su procesamiento penal y el establecimiento de su responsabilidad debe previamente ser calificado si existen razones suficiente para su juzgamiento lo cual recae sobre el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena (artículo 266.3 de la Constitución), por su parte el procedimiento está regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 110 y ss., en concordancia con el Código Orgánico Procesal Penal, artículos 376 y ss.).

g. «Cuando hubiere suministrado datos falsos con motivo de su postulación como magistrado o magistrada a la fecha de la misma, que impida conocer o tergiversar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la presente Ley y en la Constitución» (artículo 62.15). Claramente, resulta contrario al decoro que se exige de esta alta magistratura el haber mentido en algún dato con el fin de aparentar el cumplimiento de todos los requisitos para ser elegible³⁹. De hecho, en la diatriba política se ha afirmado que se han designado magistrados que no cumplen con los requisitos para el cargo, pues, han falseando sus títulos de postgrado donde los mismos aunque supuestamente cursados en el país fueron otorgados por centros educativos no habilitados por el ministerio respectivo⁴⁰.

h. «Cuando la actitud pública de los magistrados o magistradas atente contra el funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de alguna de sus salas o del Poder Judicial» (artículo 62.16). Aquí se apunta a una actitud obstruccionista donde el magistrado se coloca en una posición contraria a los intereses que la Constitución le asigna y con su accionar u omisión entorpece su correcto funcionamiento. Por ejemplo, cuando se niega a asistir a casos puntuales para que no exista el *quorum* requerido para la deliberación o tomar la decisión (artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). El Código de Ética del Juez Venezolano y la

delito doloso; o por delito culposo cuando en la comisión de este último haya influido el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas; o en estado de ebriedad» (artículo 33).

³⁹ En el caso de que no haya actuado con mala fe el magistrado, sino de negligencia de los órganos actuantes en la designación, también procedería la remoción según el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana que indica como causal aplicable a los magistrados: «Encontrarse incurso en una de las causales de inhabilidad o incompatibilidad no advertida al momento del nombramiento, según lo dispuesto en la ley respectiva» (artículo 33.8).

⁴⁰ Véase los diversos informes elaborados por la ONG Acceso a la Justicia sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales exigidos para ser designado como magistrado del Tribunal Supremo de Justicia: «Informe sobre el perfil de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia», <https://accesoalajusticia.org/informe-sobre-el-perfil-de-los-magistrados-del-tribunal-supremo-de-justicia/>.

Jueza Venezolana establece que todo juez «se abstendrá de expresar opiniones que comprometan su sujeción a la Constitución», en consecuencia «No debe emitir juicios de valor que critiquen o censuren las decisiones del Poder Judicial; salvo que se trate de ejercicio de recursos consagrados en la ley, votos salvados, concurrentes o corrección de las decisiones» (artículo 18).

i. «Cuando infrinjan algunas de las prohibiciones que están establecidas en la Constitución de la República y en las leyes» (artículo 62.17). Esta causal se asemeja muchos a las cláusulas residuales, pues deja abierta la posibilidad de que por interpretación de la Constitución o de las leyes se incluya otra causa grave que cause la remoción del magistrado. Así, por ejemplo, de las prohibiciones constitucionales para todo funcionario de contratación con el Estado (artículo 145) o aceptación de cargos u honores de gobiernos extranjeros (artículo 149); serían contravenciones que son aplicables al oficio de magistrado, por lo que su comisión, en atención a esta causal residual, haría procedente la solicitud de remoción. La Ley Orgánica sobre Estados de Excepción también introduce una causal de remoción en el único aparte del artículo 32, a saber: «Si la Sala Constitucional no se pronunciare en el lapso establecido en el presente artículo, los magistrados que la componen incurrirán en responsabilidad disciplinaria, pudiendo ser removidos de sus cargos de conformidad con lo establecido en el artículo 265 de la Constitución».

j. «Las que establecen la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana» (artículo 62.1). Esta causal es una cláusula de remisión que permite que por medio de las leyes aludidas se incorporen nuevos motivos. Ello por demás es muy coherente en el sentido que el Código justamente regula el régimen disciplinario de todo juez y sus disposiciones se aplican a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de forma supletoria (artículo 1)⁴¹, entre las causa-

⁴¹ Conviene añadir que el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana estable unas causales para destitución (artículo 33) que en principio se aplican es a los jueces; sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (artículo 11.2) establece que dichas causales operarán también para los magistrados y, en consecuencia, pueden ser calificadas como faltas graves. Finalmente abran algunas causales que solo operan para jueces por ser incompatibles con el cargo de magistrados, por ejemplo: «1. El rendimiento insatisfactorio reiterado, de acuerdo con los parámetros previamente establecidos, publicados y exigidos por el Tribunal Supremo de Justicia (...) 6. Incurrir en una nueva causal de suspensión, habiendo sido ya suspendido en dos oportunidades anteriores dentro del lapso de tres años, contado desde la fecha de la primera suspensión y hasta la fecha que da lugar a la tercera suspensión (...) 20. Proceder con error inexcusable e ignorancia de la Constitución de la República, el derecho y el ordenamiento jurídico, declarada por la Sala del Tribunal Supremo de Justicia que conozca de la causa» (artículo 33). En todo caso, debe tenerse presente que la Sala Constitucio-

les distintas a las ya aludidas se pueden indicar las siguientes: «5. Realizar actuaciones que supongan discriminación por razón de raza, sexo, religión, idioma, opinión política, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; o pertenecer a organizaciones que practiquen o defiendan conductas discriminatorias (...) 11. Declarar, elaborar, remitir o referendar datos estadísticos inexactos, falsos o que resultaren desvirtuados mediante inspección al tribunal, sobre la actuación o rendimiento del despacho a cargo (...) 16. Omitir, alterar o celebrar irregularmente la distribución de expedientes, o de cualquier forma influir intencionalmente para modificar sus resultados. 17. Causar daños intencionalmente por si o por interpuestas personas, en los locales, bienes materiales o documentos del tribunal (...) 21. Causar daño considerable a la salud de las personas, a sus bienes o a su honor, por imprudencia, negligencia o ignorancia (...) 22. Causar intencionalmente o por negligencia manifiesta perjuicio material grave al patrimonio de la República. 23. Incurrir en retrasos o descuidos injustificados en la tramitación de los procesos o de cualquier diligencia propia de estos, siempre que con ello se menoscaben derechos o garantías fundamentales en el marco de la tutela judicial efectiva. 24. La negligencia comprobada en la debida preservación de los medios de prueba o de cualquier otro instrumento fundamental para el ejercicio de las acciones judiciales». Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (artículo 11) añade las siguientes: «1. Cuando atenten, amenacen, o lesionen la ética pública y la moral administrativa establecida en la presente Ley», «4. Cuando adopten decisiones que atenten o lesionen los intereses de la Nación» o «5. Cuando violen, amenacen, o menoscaben los principios fundamentales establecidos en la Constitución», finalmente dicha Ley regla aspectos del procedimiento de remoción como se verá de seguida.

3. *Fases*

La investidura de un alto funcionario viene acompañada de diversos pasos para que la designación sea lo más idónea y acorde con las enormes responsabilidades que generalmente implican, igual razonamiento opera para su remoción o destitución. Además de lo anterior, en dichos procesos –designación y remo-

nal, sent. N° 6, del 04-02-16, suspendió de oficio y cautelarmente los artículos 1 y 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana y se ratificó las medidas cautelares innominadas dictadas por la Sala en sent. N° 516, del 07-05-13; en síntesis, sostiene el fallo que el aludido Código de Ética no le es aplicable a los magistrados en razón que su régimen disciplinario está contenido en el artículo 265, empero la verdad es que la Constitución en el artículo 267 establece: «El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional». Vid. extracto de la referida decisión: «Normativa (mayo 2014 - diciembre 2016)». En: *Revista de Derecho Funcionario*. N° 12-19. Funeda. Caracas, 2016, pp. 237 y ss.

ción– confluyen aspectos tanto jurídicos como políticos que deben recibir un cauce adecuado a los fines que la institucionalidad no se vea mancillada por pretensiones malsana, de allí que normalmente el procedimiento esté precedido por un aspecto valorativo de elementos jurídicos y otro de ponderación política –en todo caso se advierte que se alude a la «política» como ciencia de lo público y no a la deleznable politiquería⁴².

En tal sentido y según se desprende nítidamente de la Constitución (artículo 265), para la remoción de un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia deben intervenir el Poder Ciudadano y la Asamblea Nacional, cada órgano del poder público le corresponde una misión y participación sucesiva, para que el retiro del magistrado sea efectivo. Veamos:

A. Control del Poder Ciudadano

Como se deduce de la Constitución (artículo 273), el Poder Ciudadano lo ejerce el Consejo Moral Republicano –integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General, y el Contralor General de la República– su misión principal es prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 274)⁴³, justamente dentro de dichas funciones se enmarca su atribución de calificar si la causal de remoción en

⁴² Alfonso al referirse al procedimiento de remoción por «mal desempeño» apunta a que es un juicio político: «Este tipo de procesos no busca castigar, sino separarle del cargo, y por eso se agota con el alejamiento del implicado. No se juzga por lo tanto un hecho como delito, sino más bien una situación como inconveniente. Su objeto es remover a los funcionarios que hayan demostrado falta de idoneidad para el cargo, pero no consiste en un control jurídico, aunque su ejercicio se encuentre garantizado por el Derecho», según reseña de Madrid Ramírez, Raúl. «Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño como causal de remoción de magistrados judiciales (Alfonso Santiago)». En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 31, N° 1. Santiago, 2004, pp. 199 y 200.

⁴³ Véase: la Ley Orgánica del Poder Ciudadano que establece: «se entenderá por ética pública el sometimiento de la actividad que desarrollan los servidores públicos, a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, transparencia y pulcritud; y por moral administrativa, la obligación que tienen los funcionarios, empleados y obreros, de los organismos públicos, de actuar dando preeminencia a los intereses de Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o de grupos dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas» (artículo 6). *Vid.* POLEO DE ORTEGA, Celia: «El Poder Ciudadano en la Constitución de 1999». En: *Revista de Control Fiscal*. N° 143. CGR. Caracas, 2000, pp. 15 y ss.; BREWER-CARÍAS, Allan R. *et al.*: *Leyes orgánicas del Poder Ciudadano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005, *passim*.

que presumiblemente este incurso un magistrado representa un «falta grave» que amerita su retiro del máximo tribunal⁴⁴.

Como se pudo apreciar las causales mencionadas *supra*, son en muchos casos abiertas y por ello exigen su ponderación específica, dicha labor la debe efectuar el Consejo Moral Republicano y si la misma por su naturaleza y condiciones de hecho resulta «grave» debe calificarla como tal a los fines de continuar con el procedimiento de destitución.

En cuanto al trámite según la Ley Orgánica del Poder Ciudadano su inicio puede ser por denuncia (artículo 32) o de oficio, una vez admitida la solicitud (artículo 39), se deberá notificar al magistrado para que presente el escrito de descargo dentro de los siguientes ocho días hábiles (artículo 33), en la substanciación el Consejo puede requerir la remisión de la documentación pertinente o comparecencias y escuchará al magistrado si este ejerce dicho derecho (artículos 31, 38 y 41), vencido el lapso para el escrito de descargo se convocará a una sesión extraordinaria del Consejo a los fines que los miembros analicen el escrito de descargo, la documentación y los soportes que acompañen a la solicitud, luego de deliberar y por mayoría simple se adoptarán la resolución correspondiente.

Puede ocurrir que se estime necesario requerir información complementaria, lo cual se realizará dentro de los cinco días hábiles siguientes, en tal caso la calificación de falta grave se llevará a cabo en la sesión extraordinaria que deberá ser fijada en ese mismo acto y, en todo caso, no podrá excederse de los diez días hábiles siguientes (artículo 33).

Acordada la decisión en la sesión respectiva se elaborará informe que se remitirá a la Asamblea Nacional con descripción de los hechos pormenorizados de la conducta del magistrado que contenga la calificación de faltas graves en un lapso de tres días hábiles y se anexarán todos los documentos probatorios que dieron lugar a la calificación de la falta (artículo 34). En el caso de que resulte improcedente la denuncia se archivara el expediente (artículo 42).

B. Control de la Asamblea Nacional

Corresponde a la Asamblea Nacional el verificar que la causa grave calificada por el Consejo Moral Republicano amerita la remoción del magistrado y que ello no va a generar una crisis institucional en los Poderes Públicos y, en especial, en el Tribunal Supremo de Justicia.

Este es un supuesto *sui generis* de control parlamentario sobre el Poder Judicial, que operar restringidamente solo para los casos de designación y remoción de magistrados, pues, el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala

⁴⁴ Véase: la Constitución (artículo 265); la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 63) y la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (artículo 10.10).

Constitucional ha señalado que los mecanismos de control políticos de la Asamblea Nacional establecidos en los artículos 187.3 y 222 de la Constitución, no aplican al Poder Judicial⁴⁵.

A tales fines recibido el informe respectivo del Consejo Moral Republicano se convocará a una sesión plenaria de la Asamblea Nacional para que dentro de los diez días siguientes se escuche al magistrado⁴⁶ y se resuelva por mayoría calificada de dos terceras partes de los diputados sobre la procedencia de la remoción planteada (artículos 265 de la Constitución y 63 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). De ser aprobada se notificará al Tribunal Supremo de Justicia⁴⁷.

4. Efectos jurídicos

La principal consecuencia jurídica que produce el mencionado procedimiento si es declarado procedente es el cese inmediato de las funciones para el magistrado del Tribunal Supremo de Justicia incurso⁴⁸.

⁴⁵ Véase: TSJ/SC, sent. N° 9, del 01-03-16, que ratifica el fallo N° 2230, del 23-09-02: «... La independencia funcional significa que en lo que respecta a sus funciones, ningún otro poder puede intervenir en el judicial, motivo por el cual las decisiones de los tribunales no pueden ser discutidas por los otros Poderes; y los jueces, y funcionarios decisores del Poder Judicial –como el Inspector General de Tribunales– no pueden ser interpellados, ni interrogados por los otros Poderes, sobre el fondo de sus decisiones, a menos que se investigue un fraude o un delito perpetrado por medio de ellas, caso en que el Ministerio Público, podrá investigar a los funcionarios del Poder Judicial, conforme al artículo 309 del Código Orgánico Procesal Penal»; en cuanto a la naturaleza del control político la anterior decisión citando a Hernán Salgado Pesantes señala: «Tiene un carácter subjetivo en el sentido de que el control político se basa en criterios de confianza y oportunidad; la valoración descansa en la libre apreciación (...) el control político no se da necesariamente la independencia ni la imparcialidad del órgano que juzga; puede haber, como de hecho existe, la disciplina partidista, los compromisos o alianzas políticas, a lo que se suma el sentido de oportunidad».

⁴⁶ En el caso del procedimiento de remoción al magistrado Eladio Ramón Aponte Aponte se constituyó una Comisión Especial a los fines de «evaluar y revisar el respectivo expediente remitido por el Consejo Moral Republicano» y «verificar si en el mismo se cumplió con lo establecido en la Constitución», véase acta de la Sesión Ordinaria de la Asamblea Nacional del 20-03-12.

⁴⁷ Véase: Acuerdo de la Asamblea Nacional mediante el cual se remueve de su cargo a un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38 454, del 08-06-06.

⁴⁸ Sobre este tema la sent. N° 9, de la Sala Constitucional, citada *supra*, señala: «... ni antes ni ahora puede calificarse la remoción de un magistrado como “un acto administrativo”. Se trata, sin duda, de un acto parlamentario en ejecución directa e inmediata

De no ser aprobado por la mayoría calificada de los diputados que exige la normativa constitucional el magistrado continuará en sus funciones hasta que se extinga su periodo u ocurra otro supuesto de retiro.

CONCLUSIONES

Aunque diversos instrumentos jurídicos dedican atención al procedimiento de remoción de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el mismo sigue siendo complicado en la práctica, pues, ineludiblemente aspectos políticos interfieren en su adecuada aplicación.

Como se observó, todos los funcionarios, sean de carrera, de elección popular o altos funcionarios están sometidos a dispositivos de responsabilidad que en casos extremos pueden originar la destitución o en el caso de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia su remoción.

Del estudio de los supuestos de faltas graves se aprecia que cualquier conducta censurable puede ser encasilladas en algunos de sus tipos dado sus enunciados genéricos y devenir en la remoción. Sin embargo, para limitar tal aspecto el procedimiento de remoción incluye un control jurídico a cargo del Consejo Moral Republicano que justamente le corresponde ponderar cada causal y calificarla como «grave», lo cual pretende añadir un elemento de objetividad.

La calificación de causa grave no implica inexorablemente la remoción del magistrado incurso en la misma, ello por la razón que existe una segunda etapa a cargo de la Asamblea Nacional que no necesariamente origina la aprobación de la remoción, ya que se exige una mayoría calificada según lo que establece la Constitución.

En definitiva, el procedimiento aunque cargado de controles no termina siendo muy efectivo, ello en razón que la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a los cuales se les ha calificado falta «grave» por el Consejo Moral Republicano, apelan a renunciar al cargo o solicitan su jubilación y con ello, si bien se cumple el objetivo del procedimiento de hacer cesar al magistrado investigado, no se satisfacen los objetivos subyacentes de la ley, que es que la remoción también cumpla una finalidad disciplinaria, en aquellos casos donde se fundamenta en una causa que examina el desempeño, aunque tal vez dichos atajos resulten más adecuados por minimizar una posible fractura institucional.

de la Constitución, sin forma de ley, cuya nulidad correspondería a la Sala Constitucional (...) según los artículos 334 único aparte y 336, cardinal 1 *eiusdem*».

II

DERECHO ADMINISTRATIVO Y GLOBALIZACIÓN

IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Carlos E. DELPIAZZO *

Profesor de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay

I. LOS TÉRMINOS DE LA CUESTIÓN

Con el advenimiento del Derecho Global, se viene produciendo –también para el Derecho Administrativo– un “*desbordamiento*” de las fuentes tradicionales –al decir de Antonio PEREZ LUÑO¹– o una “*pluralización*” de fuentes –en la expresión de Héctor ALEGRÍA²– resultantes del actual escenario del ordenamiento jurídico mundial.

Siendo así, se impone una breve referencia introductoria a los términos de referencia que encuadran la cuestión bajo examen: las características del Derecho Global y la noción de fuente del Derecho.

1. *Acerca del Derecho Global*

Por lo que refiere a la primera cuestión, el Derecho Global es la respuesta en ciernes al nuevo escenario mundial que –como la mayoría de las grandes conquistas culturales, científicas y tecnológicas que registra la historia– no es nuestro desde el punto de vista jurídico sino que impone dar respuestas a situaciones nuevas y muchas veces ambivalentes. En la medida que se trata de una realidad mundial que exorbita las fronteras territoriales de los países, es evidente la necesidad de reglas comunes³.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “El desbordamiento de las fuentes del Derecho”. *La Ley*, Madrid, 2011.

² ALEGRÍA, Héctor. “Globalización y Derecho”, en *Rev. Pensar el Derecho* (U.B.A., Buenos Aires, 2012, p. 218.

³ DELPIAZZO, Carlos E. “Hacia un Derecho Administrativo Global”, en Aurilivi LINARES y A. SADDY (Coordinadores). “Estudios sobre Regulação e Crises dos Mercados Financieros”, *Lumen Juris*, Río de Janeiro, 2011, p. 289 y ss.

Por ello, el moderno Derecho Administrativo ha dejado de ser un Derecho exclusivamente interno⁴.

Paralelamente, es dable advertir lo que ha dado en llamarse “*convergencia de los Derechos Administrativos*”⁵ impuesta por la globalización, lo que permite hablar de la formación de un “*ius commune administrativum*”, que se encuentra en una constante relación de interacción con los Derechos nacionales, en los cuales se inserta y a los cuales condiciona en influencia recíproca⁶.

En función de dicha realidad, los Derechos Administrativos nacionales se explican cada vez más desde su integración en otros sistemas jurídicos más complejos, que no responden a las reglas tradicionales de los ordenamientos jurídicos estatales⁷.

En tal contexto, es que se verifica el surgimiento del Derecho Administrativo Global, determinado por el vasto incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la Administración diseñada para enfrentar las consecuencias de la interdependencia resultante de la globalización en áreas tales como la seguridad, el desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual y los movimientos migratorios, entre otras.

En la medida que dichas áreas no pueden ser afrontadas suficientemente a través de los ordenamientos nacionales, emergen sistemas transnacionales de regulación a través de tratados y redes de cooperación, que son implementados mediante órganos administrativos transnacionales que desarrollan función administrativa⁸.

Dichos desarrollos han llevado a la definición del Derecho Administrativo Global como “aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participa-

⁴ GORDILLO, Agustín A. - “Tratado de Derecho Administrativo” (Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997), cuarta edición, tomo I, p. V-14 y sigtes.; y “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en Res Pública Argentina (Buenos Aires, 2009), N° 1, p. 47 y ss.

⁵ CASSESE, Sabino. “El problema de la convergencia de los Derechos administrativos”, en *Rev. Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, 1996, N° 5, p. 3 y ss.

⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “La Unión Europea y las mutaciones del Estado” Alianza, Madrid, 1993, p. 128.

⁷ CASSESE, Sabino - “La globalización jurídica” (Marcial Pons, Madrid, 2006), p. 23 y ss.

⁸ DELPIAZZO, Carlos E. “Derecho Administrativo General”, volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, Montevideo, 2020, p. 97 y ss.

ción, toma de decisiones razonada y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban”⁹.

Si tradicionalmente se ha visto por muchos al Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración, la conceptualización de un Derecho Administrativo Global presupone la existencia de una Administración global o transnacional.

En tal sentido, se ha sostenido la existencia de un “*espacio administrativo global*” multifacético, en el que se pueden distinguir cinco tipos de Administración Global, a saber¹⁰:

a) administración por parte de organizaciones internacionales formales de alcance mundial, como es el caso del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU);

b) administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación, como es el caso del Comité de Basilea en materia de regulación bancaria;

c) administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes de colaboración, como ocurre en materia ambiental;

d) administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados, como es el caso del órgano regulador de las direcciones en Internet, la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN); y

e) administración por instituciones privadas con funciones regulatorias, como es el caso de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO).

En función de tal dispersión organizativa y de fuentes, uno de los padres del Derecho Administrativo Global ha señalado a su respecto los siguientes caracteres ¹¹: difuso, plural, asociativo, y progresivo.

A dichos atributos hay que agregar su ser principal¹² ya que, si en todos los campos del Derecho son importantes los principios generales, mucho más

⁹ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B. “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, en *Res Pública Argentina* N° 3, Buenos Aires, 2007, p. 28.

¹⁰ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B. “El surgimiento del Derecho Administrativo Global” *cit.*, p. 32 y ss.

¹¹ Sabino CASSESE - “Il Diritto Administrativo Globale: una introduzione”; conferencia pronunciada el 10 de enero de 2005 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma “La Sapienza”.

¹² RODRÍGUEZ ARANA, Jaime – “El Derecho Administrativo Global: un Derecho principal”, en Luis José BEJAR RIVERA (Coordinador) – “Derecho Administrativo.

lo son en un ámbito –como el del Derecho Administrativo Global– en construcción e incompleto, necesitado por tales razones de bases de sustentación firmes¹³.

2. *Acerca de las nuevas fuentes de producción normativa*

Por otra parte, más allá de las divergencias doctrinarias acerca del sentido y alcance de la expresión “fuente de Derecho”¹⁴, lo cierto es que la creación del Derecho en el sentido de producción normativa¹⁵ no se manifiesta exclusivamente en preceptos generales sino que, subordinadas a las de carácter general, también existen normas individualizadas que –según se ha dicho– “sólo se aplican a uno o varios miembros, individualmente determinados, de la clase designada por el concepto-sujeto de los preceptos generales que les sirven de base”¹⁶.

Bajo esa perspectiva, resulta evidente la importancia de la generación de reglas jurídicas que se imponen como consecuencia de su eficacia formal¹⁷, es decir, que gozan de un valor y fuerza consistente en la capacidad de producir efectos jurídicos, la que se traducirá en una fuerza activa, de innovación o derogatoria, y en una fuerza pasiva o de resistencia; la primera refiere a su potencialidad de innovar en el orden jurídico preexistente venciendo toda resistencia opuesta por cualquier otro acto jurídico de grado semejante o inferior con ella

Perspectivas contemporáneas” (Porrúa – UP, México, 2010), p. 35 y ss.; y José Luis MEILAN GIL – “Una aproximación al Derecho Administrativo Global” (Global Law Press, Sevilla, 2011), p. 161 y ss.

¹³ Carlos E. DELPIAZZO - “*Global Administrative Law and Comparative Administrative Law en Latin America*”, en Javier ROBALINO y Jaime RODRÍGUEZ ARANA (Editores) - “*Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*” (Cameron May, Londres, 2010), p. 99 y ss.

¹⁴ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo - “Consideración del acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo. Enfoque conceptual y positivo desde el Derecho uruguayo”, en *Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (Florida, 2009), p. 715 y ss.

¹⁵ PECES BARBA, Gregorio y otros - “Curso de Teoría del Derecho” (Marcial Pons, Madrid, 2000), p. 203 y ss., especialmente p. 226.

¹⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo – “Introducción al Estudio del Derecho” (Porrúa, México, 1960), p. 75 y 76.

¹⁷ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio – “Oposición superviniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?”, en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Montevideo, 1957), tomo 55, p. 159 y ss.; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor – “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Montevideo, 1974), tomo 74, p. 10; y CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo - “Sobre Derecho Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2008), 2ª edición, tomo II, p. 13.

contrastante, en tanto que la segunda es la capacidad de resistencia que tiene el acto jurídico en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado si no es por un acto de fuerza igual o superior¹⁸.

II. VARIEDAD GENÉTICA

Al presente, es de toda evidencia que la realidad emergente desborda no sólo las fuentes clásicas de regulación normativa sino también las fronteras soberanas de los Estados¹⁹.

Por eso, uno de los desafíos fuertes para el Derecho Administrativo Global refiere al dilema regulatorio y a las fuentes de creación del mismo.

Evidentemente, dadas las peculiaridades que el mismo presenta como difuso, plural, asociativo, progresivo y principal, junto a las clásicas fuentes, revisiten especial importancia los principios generales de Derecho y la consideración en su vértice del bloque de los derechos humanos provenientes de la dignidad de cada persona y no derivados de disposición alguna²⁰.

Para la caracterización de las fuentes emergentes del Derecho Global, es preciso partir del aludido “*espacio administrativo global*”, desde el cual actores públicos y privados generan regulaciones, estándares, recomendaciones, guías modelo o imponen códigos de conducta –en general, con amplísimo alcance– que luego son objeto de frecuente consideración y aplicación por los órganos jurisdiccionales, tanto nacionales como internacionales.

En primer lugar, ya se hizo referencia a los **principios generales de Derecho**, entendidos como aquellas reglas jurídicas no escritas, comunes y aceptadas por todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, que forman parte del orden jurídico por constituir los soportes estructurales de todo sistema

¹⁸ DELPIAZZO, Carlos E. - “Fuentes del Derecho de la Integración”, en GROS ESPIELL, Héctor, DELPIAZZO, Carlos E. y otros - “El Derecho de la Integración del Mercosur” (U.M., Montevideo, 1999), p. 68 y 74; y “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa – UNAM, México, 2005), p. 12.

¹⁹ DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo General” *cit.* volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, p. 230 y ss.

²⁰ DELPIAZZO, Carlos E. - “Universalización de derechos, economía disruptiva y Derecho Administrativo Global”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2016), N° 50, p. 27 y ss., y “Dos determinantes actuales del Derecho Administrativo Global”, en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime y HERNÁNDEZ, José Ignacio – “El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones” (INAP, Madrid, 2016), p. 95 y ss., y JINESTA, Ernesto – “La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano. Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *Rev. El Derecho* (Buenos Aires, 2012), Año L, N° 12.969, p. 1 y ss.

normativo²¹. Tal como constata José Luis MEILAN GIL, “el mercado sectorialismo del Derecho Administrativo Global explica que no existan normas generales y se ponga el énfasis en los principios, que serán de aplicación más o menos intensa según la naturaleza y funciones de los organismos administrativos globales”²².

En segundo lugar, es frecuente que los organismos internacionales formulen **regulaciones** que se imponen a los países, tales como las producidas por centros de producción normativa transnacional²³ como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) la Organización Mundial de la Salud (OMS) y, especialmente, la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuya actuación viene siendo decisiva en el desarrollo de lo que se ha llamado la “lex mercatoria” mundial, recogida muchas veces por la jurisprudencia interna de los países.

No obstante, más allá de los organismos internacionales, existen regulaciones provenientes de “clubes” independientes, como es el caso del Comité de Basilea en materia de regulación bancaria, y el denominado G 20, sucesor ampliado de su predecesor G 7, que son adoptadas luego por los órganos competentes de los distintos Estados aún cuando no sean parte de los mismos.

En el ámbito deportivo, nadie puede dudar de la trascendencia de las regulaciones emanadas del Comité Olímpico Internacional (COI) o de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA).

Otro caso típico es el de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), la cual es una organización privada sin fines de lucro que hace posible a través de las reglas que dicta el funcionamiento global de la red de redes.

²¹ DELPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo General” *cit.*, volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, p. 127 y ss.; “Reconocimiento de los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo uruguayo”, en ARANCIBIA, Jaime y MARTÍNEZ, José Ignacio (Coordinadores) - “La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Prof. Eduardo Soto Kloss” (Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009), p. 229 y ss.; y “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en A.A.V.V. - “Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Netbiblo, La Coruña, 2008), p. 607 y ss.

²² MEILAN GIL, José Luis – “Derecho Administrativo Revisado” (Andavira, Santiago de Compostela, 2016), pág. 313, y “Una aproximación al Derecho Administrativo Global” (Global Law Press, Sevilla, 2011), p. 176.

²³ RODRÍGUEZ, Libardo – “El Derecho Administrativo Transnacional o Global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo”, en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime y HERNÁNDEZ, José Ignacio – “El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones” (INAP, Madrid, 2016), p. 57 y ss.

En tercer lugar, corresponde destacar la importancia de los **estándares**, tales como los establecidos en el *Codex Alimentarius* para garantizar mínimos de calidad de los productos alimenticios con vocación de universalidad, o los fijados por la Organización Internacional de Estandarización (ISO).

Con carácter general, para poder competir eficazmente en el mundo globalizado, la estandarización se impone para facilitar la comparación y reducir costos²⁴.

Un caso específico es el de las calificaciones que realizan las Agencias Calificadoras de Riesgos, que son empresas privadas, que fijan estándares para determinar los riesgos de las entidades financieras y de los países en todo el mundo y cuyas determinaciones tienen valor decisivo en el acceso al crédito y la determinación de los intereses a pagar.

En cuarto lugar, las **recomendaciones** (a veces, llamadas directivas pero con un distinto alcance al que la expresión tiene en el Derecho comunitario o en el ámbito del Mercosur) constituyen –más que simples sugerencias– instrucciones a cumplir por los órganos competentes de los Estados para el logro de determinados objetivos.

A título de ejemplo, cabe señalar la importancia mundial de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), creado con motivo de la cumbre del G 7 celebrada en París en 1989, con el fin de promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales, tanto en el plano nacional como internacional²⁵.

En quinto lugar, las normas o **guías modelo**, tales como las aprobadas en materia contractual por Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Comercio Internacional (CNUDMI, más conocida por su sigla en inglés, UNCTRAL) pero también por organizaciones no gubernamentales de distinta composición, como es el caso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o por la Cámara de Comercio Internacional (CCI)²⁶.

La implantación de este tipo de modelos está impuesta por la importancia que tienen los contratos en el mundo globalizado como instrumentos no sólo de transacción sino también de regulación dispuesto por las partes a falta de disposiciones impuestas unilateralmente por los Estados.

²⁴ AGUILAR VALDEZ, Oscar R., – “Sobre las fuentes y principios del Derecho global de las contrataciones públicas”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2011), Año 23, Nº 75, p. 15 y ss.

²⁵ CAPARROS, Eduardo Fabián y otros – “Combate del lavado de activos desde el sistema judicial” (OEA – BID, Montevideo, 2003), p. 12 y ss.

²⁶ ALEGRÍA, Héctor – “Globalización y Derecho” *cit.*, p. 242 y ss.

Por lo tanto, no es casual que las nuevas tecnologías sean un factor de desarrollo de las normas de origen contractual²⁷.

En sexto lugar, los **códigos de conducta** o de buenas prácticas o de gobernanza son conjuntos de reglas destinadas a guiar la actuación de personas, empresas u organismos (estatales o no y mixtos), el apartamiento de las cuales puede aparejar sanciones u otro tipo de consecuencias.

Al presente, revisten especial trascendencia los códigos de conducta en materia de lucha contra la corrupción, imponiendo pautas éticas de proceder, especialmente en el ámbito de la función pública²⁸.

III. APRECIACIÓN FINAL

En orden a su consideración como fuentes, las enunciadas como emergentes del Derecho Global –no es el caso de los principios generales ni de los tratados y normas de integración, a los que ya se hizo referencia– son frecuentemente calificadas como Derecho blando (“*soft law*”) para designar reglas de conducta que aparentemente no tienen fuerza vinculante pero producen efectos por su fuerza persuasiva o indicativa²⁹.

Se trata de instrumentos de unificación, armonización, coordinación y cooperación que son expresiones de la nueva gobernanza. En tal sentido, se les puede considerar como fuentes extraordinarias, no disciplinadas por disposiciones sobre producción jurídica tradicional, sino que operan en base a su efectividad.

Significa que las diversas manifestaciones organizativas de la Administración Global producen nuevas formas de creación del Derecho, lo que es manifiesto en materia contractual, a través de modos de generación normativa tales como el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los convenios de integración comercial y económica, las normativas anticorrupción, y la estandarización

²⁷ DELPIAZZO, Carlos E. - “Los contratos como reglas de Derecho”, en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime y otros (Coordinadores) - “Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de Derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (R.A.P., Buenos Aires, 2010), p. 667 y ss.; y “Nuevamente sobre el contrato como regla de Derecho”, en *Estudios de Derecho Administrativo* (La Ley Uruguay, Montevideo, 2011), N° 3, p. 57 y ss.

²⁸ DELPIAZZO, Carlos E. - “Ética y Administración Pública” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2017), p. 72 y ss.

²⁹ SARMIENTO, Daniel - “La autoridad del Derecho y el soft law” en *Cuadernos de Derecho Público* (INAP, Madrid, 2006), N° 28, p. 221 y ss., y BALDASSARE, Pastore - “Soft law y la teoría de las fuentes”, en *Rev. Soft Power*, volumen 1 (2014), N° 1 p. 75 y ss.

A partir de la consideración de que es función del Derecho no sólo prohibir y prescribir sino también modelar comportamientos, cabe inferir que la juridicidad no puede estar siempre subordinada a la existencia de la coacción. Desde esta postura, el “*soft law*” estatuye normas jurídicas de distinta efectividad, flexibilidad e intensidad que no pueden perder de vista la centralidad de la persona y su eminente dignidad –de la que derivan todos los derechos fundamentales– cualquiera sea el lugar del planeta en el que se encuentre.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO TRANSNACIONAL O GLOBAL EN TRES GRANDES TEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*

Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia del fenómeno más amplio conocido como “*la globalización*”, que se inició fundamentalmente con una connotación económica y de mercado, se ha comenzado también, más recientemente, a hablar de la “*globalización del derecho*” en sus diferentes expresiones o ramas.

Este fenómeno, también conocido como “*la internacionalización del derecho*” no sólo afecta al derecho administrativo, sino que se extiende prácticamente a todas las demás ramas de la ciencia jurídica. En este sentido, podemos citar los casos del derecho penal y su afectación por la creación de la Corte Penal Internacional y de otras cortes penales internacionales; del derecho laboral, con los compromisos adquiridos por los Estados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, o del derecho comercial con los acuerdos suscritos al amparo de la Organización Mundial del Comercio - OMC.

En cuanto al derecho administrativo, en ese orden de ideas, se han comenzado a producir estudios académicos sobre un pretendido “*derecho administrativo global*”, especialmente por fuera de los manuales tradicionales, lo que nos

* Trabajo presentado para la obra colectiva “RETOS DEL DERECHO PÚBLICO EN LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI. LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO”.

** Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo - IIDA. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor Honorífico de la Universidad Complutense de Madrid.

ha llevado, incluso, a referirnos a este nuevo tema como un “*nuevo capítulo*” del derecho administrativo¹.

De acuerdo con varios de esos estudios, al interior del derecho administrativo este nuevo tema tiene incidencias en los diferentes subtemas generales propios de esta rama del derecho, como es el caso del reconocimiento de una presunta “*administración pública transnacional*”, una “*función administrativa transnacional*”, una “*normatividad transnacional*” y un “*control de la normativa y de las actuaciones de la administración pública transnacional*”².

Sin embargo, a pesar de que el fenómeno de la globalización ha venido presentándose de manera acelerada al amparo de las nuevas tecnologías de la información, en el campo del derecho esta situación apenas se ha venido delineando con lentitud, hasta el punto de que la mayoría de los manuales sistemáticos de derecho administrativo muy poco se refieren a este fenómeno y los que lo hacen apenas comienzan a analizar el mismo en relación con aspectos específicos.

Al respecto, vale la pena comenzar por hacer notar que tradicionalmente se había considerado que el derecho administrativo era una expresión típica del derecho interno de cada país. Sin embargo, esa concepción del derecho administrativo como derecho interno no excluía algunas relaciones con el derecho internacional tradicional, en la medida en que la aplicación práctica de las convenciones y tratados internacionales en cada uno de los Estados que son parte de esos acuerdos requiere algunas veces de la expedición de normas internas que los desarrollen. Puede afirmarse que esas relaciones tradicionalmente fueron limitadas por el concepto ortodoxo de soberanía y por la debilidad del carácter realmente vinculante de muchos tratados y convenciones, que muchas veces se limitan a establecer principios orientadores en las respectivas materias y que carecen de instrumentos efectivos para garantizar la aplicación de las normas fijadas en ellos.

Pero esa situación ha venido cambiando de manera muy importante en la medida en que los fenómenos de la globalización de la economía y de las comunicaciones han producido unas relaciones cada vez más fuertes entre el derecho interno y el internacional.

En el caso del derecho administrativo también es evidente que cada vez más se nutre de fuentes provenientes del derecho internacional, como se constata con los ejemplos, entre otros, de los tratados y convenios internacionales de

¹ Véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo”, en *Derecho administrativo, en homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013.

² Al respecto, véase a RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho administrativo – General y colombiano*, t. I, 20ª ed., Temis, Bogotá, 2017, núms. 551 y ss.

derechos humanos, de los tratados que regulan la utilización de bienes públicos como los de telecomunicaciones o del medio ambiente, de los tratados de libre comercio y de los tratados bilaterales de inversión.

Ahora bien, estas relaciones cada vez más estrechas entre el derecho administrativo y el derecho internacional han venido planteando múltiples problemas jurídicos, algunos de los cuales ya han sido objeto de atención especial por parte de la doctrina, como es el caso de las relaciones entre la Unión Europea, los países miembros de esa Unión y los habitantes de los mismos países, hasta el punto de permitir actualmente el reconocimiento de un “*derecho comunitario*”, que tiene sus orígenes en el derecho internacional pero que ha adquirido en Europa una personalidad propia, como producto de sus rasgos característicos que, además, se han venido reproduciendo en otras regiones del mundo, aunque con desarrollos y análisis más limitados.

Pero, además, ya no solo los Estados se han unido entre sí, sino que algunos de ellos lo han hecho con entes privados con fines supranacionales, que llevan a la expedición de normas que pretenden tener aplicación en las comunidades nacionales. Finalmente, por si lo anterior fuera poco, en la actualidad también encontramos entes u organizaciones constituidos por personas típicamente privadas, con vocación de autoridad para definir reglas de conducta aplicables a los habitantes de diferentes Estados y aún a los Estados mismos.

Todas las figuras anteriores constituyen actualmente un conjunto de fuentes normativas que superan los límites de los Estados pero que pueden tener o tienen aplicación en la vida administrativa de los miembros o habitantes de un Estado en particular, o aun de una pluralidad de Estados.

El análisis académico de esta situación ha dado lugar a diversos intentos de identificación en la doctrina. Así, un primer sector menciona al “*derecho administrativo internacional*” para referirse principalmente al ordenamiento administrativo propio de las organizaciones internacionales. Otro sector utiliza la expresión “*derecho administrativo global*” para referirse, en ocasiones, al derecho aplicable a las administraciones públicas que existen con independencia de un Estado y, en otras, al derecho que estudia las relaciones jurídicas de los llamados órganos administrativos globales, que incluyen tanto a administraciones sin Estado como a los Estados en sus actuaciones con eficacia global y a ciertos organismos internacionales³.

³ Sobre diversas visiones del concepto y contenido del “derecho administrativo global”, véase a KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B. “El surgimiento del derecho administrativo global”, en *Revista Res Pública Argentina*, N° 2007-3, Buenos Aires, Ediciones Rap, octubre-diciembre de 2007, pp. 25 y ss.; a Javier Robalino-Orellana y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (eds.), *Global administrative law. Towards a lex administrativa*, Londres, Cameron May, 2010, y a MEILÁN GIL,

Frente a esas expresiones, un tanto confusas, nos parece más comprensiva la denominación de *derecho administrativo transnacional o global*, en un sentido amplio, como el derecho aplicable a todas las situaciones que superan los límites de los Estados pero que pueden tener o tienen incidencia en la vida administrativa de los mismos o de sus habitantes. Esta visión amplia incluye el régimen jurídico aplicable a las situaciones derivadas de, por lo menos, cuatro figuras: los tratados internacionales tradicionales, las organizaciones internacionales, las organizaciones comunitarias y los órganos transnacionales que existen de manera independiente a un tratado internacional.

Como consecuencia de lo anterior, actualmente es posible identificar un conjunto de fuentes normativas que superan los límites de los Estados pero que pueden tener o tienen incidencia o aplicación en la vida administrativa de los Estados mismos o de los miembros o habitantes de uno o más Estados en particular.

La visión más tradicional sobre las fuentes de producción de la normatividad supranacional que conforman el llamado derecho administrativo global consiste en que ella se produce directamente por los Estados con ocasión y en desarrollo de la suscripción de tratados o convenios internacionales.

No obstante, dicha visión tradicional tuvo una primera evolución en el sentido de que, en virtud de esos tratados o convenios internacionales, se han formado verdaderas organizaciones internacionales, las cuales también se han convertido en centros de producción normativa supranacional, dentro de los cuales resaltan por sus particularidades e importancia, las organizaciones comunitarias.

La existencia misma de ese conjunto de fuentes normativas transnacionales plantea diversos problemas jurídicos en el campo del derecho administrativo, como son, entre otros, la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las autoridades internas y a los habitantes de cada Estado y el desplazamiento en algunos casos de las autoridades internas, tanto legislativas como administrativas y judiciales por "*autoridades supranacionales*"⁴. Igualmente, aparece el problema del reconocimiento de la existencia y eficacia de una especie de principios supranacionales, esto es, de unos principios jurídicos aplicables a la ex-

José Luis, *Una aproximación al derecho administrativo global*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.

⁴ Sobre esta situación, aunque referida exclusivamente al caso del derecho comunitario, véase a Libardo Rodríguez Rodríguez, "El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho administrativo y en particular frente al derecho comunitario", en RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (editor), *Retos y perspectivas del derecho administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 19 y ss.

pedición, aplicación e interpretación de la normatividad supranacional, así como a las actuaciones de las autoridades supranacionales⁵.

Además, otro problema que se deriva de esa diversidad de fuentes supranacionales o transnacionales tiene que ver con la existencia de garantías judiciales suficientes y sólidas que aseguren su cumplimiento tanto por los Estados como por los sujetos de derecho. En ese sentido, junto con las nuevas fuentes normativas, en el ámbito transnacional se han venido creando tribunales de justicia encargados de hacer cumplir tales normatividades.

Como ya quedó expresado, la mayor parte de los problemas jurídicos que plantea este fenómeno han sido analizados en buen grado de detalle en relación con el llamado “*derecho comunitario*”, especialmente respecto del derecho comunitario europeo, pero también, aunque en menor medida, en relación con otras organizaciones comunitarias. Igualmente, encontramos estudios importantes en relación con las organizaciones internacionales en general, aunque en este caso más dedicados a sus aspectos históricos y organizacionales que a los aspectos jurídicos sustanciales. Pero en relación con los aspectos de fondo que puedan llevar a la construcción de una teoría jurídica general aplicable a este fenómeno, la doctrina apenas comienza a hacer algunos esfuerzos no muy sistemáticos.

En el caso de este trabajo, obviamente no pretendemos llenar esos vacíos sino simplemente contribuir con algunas reflexiones a ese camino un tanto inexplorado en el sentido de identificar y analizar muy someramente algunos de los principales puntos en los cuales el derecho administrativo transnacional o global ha comenzado a incidir en algunos temas, a saber: de una parte, la normatividad comunitaria y el control contencioso comunitario (I), en segundo lugar, la responsabilidad del Estado por la violación de derechos humanos (II) y, en tercer lugar, la contratación pública (III).

I. LA NORMATIVIDAD COMUNITARIA Y EL CONTROL CONTENCIOSO COMUNITARIO

La consolidación de las comunidades económicas ha venido dando lugar a la aparición de una nueva rama del derecho, con rasgos y autonomía propios, conocida como “*derecho comunitario*”, diferente del derecho internacional tradicional, que tiende a ser reconocido como un subsistema jurídico, con un sistema de fuentes propio y con unas particulares relaciones con las diversas ramas del derecho tradicionalmente reconocidas, pero igualmente basado en la

⁵ En relación con estos principios, véase a GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo: t. 1, Parte general, 11ª ed., Buenos Aires, 2013, pp. VI-21 y ss.

suscripción de tratados internacionales⁶. Esta rama del derecho se configura de manera particular en cada una de las comunidades, dando lugar así a la aparición del derecho comunitario europeo⁷, del derecho comunitario andino⁸, de un derecho comunitario del Mercosur⁹, del derecho comunitario del Sistema de Integración Centroamericana SICA¹⁰, del derecho comunitario de la Comuni-

⁶ Véase a GUY, Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, traducción de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pp. 111: “el derecho comunitario es un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone de: a) fuentes propias, b) órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados y c) un sistema judicial de garantía de interpretación y aplicación uniforme”.

⁷ Sobre el derecho comunitario europeo, véase, entre otros, a MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2020; a Blumann, Claude y Dubouis, Louis, *Droit matériel de l'Union européenne*, 8^{ème} ed., Paris, Montchrestien, 2019; a Blumann, Claude y Dubouis, Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} ed., Paris, LexisNexis, 2019; a Boutayeb, Chahira, *Droit matériel de l'Union européenne*, 5^{ème} ed., Paris, LGDJ, 2019; a MOLINA DE POZO, Carlos Francisco, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Reus, 2019; a Clergerie, Jean-Louis, Gruber, Annie et Rambaud, Patrick, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, 12^{ème} ed., Paris, LGDJ, 2018; a Schütze, Robert, *European Union Law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018; a LÓPEZ CASTILLO, Antonio, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 3 vols., 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018; a GARCÍA URETA, Agustín, *Derecho de la Unión Europea*, Parte general, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 66; a GUY, Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, trad. de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Ediciones Ariel, 1996, y a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MUÑOZ MACHADO, Santiago (dirs.), *Tratado de derecho comunitario europeo*, 2 ts., Madrid, Editorial Civitas, 1986.

⁸ En relación con el derecho comunitario andino, véase a QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio, *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, Valencia, Universidad de La Coruña y Tirant Lo Blanch, 2006; a Tangarife Torres, Marcel, *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Baker & McKenzie, 2002, y a Sáchica, Luis Carlos, *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

⁹ Sobre el derecho comunitario del Mercosur, véase ALTERINI, Atilio Anibal (dir.), *El sistema jurídico en el Mercosur*, 2 ts., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, y a DROMI, Roberto, EKMEKDIJIAN, Miguel y RIVERA, Julio, *Derecho comunitario*, 2ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

¹⁰ En relación con el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), véase a ÁLVAREZ, Gonzalo, “Sistema de Integración Centroamericana (SICA) Subsistema de Integración Económica Centroamericana (SIECA)”, en NEGRO, Sandra (dir.), *Derecho de la integración. Manual*, Montevideo, Editorial B. de F., 2010. pp. 151 y ss.

dad del Caribe CARICOM¹¹, etc., lógicamente con diferentes grados de desarrollo en cada uno de esos sistemas comunitarios¹².

En ese contexto, debe señalarse que el reconocimiento de la existencia del derecho comunitario implica diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, como las siguientes: el desplazamiento en algunos casos de las autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones de las autoridades internas¹³.

Frente a esas diversas consecuencias, la doctrina ha resaltado que quizás la de mayor relevancia para el derecho administrativo es la que tiene que ver con la ampliación del sistema normativo y creación de nuevas fuentes¹⁴. En este sentido, se ha señalado que “el derecho nacional se ve limitado, desplazado y completado por las diversas normas directamente aplicables del derecho comunitario, que se le superponen, aunque sigue vigente y continúa vinculante allá donde éstas no inciden”, conclusión que se califica como “particularmente cierta en relación con el derecho administrativo, objeto preferente del derecho comunitario”¹⁵.

Ahora bien, en cuanto al control jurisdiccional, el ejemplo del derecho comunitario, que es la expresión más desarrollada del derecho transnacional, nos permite constatar que el control jurisdiccional de las decisiones de las autoridades comunitarias, en muchos casos, no es competencia de los jueces administrativos internos de los países miembros, sino de tribunales que han sido creados por esas organizaciones comunitarias.

Así mismo, y de manera más trascendental frente a la estructura clásica del derecho administrativo, la realidad revela que diversas decisiones del orden interno, es decir, adoptadas no por autoridades comunitarias sino por autorida-

¹¹ Sobre la Comunidad del Caribe, véase a LÓPEZ BRAVO, Alfredo “Comunidad del Caribe: CARICOM”, en Sandra Negro (dir.), *Derecho de la integración. Manual*, cit., pp. 169 y ss.

¹² Una presentación general de los regímenes jurídicos de los diversos sistemas comunitarios puede verse en DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pp. 499 y ss.

¹³ Sobre estas influencias, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho y en particular frente al derecho comunitario”, en Manuel Alberto Restrepo Medina (editor), *Retos y perspectivas del derecho administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pp. 19 y ss.

¹⁴ Véase a BREWER CARÍAS, Allan R. *Derecho administrativo*, t. i, Caracas – Bogotá, Universidad Central de Venezuela – Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 47.

¹⁵ MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo, parte general*, traducción de la 17ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 74.

des internas de cada Estado, pueden ser objeto de control por las instancias administrativas y aun jurisdiccionales de la respectiva comunidad.

En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el competente, en algunos casos, para juzgar la legalidad de los actos, conductas y omisiones de las autoridades administrativas internas, desplazando la competencia de los jueces administrativos de los Estados miembros.

En efecto, la principal tarea del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consiste en controlar la legalidad de los actos comunitarios y garantizar la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario, a través del recurso de anulación, el recurso de omisión y la excepción de ilegalidad, consagrados en el Tratado de Roma.

Además, el citado Tribunal tiene una competencia muy importante en materia administrativa, cual es la de conocer de la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario y ordenar el resarcimiento de los perjuicios a que haya lugar, la cual se hace efectiva a través del recurso de incumplimiento consagrado también en el Tratado de Roma¹⁶.

De otra parte, en el caso de la Comunidad Andina de Naciones, el Acuerdo de Cartagena de 1968 creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con competencia para conocer de procesos relacionados con la aplicación del derecho comunitario en que son parte los Estados miembros, con lo cual, en muchos casos, puede resultar desplazando al juez administrativo interno en el juzgamiento de actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas internas.

Al respecto, fundamentalmente son tres las clases de acciones que proceden ante el Tribunal Andino de Justicia, cuyas relaciones con la competencia de las autoridades judiciales internas aparecen claramente en los siguientes aspectos:

a) La *acción de nulidad* procede contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, contra las Resoluciones de la Secretaría General y contra los Convenios de Complementación Industrial y los demás convenios que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Frente a esta acción, debe señalarse que ella no implica, en estricto sentido, el desplazamiento del juez administrativo interno de cada país, pues se trata de la impugnación de normas expedidas por autoridades andinas, de tal manera que resulta lógico que su cuestionamiento judicial deba darse ante el órgano jurisdiccional andino.

¹⁶ En relación con el sistema jurisdiccional de las comunidades europeas, véase a MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 353 y ss.

Igualmente, debe aclararse que la misma acción procede exclusivamente contra las decisiones de las autoridades comunitarias, de tal manera que, frente a los actos administrativos de las autoridades internas, proferidos en desarrollo o en cumplimiento de normas comunitarias andinas, procederá la acción de nulidad interna tradicional ante los jueces administrativos internos, o la acción comunitaria de incumplimiento a que nos referiremos enseguida.

b) En segundo lugar, la *acción de incumplimiento* tiene como objeto que un Estado miembro de la Comunidad Andina dé cabal cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la citada Comunidad. Las conductas que pueden ser objeto de censura mediante esta acción en particular incluyen la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, la no expedición de normas que den cumplimiento a dicho ordenamiento o la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

Teniendo en cuenta, de una parte, el objeto amplio de esta acción de incumplimiento y, de otra, el hecho de que las autoridades internas se encuentran sometidas en sus decisiones al ordenamiento jurídico comunitario, es evidente que en virtud de esta acción el juez administrativo interno puede ser desplazado por el Tribunal Andino de Justicia.

En efecto, la lógica tradicional del derecho administrativo nos enseña que en el evento en que una autoridad administrativa profiera un acto, realice una conducta o incurra en una omisión, por regla general será el juez administrativo interno la autoridad judicial competente para conocer de la legalidad de tal acto, conducta u omisión. No obstante, con la creación del Tribunal Andino de Justicia, éste puede llegar a desplazar la competencia tradicional de ese juez administrativo interno, puesto que por la acción de incumplimiento resulta conociendo de la legalidad de actos, conductas y omisiones de las autoridades administrativas internas por violación del ordenamiento jurídico comunitario.

c) Por último, la tercera de las competencias que corresponden al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es la de *interpretación prejudicial*. Este mecanismo procesal parte de la idea de que corresponde al Tribunal interpretar las normas que integran el ordenamiento jurídico andino, y tiene como finalidad la de asegurar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros.

De acuerdo con la regulación de esta figura, existen eventos en los cuales procede una consulta facultativa y otros en los cuales la consulta es obligatoria. En el primer caso, el juez interno que conoce de un proceso donde se discute la aplicación de una norma andina puede solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación que debe darse a la norma. En el segundo caso, que resulta más trascendental, cuando el

juez interno conoce de un proceso donde también se debe aplicar una norma andina y no proceden recursos internos contra la decisión definitiva, el juez interno tiene el deber de suspender el proceso judicial y solicitar la interpretación de la norma por el Tribunal.

Al respecto, debe señalarse que a pesar de que sea la autoridad judicial interna quien toma la decisión definitiva en el caso puesto a su consideración, esta decisión debe basarse necesariamente en la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es decir, que las providencias de los jueces internos se encuentran sometidas a las decisiones del juez comunitario, por lo cual, en cierta medida, existe un desplazamiento del juez interno por el juez comunitario.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

A partir de la finalización de la segunda guerra mundial, con ocasión de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948 y de la suscripción de la Convención Europea de Derechos Humanos en 1950, ha venido creciendo en el mundo la preocupación por parte de los Estados en relación con la protección de los derechos humanos.

Esta preocupación comenzó a hacerse más visible en la década de los sesenta del siglo XX con la suscripción de diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos. Así, por ejemplo, en 1966 se suscribieron en el seno de la ONU el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mientras que, en 1969, en el seno de la OEA, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, la doctrina ha resaltado que el derecho internacional se ha convertido en una nueva fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual puede ser entendida desde dos puntos de vista complementarios: de una parte, el deber de los Estados de respetar las normas de derecho internacional que se incorporan al derecho interno y, en especial, las normas de derechos humanos, y de otra, la posibilidad de que los Estados sean condenados por los tribunales de derecho internacional y, en particular, por los tribunales de derechos humanos¹⁷.

Esta influencia del derecho internacional sobre el derecho de la responsabilidad patrimonial del Estado constituye, sin duda alguna, una expresión de la responsabilidad administrativa creciente en el derecho contemporáneo, espe-

¹⁷ En ese sentido, véase a PAILLET, Michel, *La responsabilidad administrativa*, traducción de la 2ª ed. francesa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 68 y ss.

cialmente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde se ha venido condenando patrimonialmente a los Estados americanos por violación a los derechos consagrados en dicho Sistema. Sin embargo, debe hacerse notar que se trata de una situación limitada en tanto que es una solución subsidiaria, pues ella es procedente únicamente cuando la justicia y los recursos internos, esto es, del propio Estado, no han funcionado adecuadamente y las víctimas no han sido reparadas integralmente.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 consagra, de una parte, los deberes de los Estados y los derechos humanos que se reconocen y protegen y, de otra, instrumentos de protección de dichos derechos y órganos encargados de aplicar esos instrumentos para lograr la efectiva garantía de los derechos. Es así como dicha Convención consagra diversos deberes para los Estados, entre los cuales está el respeto por los derechos, libertades y garantías consagrados en dicho instrumento, así como el de adoptar las medidas legislativas o administrativas necesarias para garantizar dichos derechos, libertades y garantías. De esta manera, el incumplimiento de esos deberes podrá dar lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado, ante autoridades internas y ante autoridades del sistema interamericano de derechos humanos.

Es así como la Convención, en su segunda parte, creó, como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los deberes de los Estados parte, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes, de manera subsidiaria, esto es, una vez agotados todos los recursos e instancias internos, pueden concluir que existió responsabilidad del Estado y condenarlo a la reparación de los perjuicios.

La Comisión puede hacer recomendaciones sobre casos en los cuales se ha producido la violación de los derechos consagrados en el Pacto de San José, las cuales pueden implicar un reconocimiento de la responsabilidad del Estado. En Colombia, estas recomendaciones se llevan a la práctica a través de los mecanismos señalados en la Ley 288 de 1996, que estableció instrumentos procedimentales –conciliaciones e incidentes de liquidación de perjuicios– para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo ordenado por dicha Comisión. Al respecto, debe destacarse que, según la misma ley, estos procedimientos también son aplicables a la responsabilidad derivada de las recomendaciones dadas por el Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU de 1966.

Por su parte, la Corte Interamericana puede intervenir cuando se agota el procedimiento ante la Comisión sin que se logre una solución. En esa circunstancia, la Comisión pondrá en conocimiento de la Corte Interamericana el caso, quien, a su vez, podrá proferir una decisión judicial que ordene la reparación de perjuicios, decisión que será de obligatorio cumplimiento para las autoridades internas.

Para el efecto, la Corte parte de la idea de que “es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”¹⁸. Así, procede a verificar si existió violación de alguno de los derechos consagrados en el Pacto de San José y si dicha violación produjo perjuicios, de tal manera que verificadas esas dos circunstancias procede a la declaración de la responsabilidad internacional del Estado y a ordenar las reparaciones a que haya lugar, las cuales pueden consistir en indemnizaciones (por daño material e inmaterial), medidas de satisfacción y de rehabilitación y garantías de no repetición.

Para los efectos que interesan al presente estudio, debe resaltarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es competente para decidir si hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención y para ordenar, según los términos del artículo 63.1 *ibídem*, 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 interesada*”. Es decir, que la Corte es competente para declarar la responsabilidad de los Estados que son parte de la Convención, por la violación de los derechos y libertades consagrados en la misma.

Ahora bien, para acudir a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el artículo 61.2 de la Convención, resulta indispensable agotar un procedimiento previo que constituye un requisito de procedibilidad. En primer lugar, de conformidad con los artículos 48 a 50 *ibídem*, es necesario intentar agotar una solución amigable ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en caso de no alcanzar dicha solución, la propia Comisión puede poner el caso a consideración de la Corte. No obstante, debe aclararse que, según lo dispone el artículo 46.1, antes de acudir a la Comisión, es necesario que “*se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna*”.

En otras palabras, para poner un caso a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es necesario, en primer lugar, agotar todos los medios que el derecho interno proporciona para la adecuada protección de los derechos y, en segundo lugar, agotar el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que ésta decida llevar el caso ante la Corte¹⁹. Es por ello que se afirma que la responsabilidad del Estado ante los tribunales internacionales, concretamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una solución subsidiaria, pues deben agotarse primero

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 11 de mayo de 2007, Caso *Masacre de la Rochela contra Colombia*, párrafo 226.

¹⁹ Al respecto, véase a CÁRDENAS, María Alejandra, “Alcance y límites a la regla del agotamiento de los recursos internos en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Paola Andrea Acosta Alvarado (coord.), *Apuntes sobre el Sistema Interamericano III*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 141 y ss.

las vías o mecanismos internos, lo cual, en realidad, constituye un principio básico del derecho internacional²⁰.

En cuanto a la aplicación de las normas transnacionales de derechos humanos por parte del juez nacional, es preciso hacer anotar que el derecho internacional de los derechos humanos y los pronunciamientos de los tribunales especializados en esa materia, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han impactado directamente la jurisprudencia interna. Así, en el caso de Colombia, el Consejo de Estado no sólo ha impuesto condenas como efecto de la violación de los derechos consagrados en el Pacto de San José, sino que ha comenzado a fundamentar sus decisiones en consideraciones de la Corte Interamericana y a adoptar medidas indemnizatorias que rebasan las tradicionales condenas pecuniarias, y que incluyen medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, en concordancia con el desarrollo que de dichas figuras ha hecho la Corte Interamericana.

Al respecto, debe señalarse que esa posición de la jurisprudencia constituye evidentemente un cambio frente al tratamiento tradicional de la responsabilidad del Estado en el derecho colombiano. En efecto, en el pasado, las condenas al Estado se fundamentaban exclusivamente en la teoría de la falla del servicio, junto con la aplicación excepcional de algunos regímenes objetivos y, posteriormente, en el concepto de daño antijurídico, pero no en la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. Además, en la jurisprudencia administrativa tradicional, las condenas al Estado eran exclusivamente pecuniarias y no incluían medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición.

III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El tema de la contratación pública ha sido uno de los más impactados por la presencia de normas internacionales de muy diversas clases, entre otras: tratados multilaterales, normas comunitarias, tratados bilaterales de inversiones y tratados de libre comercio.

Esta diversidad de fuentes normativas transnacionales ha venido incidiendo el tema de los contratos públicos, en general, en dos grandes aspectos: de una parte, condiciona la creación y aplicación de reglas nacionales en materia de contratación pública y, de otra, impone directamente reglas de conducta a las autoridades administrativas con competencias contractuales. Al respecto, la doctrina ha expresado que “uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actuali-

²⁰ Sobre el agotamiento de vías internas como principio del derecho internacional, véase Corte Internacional de Justicia, caso *Interhandel* (Switzerland vs. United States of America), sentencia del 21 de marzo de 1959 (Preliminary objections), y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ximenes Lopes vs. República Federativa del Brasil*, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Excepción preliminar).

dad el procedimiento de formación, desarrollo y consolidación de un derecho administrativo global es el de la contratación pública, sector que ha sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales”²¹.

En relación con la diversidad de normas transnacionales que han venido incidiendo en el tema de la contratación pública, vale la pena mencionar, en primer lugar, el Acuerdo de Compras Públicas de la Organización Mundial del Comercio –OMC, suscrito en 1994 y revisado en 2006, el cual contiene diversas normas que tienen como finalidad la apertura de los contratos públicos a los mercados internacionales. Este acuerdo se aplica a algunos contratos públicos celebrados por las autoridades de los Estados signatarios del mismo y establece un conjunto de derechos y obligaciones relacionados con las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales, dentro de los cuales se destacan los principios de no discriminación, transparencia y utilización de medios electrónicos, así como diversas obligaciones en los trámites de los procedimientos de celebración de contratos públicos²².

Respecto de este Acuerdo de Compras Públicas, es relevante hacer notar que en el seno de la Organización Mundial del Comercio existe un sistema de solución de diferencias que no se tramita propiamente ante un tribunal internacional, pero que supone un esquema cercano a los de característica jurisdiccional para garantizar la vigencia de las decisiones adoptadas en el marco de la OMC, incluyendo el Acuerdo de Compras Públicas, aunque sobre la base de que quienes son parte de las controversias son los Estados y no los sujetos afectados directamente. Dicho sistema de solución de diferencias se adelanta en tres etapas: (i) la etapa de consultas, en la cual los Estados intentan solucionar directamente sus diferencias; (ii) la creación de un llamado grupo especial, que es una instancia independiente de los Estados en conflicto que busca dar solución a la controversia, y (iii) el trámite de un recurso ante un órgano de apelación ad hoc que es también una instancia independiente de los Estados²³.

²¹ MORENO MOLINA, José Antonio, “Globalización y contratación pública”, en Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles, *Tratado de los contratos del sector público*, t. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 161.

²² Sobre este acuerdo, véase a RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Ediciones Guayacán 2011, pp. 57 y ss., y a DUQUE BOTERO, Juan David y VALENCIA TELLO, Diana Carolina “El acuerdo de contratación pública de la OMC: retos y oportunidades para América Latina y El Caribe”, en William Zambrano Cetina (ed.), *Retos de la contratación pública en Iberoamérica*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017, pp. 279 y ss.

²³ En relación con este esquema de solución de diferencias, véase a GONZÁLEZ LAYA, Arancha, “Introducción: globalización y derecho. Una visión desde la Organización

De otra parte, aparecen las normas comunitarias, las cuales han tenido un especial protagonismo en materia de contratación pública. En efecto, desde finales de la década de los ochenta y comienzos de la década de los noventa del siglo XX, en la Unión Europea han venido apareciendo normas comunitarias, especialmente las llamadas directivas, acompañadas de decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las cuales se han tratado diversos aspectos de la contratación pública, hasta el punto de que actualmente se afirma que existe todo un sistema de principios y reglas, tanto sustanciales como procesales, sobre procedimientos de preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos de obras, suministros y servicios públicos, así como respecto de proyectos de colaboración público-privada²⁴.

Este conjunto de normas comunitarias, en ocasiones, implica la creación de obligaciones directas para las autoridades administrativas que adjudican, celebran y ejecutan contratos públicos y, en otros casos, que son la mayoría, imponen obligaciones de desarrollo legislativo para los Estados, situación que explica que las grandes leyes sobre contratos públicos han venido cambiando en los Estados europeos prácticamente cada diez años²⁵. Al respecto, debe señalarse que la eficacia de dicha normatividad comunitaria ha venido siendo asegurada por la decisiva participación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien, con base en los medios de control tradicionales del contencioso comunitario, además de resolver los conflictos específicos llevados ante esa instancia, ha impuesto sanciones y exhortos a los diversos Estados miembros, tendientes a asegurar la eficacia de esas normas comunitarias²⁶.

En tercer lugar, de manera reciente, esto es, de mediados de la década de los noventa hasta la actualidad, aparecen los tratados bilaterales de inversiones y los tratados de libre comercio, que son instrumentos internacionales que buscan la protección de la inversión extranjera –en el primer caso– y el aumento de los flujos comerciales –en el segundo caso–. Estos tratados suelen consagrar

Mundial del Comercio”, en Juli Ponce Solé (coord.), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons e Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, pp. 15 y ss.

²⁴ Véase a MORENO MOLINA, José Antonio y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 139 y ss., y a URREA SALAZAR, Martín Jesús, *La contratación internacional de las administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 39 y ss.

²⁵ En ese sentido, véase a MORENO MOLINA, José Antonio y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, *cit.*, p. 140.

²⁶ Al respecto, véase a RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, *cit.*, pp. 157 y ss.

capítulos sobre compras públicas o preceptos generales sobre contratación pública. Este tipo de instrumentos internacionales inicialmente fueron suscritos simplemente entre dos Estados, pero más recientemente han sido celebrados entre bloques de Estados con algún Estado en particular, como es el caso de la Unión Europea con Colombia o Perú, y entre bloques de Estados entre sí, como es el caso de la Unión Europea y un bloque de países centroamericanos. Por su parte, respecto de la Comunidad Andina de Naciones y de Mercosur, se conocen negociaciones con la finalidad de celebrar acuerdos de libre comercio, sin que hasta la fecha se hayan logrado concretar.

El contenido general de los capítulos de compras públicas en los tratados de libre comercio está compuesto, principalmente, por regulaciones sobre parámetros generales de procedimientos de contratación, que incluyen la consagración de principios tales como la libertad de acceso, el derecho de defensa, la publicidad, la transparencia y la independencia²⁷. Ese bloque normativo impone fuertes obligaciones para los Estados cuando pretenden celebrar contratos públicos de los cobijados por el ámbito de aplicación de los correspondientes tratados, obligaciones que, en algunos casos, son de hacer, en el sentido de incluir en los procedimientos de contratación reglas que fomenten la aplicación de tales principios y, en otros casos, obligaciones de no hacer, esto es, no imponer limitaciones que impidan la participación en condiciones semejantes a empresas y ciudadanos de las partes del correspondiente tratado²⁸.

Además, tanto los acuerdos bilaterales de inversión como los tratados de libre comercio consagran mecanismos de solución de controversias derivadas de la violación de los derechos y garantías consagrados en los mismos, normalmente asociados al arbitraje de inversión que, como se ha reconocido, es una expresión del derecho administrativo global en el sentido de que no se trata de resolver una controversia sobre la ejecución de un contrato, sino de la protección de los derechos derivados de un tratado de protección de inversiones y fomento del libre comercio, que son asuntos de interés público y, por lo mismo, pertenecen al derecho administrativo o, al menos, al derecho público²⁹.

²⁷ Sobre el contenido usual de los capítulos de compras públicas en los tratados de libre comercio, véase a BENAVIDES, José Luis, “La internacionalización de los contratos públicos”, en *Contratos públicos. Estudios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 21 y ss.

²⁸ Véase a MORENO MOLINA, José Antonio, “Globalización y contratación pública”, *cit.*, pp. 176 y ss.

²⁹ Sobre la importancia del arbitraje de inversiones, véase a HERNÁNDEZ G. José Ignacio, “El CIADI en el marco del derecho administrativo global: una visión desde el derecho administrativo latinoamericano”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y HERNÁNDEZ G. José Ignacio, *El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 197 y ss.

Finalmente, el último punto relevante que queremos destacar en materia de contratación pública tiene que ver con la influencia que los organismos multilaterales han venido teniendo en el desarrollo de la legislación de contratación pública en los diversos Estados. En ese sentido, se pueden destacar los proyectos de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional sobre leyes modelo en materia de compras públicas (2011) y de contratación de proyectos de infraestructura con financiación privada (2000). Por su parte, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, además de sus propios reglamentos de compras con recursos provenientes de sus créditos, en la última década han publicado diversas sugerencias de buenas prácticas y aún guías legislativas que han influenciado la expedición de leyes en diferentes Estados³⁰.

CONCLUSIONES

Con fundamento en las anteriores consideraciones y reflexiones, podemos formular las siguientes conclusiones:

1. La visión del derecho administrativo como un derecho exclusivamente interno y con unas relaciones muy limitadas con los fenómenos ocurridos en el plano internacional ha venido cambiando de manera muy importante, en la medida en que los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización del derecho han producido unas relaciones cada vez más fuertes entre el derecho administrativo y el internacional. Ese fenómeno plantea diversos problemas jurídicos en el campo del derecho administrativo, como son la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables y la necesidad de que existan garantías judiciales que aseguren el cumplimiento de esa legalidad, así como el desplazamiento en algunos casos de las autoridades internas, tanto legislativas como administrativas y judiciales por autoridades supranacionales, problemas que podemos contrastar con los ejemplos del derecho comunitario, la responsabilidad derivada de instrumentos internacionales de derechos humanos y la contratación pública.

2. El reconocimiento de la existencia del derecho comunitario implica diversas consecuencias para el derecho administrativo, dentro de las cuales se destacan la ampliación del sistema de fuentes en el sentido de que se incorporan las normas comunitarias y el hecho de que diversas decisiones adoptadas por autoridades administrativas internas de cada Estado pueden ser objeto de control por las instancias jurisdiccionales de la respectiva organización comunitaria. En este sentido, en el sistema comunitario andino existe el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que, en algunas ocasiones, es competente para juzgar los actos y actuaciones de las autoridades internas de los países miembros de la comunidad, a través de la acción de nulidad y la interpretación pre-

³⁰ Véase a BENAVIDES, José Luis, “La internacionalización de los contratos públicos”, *cit.*, pp. 54 y ss.

judicial, pero especialmente por medio de la acción de incumplimiento, con el objetivo de garantizar que los actos internos sean conformes con el ordenamiento comunitario.

3. Desde la segunda mitad del siglo XX ha venido creciendo en el mundo la preocupación por la protección de los derechos humanos, lo cual ha generado el auge de la responsabilidad derivada de los instrumentos internacionales de derechos humanos y, especialmente, dentro del marco americano, de los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos. Este auge se refleja, de una parte, en las condenas al Estado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y, de otra, en la aplicación interna por parte de la jurisprudencia de los derechos consagrados en el sistema interamericano, de las categorías de perjuicios indemnizables y las formas de indemnización utilizadas por la citada Corte.

4. En materia de contratación pública, una diversidad de instrumentos internacionales, entre otros, tratados multilaterales, normas comunitarias, tratados bilaterales de inversiones y tratados de libre comercio, han venido, de una parte, a condicionar la creación y aplicación de reglas nacionales en materia de contratación pública y, de otra, a imponer directamente reglas de conducta a las autoridades administrativas con competencias contractuales.

Villa de Leyva (Colombia), 15 de enero de 2021

III

DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONVENCIONALIDAD

EL ESTADO CONVENCIONAL: UN NUEVO ESTADO DE DERECHO

Armando Luis BLANCO GUZMÁN*
Profesor de la Universidad Monteávila

INTRODUCCIÓN

Quiero iniciar estas líneas, haciendo referencia a los vínculos que me unen al maestro José Luis Villegas Moreno. En primer lugar, su profusa obra, la cual, me sirvió como material de estudio tanto en pregrado como en postgrado y posteriormente, para preparar mis propias clases. Justamente, una mañana de 2008, en la que salía de la biblioteca donde tuve acceso a la bibliografía del maestro, recibí una llamada en la que mi interlocutor se dirigió a mí de una manera muy cordial y básicamente, me dijo lo siguiente: “Buenos días, Armando! Te habla José Luis Villegas Moreno de la Universidad Católica del Táchira, es un gusto en saludarte. Tenemos un amigo en común, nuestro querido Víctor Rafael Hernández-Mendible. Él me habló muy bien de ti y me envió tu número de contacto. El motivo de mi llamada es que en la especialización de derecho administrativo vamos a abrir una materia denominada Derecho Administrativo Profundizado y quisiera saber tu disposición para dictarla”.

La referencia a nuestro amigo común, así como la amabilidad con la que me estaba hablando, hicieron que me sintiera inmediatamente en confianza y le respondí más o menos lo siguiente: “¡Claro! con gusto, es un honor, si puede envíeme un correo con las fechas, el temario y organizamos. Muy agradecido por la invitación y quedo atento al email”.

Una vez que colgué la llamada, me quedé pensando: ¿Quién me dijo que era? Y en eso me contextualicé y me di cuenta que acababa de hablar con el doctor José Luis Villegas Moreno, por lo que, inmediatamente tomé el teléfono y devolví la llamada para disculparme porque sentía que había hablado de tú a tú con quien no solo es uno de los grandes juristas iberoamericanos, sino que

* Doctor en Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en derecho administrativo. Profesor de Postgrado de la Universidad Monteávila y de la Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales.

además, en ese momento, era el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la referida Universidad. Él, con la humildad de los grandes, me dijo: no chico, no te preocupes, nada que disculpar.

Luego de unos días, coordinamos las clases y al tiempo, llegué a la hermosa y amable ciudad de San Cristóbal, donde conocí personalmente al maestro Villegas Moreno y me mostró su faceta de Decano. Como tal, estaba pendiente del perfecto funcionamiento de las sesiones, que no faltara nada en el aula, que el pago estuviese al día, que los viáticos se entregaran a tiempo y que me sintiera cómodo durante mi estadía.

Esa impecable gestión, la vi también reflejada en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Táchira que, él y su equipo, organizaban anualmente y a la cual, tuve la oportunidad de asistir en varias oportunidades.

A su brillante desempeño como profesor, autoridad universitaria, conferencista y autor, se suma su faceta de editor y director de la Revista de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Táchira, la cual, logró posicionarse como una de las publicaciones jurídicas más importantes del País.

En el referido contexto, fueron varios años los que asistí a la Universidad Católica del Táchira y siempre el maestro José Luis Villegas Moreno me recibió con la amabilidad que lo caracteriza. Me abrió las puertas de su casa, me presentó a su familia, así como a algunos de sus amigos cercanos e incluso, me permitió disfrutar de sus extraordinarias habilidades culinarias.

Todo lo anterior, nos llevó a cultivar una amistad que trasciende fronteras y que tengo el honor de compartir con los otros maestros fundadores de la “Escuela de Occidente” (José Araujo-Juárez, José Amando Mejía y Víctor Rafael Hernández-Mendible) a quienes me uno, conjuntamente con algunos de sus condiscípulos y amigos en este merecido homenaje a quien no solo es una verdadera autoridad del derecho público y un ejemplo profesional y académico, sino una de las mejores cosas que podemos ser en la vida, ¡un buen amigo! Larga y venturosa vida amigo mío.

Precisamente en el contexto de la amistad es que surgió el tema que pretendo desarrollar pues, en días recientes, un buen amigo y pupilo me comentaba que encontraba confuso el tema del Estado de derecho, pues éste parecía tener diversos sentidos y alcances, a lo cual respondí que, efectivamente, no solo tiene connotaciones distintas que dependen del momento histórico, sino de la forma de Estado a la que hagamos referencia e incluso, a un tema más complejo aun, que es el manejo tendencioso del concepto, tal como ocurre con la democracia, que muchas veces se quiere hacer ver como un mero proceso electoral que se desarrolla con cierta periodicidad, sin tomar en cuenta los múltiples elementos que la componen, como por ejemplo, la legitimidad de ejercicio o axiología democrática.

Justo después de esas reflexiones me llegó la convocatoria a participar de este tributo e inmediatamente, le escribí a mi maestro Víctor Rafael Hernández-Mendible para manifestarle mi agradecimiento por la invitación y que en ese contexto, quería escribir sobre el Estado de derecho, ya que éste, es un tema que no solo se encuadra dentro de nuestras líneas de investigación, sino que, es una idea sometida a constante evolución y ha venido desarrollándose, desde un concepto eminentemente formal, según el cual, todo Estado es de derecho porque entre sus elementos tiene un ordenamiento jurídico, hasta el concepto actual, en el que el orden jurídico está integrado por una serie de “elementos rectores”¹, entre los cuales, está el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia N° 125, dictada el 17 de junio de 2005, en el caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay “está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones”, que imponen al Estado el deber de “alentar, fomentar y proteger los derechos humanos”².

En efecto, el Estado de derecho es un concepto progresivo que, como señala Hernández-Mendible³, inició con la sujeción al imperio de la legalidad; luego evolucionó hacia lo que sería su segunda etapa, a saber, el advenimiento del Estado constitucional, en el cual, se reconoce al Texto Fundamental como la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; y posteriormente, avanzó hasta el escenario actual en el que, los órganos del Poder Público, tienen el deber de cumplir con el *corpus iuris* de la convencionalidad.

De tal manera que, la convencionalidad se ha incorporado al concepto guía (Estado de derecho), como “la tercera generación de reglas y principios jurídicos”⁴ que se complementan y funcionan coordinadamente con el fin de garantizar y proteger a los derechos humanos.

¹ PÉREZ ROYO, J. *Curso de derecho Constitucional*. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. Madrid 2000. p. 289.

² GOZAINI, O. *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos*. Universidad Autónoma de México. México 1995. p. 23.

³ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *La convencionalización del derecho público en América*. Hacia un derecho administrativo para retornar la democracia. *Liber Amicorum* al profesor José R. Araujo-Juárez. Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Centro para la Investigación y el Derecho Público. Caracas 2018. p. 235.

⁴ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *La convencionalización del derecho público en América*. Hacia un derecho administrativo para retornar la democracia. *Liber Amicorum* al profesor José R. Araujo-Juárez. Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Centro para la Investigación y el Derecho Público. Caracas 2018, p. 235.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵, la convencionalidad y en general, el Sistema Interamericano permea al Estado de derecho y se integra a él con la finalidad de consolidar en el Continente americano un régimen de respeto a los derechos esenciales del hombre.

Siendo ello así, el presente trabajo tiene por objeto analizar el concepto del Estado convencional, su justificación y su finalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. EL ESTADO CONVENCIONAL

Tal como afirmamos *supra*, el Estado de derecho no es un concepto pétreo o estático, sino que está en constante desarrollo. Su primera etapa fue someter al Poder Público al principio de legalidad y con ello, vincular y limitar el ejercicio del poder a la ley. En este estadio, la Constitución era vista como una simple manifestación solemne carente de normatividad.

De allí, la afirmación de Nieto Navia⁶ según la cual, en sus inicios, el Estado de derecho actuaba conforme al principio de legalidad y solo reconocía a la Constitución como un programa político carente de fuerza vinculante.

De tal manera que, la primera fase del Estado de derecho era esencialmente positivista⁷ y se basaba en la teoría clásica de que la ley impera porque es la más alta expresión de la soberanía ya que emana del órgano representativo de la voluntad popular.

En otras palabras, la prevalencia del principio de legalidad se basaba en el denominado principio de supremacía del parlamento. El problema de esa justificación es que la legitimidad o validez del ordenamiento jurídico no deviene solamente del órgano del cual emana y de las formas que se cumplen para su creación, sino también, de su contenido, pues en caso contrario, el Estado puede quedar reducido a un sistema de dominación mediante el instrumento de la ley, tal como ocurrió con los regímenes nazi, fascista y marxista (entre otros) que, apenas cumplían con las exigencias de un Estado de Derecho formal, pero que en lo sustancial, conllevaron al irrespeto de la dignidad humana.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 72 dictada el 2 de febrero de 2001, en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.

⁶ NIETO NAVIA, R. La democracia como marco del sistema interamericano de derechos humanos. Número especial de la *Revista del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 1989, p. 34.

⁷ GARRIDO FALLA, F. y otros. *La Posición Constitucional en la Administración Pública. La Administración en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1980. p. 19.

Entonces, la experiencia que dejó erigir al concepto de Estado de derecho sobre las categorías formales de la legalidad, dio lugar al advenimiento de la segunda fase del Estado de derecho, a saber, el Estado constitucional, en el cual, no cabe la mera enunciación de los paradigmas constitucionales, sino que, el Texto Fundamental debe ser reconocido como “una fuente de derecho directamente aplicable”⁸, esto es, como un mandato de autoridad que forma parte del sistema normativo y que además, tiene eficacia organizatoria pues diseña y determina el funcionamiento del Estado con el fin de garantizar y proteger los derechos humanos.

De tal manera que, la Constitución pasó a ser el fundamento de todo el ordenamiento jurídico⁹ y de allí que, como señala Martínez¹⁰, empezó a marcar el ejercicio del Poder. En primer lugar, organizando su forma y funcionamiento y en segundo lugar, determinando que el Estado tiene como principal propósito el respeto a la dignidad humana y los derechos que le son inherentes.

De acuerdo a lo expuesto y tal como sostiene Rivera¹¹, la segunda fase del Estado de derecho dio lugar a que la Constitución abandonara su concepción orgánica y toral, para situarse en el centro del debate jurídico y erigirse como el punto de partida de la juridicidad de la actuación del Poder Público.

Luego, tal como sostiene Ayala Corao¹², el siglo XX y sus movimientos socio-políticos generaron una crisis en el constitucionalismo clásico que, no solo cambiaría la propia concepción de la juridicidad, sino que, vino a establecer un nuevo orden de prelación del ordenamiento jurídico, en el cual, la juridicidad no inicia con la Constitución, sino con el denominado derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, la necesidad de preservar los derechos humanos frente a los peligros del Poder (tales como la concentración del poder, las pretensiones de perpetuidad en el ejercicio de los cargos públicos, el desarrollo omnímodo del poder, la violación del principio de responsabilidad del Estado, así como las

⁸ BONNEMAISON, M. *El Control Constitucional de los Poderes Públicos. Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano. VII Congreso Venezolano del Derecho Constitucional* (Tomo II). San Cristóbal-Venezuela. 2001.

⁹ PALOMINO, J. *Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho. Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Ediciones Ltda. Bogotá 2011. p. 40.

¹⁰ MARTÍNEZ, F. *Una Historia de Constitución. El Juez constitucional en el Siglo XXI*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2008. p. 326.

¹¹ RIVERA, M. Jurisdicción Constitucional: Ecos del Argumentos Contramayoritario. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 22. México 2010. p. 224.

¹² AYALA, C. Las Consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos. 2009. <http://www.oda-alc.org/documentos/1362672506.pdf>

violaciones a los derechos humanos que se dan a consecuencia del ejercicio arbitrario del poder o incluso, la imposición de regímenes regresivos que desmejoren o desconozcan los derechos humanos, etc.) que aún pueden manifestarse en los Estados constitucionales, conllevó a la relativización del concepto de soberanía y con ello, a admitir que el derecho interno está subordinado a un nuevo sistema de prelación, en el cual, las normas internacionales no solo tienen aplicación preferente, siempre que sean más favorables en el reconocimiento y salvaguarda de los derechos, sino que incluso, se encuentran protegidas por mecanismos específicos de control. Concretamente, el denominado control de convencionalidad¹³.

Ciertamente, el siglo pasado trajo consigo la idea de que el Estado de derecho debe optimizar el “respeto y garantía de los derechos humanos”¹⁴ y para ello, es que fue creado el denominado derecho internacional de los derechos humanos, frente al cual, los Estados han abandonado la tesis Bodiana de la soberanía (potencia absoluta, perpetua y omnímoda del Estado) para acoger una visión moderna, según la cual, el derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados “obligaciones”¹⁵ infranqueables de respeto a los derechos humanos.

De lo expuesto se evidencia que, el derecho internacional de los derechos humanos es “un régimen jurídico de protección de los derechos humanos”¹⁶ que, forma parte de la juridicidad y que como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia N° 153, dictada el 22 de septiembre de 2006, en el caso Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, contiene normas inderogables y trascendentales (*jus cogens*) para el Estado de derecho.

En definitiva, el derecho internacional de los derechos humanos tiene la finalidad de proporcionar a las personas medios de garantía y protección de los derechos humanos, tanto a nivel de los Estados como, ulteriormente y de manera complementaria, a nivel de la jurisdicción internacional¹⁷.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 312, dictada el 29 de febrero de 2016, en el caso Chinchilla Sandoval, Vs. Guatemala).

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo* (7° Edición. Tomo II). Editorial Cívitas. Madrid 2000, p. 589.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 205, dictada por la en el 16 de noviembre de 2009, en el caso Campo Algodonero Vs. México.

¹⁶ VENTURA, M. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos civiles y políticos. *Revista N° 42 del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2005. p. 37.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 110, dictada el 8 de julio de 2004, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú.

De lo anterior, se deduce otro de los rasgos fundamentales del Estado de derecho, a saber, su carácter axiológico, esto es que, su vocación es utilitaria o funcional y que conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados partes de la 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.

Según el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen el compromiso de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Incluso, los Estados tienen el deber de “remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”¹⁸.

En otros términos, la actividad del Estado de derecho está centrada en la protección de los derechos convencionales¹⁹, de lo cual se deduce que, los derechos humanos son la razón de ser del Estado de derecho, pero a la vez, un límite para el ejercicio del Poder público, según el cual, el Estado no puede violar los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo ninguna circunstancia y so pena de responsabilidad²⁰.

Por último, el Estado de derecho tiene un contenido dogmático, es decir, “una serie de principios esenciales, innegociables e indiscutibles”²¹ que, en el contexto antes expuesto, tienen por norte asegurar el goce y la salvaguarda de los derechos humanos.

Así, igualmente lo reconocía García de Enterría²², cuando señalaba que el Estado de derecho se encuentra amalgamado a la democracia y a otros princi-

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 94, dictada el 21 de junio de 2002, en el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 85, dictada el 15 de septiembre de 2005, en el caso Masacre de Mapiripán.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 71, dictada el 31 de enero de 2001, en el caso Tribunal Constitucional Vs. Perú.

²¹ CASAL, J. *Constitución y Justicia Constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2004, p. 28.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (3° Edición). Editorial Cívitas. Madrid 1985. p. 101.

pios fundamentales que orientan su finalidad humanista y con ella, la vigencia y garantía de los derechos humanos.

Se trata de un conjunto de principios esenciales que, suelo calificar como aquellos elementos que componen el mínimo común denominador del Estado de derecho y que, están concebidos para limitar al Estado, evitar los denominados peligros del poder y robustecer la protección y garantía de los derechos humanos.

Sin menoscabo del principio de progresividad, a que se hizo referencias *supra*, puede afirmarse que el Estado convencional se erige, actualmente, sobre los siguientes principios:

1. El reconocimiento del principio de juridicidad a que se refieren los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana.

2. La obligación de proteger los derechos humanos contenida en artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. La democracia dispuesta en los artículos 1 y 2 de la Carta Democrática Interamericana.

4. El principio de separación de poderes consagrado en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

5. El principio de responsabilidad del Estado que se desprende de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. El control de la actuación del Estado que se deduce de los artículos 25, 33, 41, 62, 63, 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA CONVENCIONALIDAD

En primer lugar, es “una conquista de las personas frente al Estado”²³, conforme a la cual, se logró limitar el concepto tradicional de soberanía, para que los Estados aceptaran incorporar a sus ordenamientos normas dictadas por órganos supranacionales.

De tal manera que, la convencionalidad constituye un hito en la universalización de los derechos humanos y en el establecimiento de un sistema internacional para su protección²⁴, por lo que, en los términos del primer párrafo del

²³ VENTURA, M. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos civiles y políticos. *Revista N° 42* del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2005. p. 39.

²⁴ CUÉLLAR, R. Los derechos políticos y las realidades de la democracia. *Revista N° 42* del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadra-

preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, es un efecto del principio de universalidad que informa a los derechos humanos.

En segundo lugar, la convencionalidad se debe al “reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo en el plano internacional”²⁵ que, operó como respuesta a la necesidad de universalizar el principio de respeto a la dignidad humana.

En tercer lugar, el derecho internacional de los derechos humanos y con él, la convencionalidad, surgió a consecuencia del reconocimiento de que en los derechos humanos están implicados “valores superiores de los que no es lícito apartarse”²⁶ y que por tanto, era necesario el establecimiento de unos estándares universales en la materia.

En ese mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia N° 54, dictada el 24 de septiembre de 1999, en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú, señalando que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores superiores comunes a los Estados miembros del Sistema Interamericano que, están concebidos y centrados en la protección del ser humano.

En cuarto lugar, la convencionalidad responde a la intención de fortalecer y de ser el caso, “perfeccionar”²⁷ la garantía y protección de los derechos humanos y consecuentemente, de “superar los problemas estructurales y debilita-

gésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2005. p. 31.

²⁵ CANÇADO, A. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. *Revista N° 46* del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2007. p. 278.

²⁶ NIKKEN, P. La declaración universal y la declaración americana, la formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos. Número especial de la Revista del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 1989. p. 65.

²⁷ MOIA, L. Los derechos políticos como derechos humanos. Una aproximación desde la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina. *Revista N° 45* del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2007. p. 355.

des nacionales que amenazan su efectiva vigencia y salvaguarda”²⁸.

Por ello, Caballero y Rábago²⁹ afirman que, el derecho internacional de los derechos humanos establece un conjunto de estándares mínimos que generan sistemas normativos de reenvíos hacia otros ordenamientos, con los que se integran, para optimizar la cobertura de los derechos de las personas.

En definitiva, la convencionalidad fue desarrollada con la idea de “coadyuvar en la protección de los derechos humanos”³⁰, lo cual, según el principio de complementariedad, supone que los Estados convencionales deben garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención; investigar y en su caso juzgar, resarcir y sancionar las infracciones que se cometieren; y solo cuando no ha sido posible una solución a nivel interno o nacional, es que se abre el nivel internacional de protección.

III. FINALIDAD DEL ESTADO CONVENCIONAL

1. *Garantizar los derechos humanos*

A manera de preámbulo, es necesario hacer mención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹, según la cual, las dificultades o condiciones de los países miembros del Sistema Americano de Derechos Humanos no son causa de justificación para que incumplan sus obligaciones convencionales. E incluso, debido al principio de derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno y de la actitud del nuevo gobierno respecto a lo ocurrido en la época en que se produjeron las violaciones.

De tal manera que, independientemente de la situación social, económica, gubernamental y en general, de los problemas internos que pueda tener un Estado convencional, sus deberes deben ser honrados, so pena de responsabilidad³².

²⁸ DULITZKY, A. 50 años del sistema interamericano de protección de los derechos humanos; una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios. Revista N° 46 del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2007. p. 35.

²⁹ CABALLERO y RÁBAGO. *Derechos Políticos. Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Comentario. Konrad Adenauer Stiftung. Bolivia. 2014. p. 560.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 334, dictada el 23 de noviembre de 2007, en el caso cesados de Petroperú vs. Perú.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 180, dictada el 6 de mayo de 2008, en el caso Yvon Neptune vs. Haití.

³² Corte Interamericana de Derechos Humano, sentencia N° 71, dictada el 31 de enero de 2001, en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú.

Ello así, La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en su sentencia N° 70, dictada el 25 de noviembre de 2000, en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, que el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, para los Estados miembros del Sistema Interamericano, la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

En términos de la sentencia N° 203, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de septiembre de 2009, en el caso *Garibaldi vs. Brasil*, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados el deber general de asegurar el goce de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

En la sentencia N° 349, dictada el 8 de marzo de 2018, en el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratificó la doctrina antes expuesta de la siguiente manera: “las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, así como las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención, impiden limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana”.

De acuerdo a lo decidido en la sentencia N° 74, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 6 de febrero de 2001, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, el deber estatal de garantizar los derechos humanos supone la adopción inmediata de cuantas medidas sean necesarias para proteger los derechos y las garantías de las personas.

Conforme a lo establecido en la sentencia N° 194, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de enero de 2009, en el caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, la obligación de asegurar el goce de los derechos humanos aparea que los Estados deben 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 el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado³³ que, a la luz del artículo 2 de la Convención, el deber de garantizar los 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 la violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra parte, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 281, dictada el 27 de agosto de 2014, en el caso *Hermanos Landaeta Mejía vs. Venezuela*.

En otras palabras, “los Estados parte de la Convención Americana sobre derechos Humanos deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos, lo cual, aplica para las normas sustantivas sobre de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos) y las normas procesales que orientan el desarrollo de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales”³⁴.

A la luz de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias números 110 y 226, dictadas el 8 de julio de 2004 y 19 de mayo de 2011, en los casos de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú y Vera Vera y otros vs. Ecuador, las obligaciones de garantía de los derechos humanos asumidas por los Estados parte del Sistema interamericano, deben ser cumplidas conforme a los principios generales del derecho internacional, entre ellos, el *pacta sunt servanda* y en consecuencia, es incompatible con la convencionalidad la actuación omisiva o negligente en la protección de los derechos humanos.

2. Prevenir la violación a los derechos humanos

En segundo lugar, la finalidad de la convencionalidad es prevenir la violación de los derechos humanos y ello, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵, “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. 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 y es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento”.

La sentencia N° 5 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 20 de enero de 1989, en el caso Godínez Cruz vs. Honduras precisó que, los Estados están en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos e investigar, seriamente y con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 54 dictada el 24 de septiembre de 1999, en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú.

³⁵ Corte Interamericana de derechos Humanos, sentencia N° 4, dictada el 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.

Conforme a la sentencia N° 304, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 8 de octubre de 2005, en el caso Comunidad Garífuna De Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras, el deber de prevenir la lesión a los derechos humanos se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando el deber de impedir que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos (derechos). Claro está, siempre que el Estado esté en conocimiento de una situación de riesgo real e inmediata para un individuo o un grupo de individuos y que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

3. *Establecer un estándar mínimo de compatibilidad con la convencionalidad*

Tal como precisó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia N° 73, dictada el 5 de febrero de 2001, en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que, un Estado que ha ratificado un tratado sobre derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Ello, a los fines de garantizar que la protección de los derechos humanos cumpla, cuando menos, con los estándares convencionales

Ciertamente, el derecho internacional de los derechos humanos establece un “pacto de mínimos”³⁶ en la protección de los derechos humanos y ello, implica que los Estados parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos deben adoptar todas las medidas para cumplir, con los estándares convencionales, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención.

La sentencia N° 125, dictada por Corte Interamericana de Derechos Humanos el 17 de junio de 2005, en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, ratificó lo antes expuesto de la siguiente forma: “el artículo 2 de la Convención Americana obliga a los Estados Partes 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 adaptar la protección de los derechos y libertades, por lo menos, a las exigencias convencionales”.

De hecho, si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados

³⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *La convencionalización del derecho público en América. Hacia un derecho administrativo para retornar la democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*. Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Centro para la Investigación y el Derecho Público. Caracas 2018. p. 236.

parte, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para alcanzar (o superar) los estándares de la convención³⁷.

De lo expuesto se observa, que la convencionalidad compele a los Estados “a adoptar, de forma prioritaria, las reformas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para evitar la violación de los derechos humanos por incumplir con los parámetros mínimos de la convencionalidad”³⁸.

Según la decisión N° 179, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 6 de mayo de 2008, en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, todo lo anterior, supone un proceso que se desarrolla en dos fases, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observar o incluso superar dichas garantías. La primera fase se cumple con la reforma, derogación, o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro.

De hecho, el deber de adaptar el derecho interno a los parámetros básicos de la convención puede derivar, no solo del cumplimiento voluntario del Estado, sino de una orden de reparación emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, obligue al Estado contumaz, a reformar su ordenamiento interno³⁹.

En este contexto, la Corte ha señalado⁴⁰ que, todo Estado Parte de la Convención debe adoptar las medidas necesarias para cumplir con la Convención y evitar tomar iniciativas que limiten, conculquen, supriman, restrinjan o vulnere los términos en que se ha reconocido, a nivel convencional, el goce y protección de un derecho humano.

Es decir, conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 129, dictada el 24 de junio de 2005, en el caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 177 dictada el 2 de mayo de 2008, en el caso *Kimel vs. Argentina*.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia N° 92, dictada el 27 de febrero de 2002, en el caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 204, dictada el 24 de septiembre de 2009, en el caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*.

no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos que ella consagra, sino que también, deben evitar promulgar leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

En este orden de ideas, la Corte⁴¹ ha señalado que, el deber de adecuar el derecho interno al ordenamiento convencional se extiende a la tipificación de delitos pluriofensivos de especial gravedad como la desaparición forzada de personas.

En definitiva, cada Estado parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos debe adoptar las medidas para que lo establecido en la Convención sea “la base sobre la cual se cree el orden jurídico interno y se establezcan las políticas públicas acordes –o incluso superiores– al Sistema Interamericano de protección de derechos humanos”⁴².

4. *Restablecer o indemnizar las violaciones a los derechos humanos*

El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos acoge una norma consuetudinaria que, constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional de los derechos humanos, a saber, el principio de responsabilidad del Estado, según el cual, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata y con ello, el deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación.

A tal fin, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en su decisión N° 387, dictada el 14 de octubre de 2019, en el caso *Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala* que, el sistema interamericano de derechos humanos consta de un nivel nacional, a través del cual, cada Estado debe garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y en su caso, restablecer o indemnizar las lesiones que se hayan causado y que, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos actúan de forma coadyuvante o complementaria en el restablecimiento y/o indemnización de las violaciones a los derechos humanos.

En otras palabras, el Estado convencional es el principal garante de los derechos humanos y, en consecuencia, si se produce una violación imputable a cualquiera de sus poderes u órganos, es él quien debe resolver a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 314, dictada el 22 de junio de 2016, en el caso *Tenorio Roca vs. Perú*.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 293, dictada el 22 de junio de 2015, en el caso *Radio Caracas Televisión vs. Venezuela*.

De acuerdo con lo expuesto, el sistema interamericano es complementario, lo cual, implica que las autoridades internas están primariamente obligadas a restablecer o indemnizar y en caso de incumplimiento o de que la situación denunciada no haya sido reparada o razonablemente resuelta, se abre el acceso a las instancias internacionales.

De tal manera que, tanto a nivel nacional como internacional, el sistema busca garantizar y prevenir la violación a los derechos, así como también, posibilita obtener una “reparación por el daño sufrido”⁴³.

Reparación que, de ser posible, debe restablecer el derecho conculcado y reparar los daños producidos⁴⁴, lo cual, subsiste hasta que se haya cumplido totalmente con el deber de reparación⁴⁵.

5. Evitar la impunidad en la violación de los derechos humanos

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado⁴⁶ que, la convencionalidad impone a los Estados la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos.

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia N° 355, dictada por el referido órgano supranacional el 20 de agosto de 2018, en el caso *Munárriz Escobar y otros vs. Perú*, dicha obligación es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Lo cual, tiene especial relevancia dada la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por la Convención y la gravedad de los actos que los menoscaban. Así, por ejemplo, para los casos de desapariciones forzadas o tortura, los Estados deben investigar *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva los hechos, aun sin denuncia.

En términos de la sentencia N° 306, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2019, en el caso *García Ibarra Vs. Ecuador*, la jurisdicción internacional tiene como aspecto sustantivo o medular determinar si el Estado demandado ha violado las obligaciones internacionales que contrajo al hacerse parte de la Convención y de ser el caso, establecer las consecuencias jurídicas a que haya lugar.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 42 dictada el 27 de noviembre de 1998, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*.

⁴⁴ Corte Interamericana De Derechos Humanos, sentencia N° 200 dictada el 6 de julio de 2009, en el caso *Escher y Otros vs. Brasil*.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 44, dictada el 20 de enero de 1999, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 232, dictada el 31 de agosto de 2011, en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*.

Siempre, claro está, que el Estado haya tenido la oportunidad de reparar el hecho ilícito internacional por sus propios medios. Ello, debido al carácter coadyuvante o complementario al que hizo referencia *supra*.

Es decir que, una vez que los órganos de administración de justicia internos han conocido de hechos violatorios a los derechos humanos sin que se restablezca o indemnice adecuadamente a las víctimas, es que se abre el acceso a los órganos supranacionales, pues el principio de complementariedad imposibilita que se acuda a esta instancia sin que antes se hayan agotado los recursos nacionales⁴⁷.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado⁴⁸ que, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos no funcionan como una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos o como un tribunal penal en el que pueda analizarse la responsabilidad penal de los individuos, sino que, su función es determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas a nivel nacional con la Convención.

Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado⁴⁹ que, la prohibición de impunidad y con ella, el deber de investigar las violaciones a los derechos humanos no se circunscribe a los autores, sino que se extiende a los encubridores de las violaciones cuando, por ejemplo, obstaculizan las investigaciones o la identificación de los responsables.

Lo anterior, se enmarca, no solo, en la obligación convencional de evitar la impunidad, sino en el derecho de las víctimas a la verdad⁵⁰ y, por tanto, en el principio de respeto a las situaciones jurídicas.

Con fundamento en lo anterior, los Estados convencionales deben investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los responsables de las violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana (por todos los

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 259 dictada el 30 de noviembre de 2012, en el caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 275 dictada el 27 de noviembre de 2013 en el caso J. vs. Perú.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 95, dictada el 29 de agosto de 2002, en el caso del Caracazo vs. Venezuela.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 70, dictada el 25 de noviembre de 2000, en el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.

medios legales disponibles) ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones a los derechos humanos y con ello, la indefensión de las víctimas y de sus familiares⁵¹.

De allí que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵², resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción o el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Según la referida jurisprudencia, los Estados parte de la Convención que adopten leyes que tengan el efecto de las leyes de amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, ya que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵³ sobre las denominadas leyes de prescripción que, pretenden oponerse a los deberes de investigación y sanción de los responsables a las violaciones de los derechos humanos.

Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado⁵⁴ la incompatibilidad absoluta y *ab initio* de la prescripción en casos de tortura, homicidios cometidos durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y desapariciones forzadas de forma constante y reiterada, pues dichas conductas, contravienen derechos y obligaciones inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole⁵⁵.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 37 dictada el 8 de marzo de 1998, en el caso “Panel Blanca” Paniagua Morales y otros vs. Guatemala.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 75, dictada el 14 de marzo de 2001, en el caso Barrios Altos vs. Perú.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 110, dictada el 8 de julio de 2004, en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 353, dictada el 15 de marzo de 2018, en el caso Herzog y otros vs. Brasil.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 164 dictada el 11 de mayo de 2007, en el caso Bueno Alves vs. Argentina.

CONCLUSIONES

De acuerdo a las consideraciones vertidas anteriormente, el Estado convencional es la evolución más reciente del Estado de derecho, en la que se ha incorporado el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en primer lugar, para garantizarlos; en segundo lugar, para prevenir que se vean amenazados o efectivamente lesionados; en tercer lugar para establecer unos estándares mínimos en cuanto a su reconocimiento, vigencia y protección; en cuatro lugar, para restablecerlos y de ser el caso, indemnizar su violación; y en quinto lugar, para evitar que el irrespeto o menoscabo a los derechos humanos pueda quedar impune.

Dicha evolución forma una relación de complementariedad entre los elementos formales del Estado convencional (juridicidad, separación de poderes, responsabilidad del Estado, control) y la democracia para garantizar, promover y proteger los derechos humanos.

De allí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableciera en la sentencia N° 127, dictada el 23 de junio de 2005, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* que, el Estado convencional, la democracia y los derechos humanos constituyen una tríada en la que cada componente se define y adquiere sentido en función de los derechos humanos.

En definitiva, la convencionalidad le da soporte transnacional⁵⁶ al deber que tiene el Estado de derecho de garantizar los derechos humanos y evitar incurrir en responsabilidad internacional por el menoscabo de los mismos.

⁵⁶ VENTURA, M. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos civiles y políticos. *Revista N° 42* del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2005. p. 41.

DERECHO ADMINISTRATIVO “CONSUECUDINARIO” Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

María Lidia ÁLVAREZ CHAMOSA*

Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello

Un Derecho Administrativo que a la vez sea consuetudinario se presenta como una incongruencia vista que entre las grandes oposiciones existentes en nuestra disciplina jurídica está aceptar que sus regulaciones provengan de orígenes distintos al Estado.

Pero en un momento de pluralismo jurídico, de considerar la existencia de un Derecho Administrativo Global no estatal y en especial, dado el reconocimiento internacional y constitucional de costumbres tales como las indígenas que pueden desplazar la aplicación de disciplinas de Derecho Público como el Derecho Penal, no es descabellado plantear la existencia de regulaciones administrativas creadas desde la sociedad y exigibles a las autoridades administrativas y judiciales inclusive con aplicación preferente al derecho estatuido.

Además, su no aplicación por la Administración Pública se relaciona con el control de convencionalidad si se evidencia violación de derechos reconocidos por el *corpus iuris* interamericano aunque también, si al contrario, su aplicación conculca ese *corpus iuris*, adentrándonos con ello en replanteamientos sobre los caminos de creación del Derecho Administrativo.

Interesa aquí hacer alusión a la costumbre originada en la sociedad que tiene aptitud para generar normas administrativas exigibles al Estado en vez de ingresar al terreno de si la Administración Pública crea o no crea costumbre con sus conductas reiteradas y para ello se presentarán en primer lugar unas precisiones relacionadas con el Derecho Administrativo “consuetudinario”, luego un sucinto repaso sobre la costumbre jurídica, seguido del Derecho Administrativo “consuetudinario” y el control de convencionalidad para finalizar con algunas conclusiones.

* Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en Derecho Administrativo y magister en Derecho Constitucional de la UCAB. Aprobado el proyecto de tesis para optar al título de Doctora en Derecho en la UCAB. Profesora de la UCAB y de la Universidad Monteávila.

Al profesor José Luis Villegas Moreno a quien le tengo un gran afecto por su hospitalidad y valía, le dedico estas breves consideraciones en fase de construcción, así como lo está el Derecho Administrativo que cada día nos sorprende y nos proporciona, ya en esta tercera década del siglo XXI, nuevos elementos para seguirlo estudiando.

I. DERECHO ADMINISTRATIVO “CONSUECUDINARIO”

Con esta denominación se pretende poner de relieve que las regulaciones en Derecho Administrativo no provienen exclusivamente del Estado y que la costumbre jurídica es una forma de creación normativa dentro del mismo. Por tanto, aunque el Derecho Administrativo consuetudinario no existe y así será a menos que su relevancia y suficientes elementos identificativos revelen el surgimiento de una disciplina independiente y autónoma fundamentada en la costumbre, se debe afirmar que esta sí es fuente de nuestra disciplina jurídica.

No son nuevas las discusiones respecto a si la costumbre es una forma de creación de este Derecho. Como ejemplos cabe mencionar la idea de admitir o inadmitir que la costumbre como producto social pueda generar normas administrativas en un ámbito en el que el principio de legalidad relega la autonomía de la voluntad a jugar un rol secundario o si ciertas actuaciones reiteradas como la práctica administrativa que tiene origen en el Estado y no en la sociedad, deben considerarse costumbre, si esa práctica es igual a un precedente administrativo y si en definitiva se trata de una fuente de normas imperativo-atributivas cuya eficacia -a falta de cumplimiento voluntario- se logre coactivamente.¹

¹ Vid. PEÑA SOLÍS, José, *Manual de derecho administrativo adaptado a la Constitución de 1999* (vol.1, 1ra. reimpr.). Texto, C.A. Caracas: 2004. Vid. ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho administrativo general. Concepto y fuentes*. Paredes II, C.A. Caracas 2012. La posibilidad de que la costumbre jurídica no provenga exclusivamente de la sociedad, sino que también se origine en el Estado no es del todo clara, ya que mayoritariamente se ha considerado que el origen de la costumbre es distinto al de la ley siempre estatal. Pero hay posturas variadas como bien se observa en trabajos como el de Bensusan Martín (2012) en el que se citan a diversos autores y teorías, desde las que consideran que la costumbre siempre tiene origen social y no requiere de reconocimiento del Estado a aquellas que señalan que se amerita que los tribunales, legislador o autoridades las reconozcan o clásicos como Castán Tobeñas quien en el año 1951 indicaba que no se requería que el uso emanara del pueblo, puesto que se puede manifestar a través de los órganos de la colectividad como son las autoridades administrativas. BENSUSAN MARTÍN, María del Pilar (2012), Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo. En *Revista Andaluza de Administración Pública*, (82/2012): 73-117 enero-abril. Universidad de Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública. <https://ws168.juntadeandalucia.es/revistaselectronicas/rap/article/view/931>

Algunos pueden llegar a admitir la costumbre jurídica como fuente secundaria asistemática y fragmentaria² o a lo sumo la aceptan cuando el ordenamiento jurídico la reconoce para colmar lagunas o cuando la legislación remite a ella (costumbres *praeter legem* o *extra legem*) lo que en definitiva anula su independencia como fuente ya que o requiere ser positivizada su función integradora o amerita del reenvío por parte de la norma estatal, con lo cual solo será fuente si es reconocida por otra fuente. Pero además aún contra las pretensiones de autonomía del Derecho Administrativo para lograr mayor eficiencia y eficacia en la satisfacción del interés colectivo, no es novedad el empleo de estructuras organizativas y regulaciones propias del Derecho Privado (civil, mercantil) que traen aparejadas, proponiendo al efecto el ejemplo venezolano, el uso parcial o total de la costumbre ya sea directamente referida para resolver una problemática concreta como sucede con ciertos artículos del Código Civil o de forma general para suplir cualquier laguna que se presente en la materia tal y como está establecido en el Código de Comercio.³

Sin embargo al margen de las diversas posturas y de la evidente importancia de la ley como mecanismo de producción de normas administrativas en especial en sistemas que provienen del derecho continental, la costumbre ha ganado terreno, entendiéndose que en la actualidad el pluralismo jurídico deriva en la coexistencia de diversos sistemas normativos de Derecho Público, de Derecho Privado (y de Derecho mixto según las posturas que se manejen) con orígenes diversos que no se agotan en la actividad del Estado.

II. COSTUMBRE JURÍDICA: UN BREVE REPASO

Es preciso recordar de manera sucinta algunos aspectos de la costumbre jurídica para enlazarla con el control de convencionalidad.

² MORELL OCAÑA, Luis, La Costumbre y los principios generales en el Derecho Administrativo. En *Documentación Administrativa* (No. 195): 1982, 21-48. Gobierno de España, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, Instituto Nacional de Administración Pública. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4638/4692>

³ A diferencia de lo que sucede en España cuyo Código Civil reconoce la costumbre de forma amplia como fuente subsidiaria en caso de silencio de la ley, en Venezuela son ciertos artículos los que remiten a ella de manera puntual. Un ejemplo es el artículo 1726 “*El comodatario debe cuidar la cosa dada en préstamo como buen padre de familia, y no debe servirse de ella, sino para el uso determinado por la convención o, a falta de esta, por la naturaleza de la cosa y la costumbre del lugar, so pena de daños y perjuicios*”, Código Civil venezolano, Gaceta Oficial n° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982. Siguiendo en Venezuela pero a diferencia de lo anterior, el Código de Comercio establece un mecanismo de integración general de lagunas puesto que sin precisar un vacío específico, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley (Gaceta Extraordinaria n° 475 del 21 de diciembre de 1955, artículo 9).

La costumbre denominada por algunos como “fuente-hecho”,⁴ es un acontecimiento surgido de la sociedad que conforma el supuesto para la aplicación de una consecuencia jurídica con eficacia general, es decir, un hecho que genera derecho, que al contrario de la ley se caracteriza por la no existencia de autoridad, es decir por no emanar del Estado y adicionalmente por ser un modo natural, espontáneo, cosificado e inconsciente de crear normas.⁵

Bueno es indicar que a veces se emplean diversas denominaciones “usos, prácticas, costumbres, hábitos, etc.”, respecto a las que la doctrina plantea diferenciaciones e incluso a nivel constitucional se infiere que algunos de esos términos son cuestiones diferentes.⁶

A los efectos de este trabajo seguiremos un criterio unificador, aunque sin desconocer la existencia de variadas posturas que van desde considerar, por señalar un caso, que los usos no son fuente del Derecho y las costumbres sí lo son, hasta aquellas que niegan el interés de diferenciarlos indicando que los usos, hábitos o las costumbres pueden generar normas jurídicas.⁷

⁴ AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, S.A. Barcelona: 2000.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta, S.A., Madrid: 2005.

⁶ ...el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, **usos y costumbres**... (negritillas añadidas), artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial 36.860, diciembre 30, 1999. Reimpresa con correcciones en la Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Enmendada el año 2009 Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, 5.908 (Extraordinario), febrero 2, 2009.

⁷ Opinan ciertos autores que “...los usos son una variedad de la costumbre jurídica...” por tanto no son sinónimos y aunque comparten ambos el elemento externo u objetivo, es decir la reiteración de una determinada conducta, no coinciden en el elemento subjetivo, esto es, en los “usos” no se observa la “necesidad de una conducta”, ya que su función es interpretar o complementar la voluntad de los particulares que hayan decidido acogerse a ella y por ende si las partes han manifestado una voluntad contraria no se le aplicarían estos usos mientras en la “costumbre” no existe la facultad de elección que poseen los particulares respecto a los usos, elección que en definitiva “... excluye la idea de necesidad que se halla indisolublemente ligada, a la verdadera costumbre jurídica...” Eduardo García Máynez (2008) a título personal y citando parcialmente a Gény y a Pugliatti en su obra *Introducción al estudio del derecho*. 77 (Caracas: Atenea, C.A). Sin embargo, Rocco citado por Oviedo Albán (2001) plantea que en el derecho moderno el término *uso* es más amplio ya que “...comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y propia costumbre jurídica...” y en relación a la doctrina española referida al Código Civil y las normativas mercantiles de ese país expresa que

En otro orden de ideas, entre las críticas a la costumbre destaca que es casuística, no tiene un método determinado, es irracional, informal (no es producto de un proceso, aunque se deduce de García Máynez (2008) que la costumbre es una fuente formal),⁸ genera inseguridad por carecer de uniformidad y ser difícil de conocer y probar, también propicia la desigualdad porque regula de forma distinta las situaciones dependiendo de la comunidad o localidad en la que surge esa costumbre. Sin embargo, también tiene ventajas: flexibilidad, ser directamente una creación social y por ende reflejar las necesidades de sus integrantes, adaptación para regular ciertas materias de complicada elaboración positiva como el Derecho Internacional, etc.

Sus elementos: la *inveterata consuetudo o usus* es decir el elemento externo u objetivo que implica la existencia del uso por parte de la sociedad por un tiempo prudencial de una determinada regla (de una costumbre derivada de la misma sociedad) y la *opinio juris*, esto es el elemento interno y subjetivo que implica la transformación de las reglas repetidas por la sociedad "...en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley"⁹ porque en ese grupo social se constata su necesidad jurídica de la que deriva que ante su incumplimiento se puede generar su exigencia coactiva. Ambos elementos son concurrentes para convertir una costumbre pura y simple en norma imperativo-atributiva.

A lo anterior parte de la doctrina agrega otros elementos: la materia u objeto¹⁰ es decir que la conducta social no sea contraria a la moral y al ordenamiento jurídico del Estado, aunque las costumbres *contra legem* pudieran convertirse en algunas ocasiones en fuentes materiales del Derecho. Además, su rele-

"Mejor que entrar en disquisiciones acerca del significado del término <<usos>>, es aludir al problema de fondo que se intenta abordar con esta regla. Desde hace tiempo, en determinados ámbitos (especialmente en el mundo de los negocios), se viene reclamando que al modo habitual de proceder en la contratación se le asigne un cierto valor normativo. Así, si en un determinado sector del mundo de los negocios, es habitual contratar la prestación de ciertos servicios por un determinado porcentaje, se persigue que todos los contratos de esos servicios que se celebren se entiendan sometidos a la tarifa *usual*, aunque no se especifiquen expresamente al celebrar el contrato concreto e, incluso, alguno de los contratantes ignore la existencia de ese uso o hábito....

OVIEDO ALBÁN, Jorge, *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*, cap. II. 2001. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html>

⁸ "De acuerdo a la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia", García Máynez, <<Introducción al estudio del derecho>>, 63.

⁹ *Op. cit.*,73.

¹⁰ OLASO, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho. Introducción a la Teoría General del Derecho*. T. II. (4ta. ed. 11° reimp.) Colección Cátedra. Caracas 2017. UCAB: Abediciones.

vancia jurídica,¹¹ esto es, que la materia sobre la que verse la costumbre revista un interés jurídico que amerite convertirla en una conducta exigible de manera forzosa, de forma tal que solo superado el “juicio de relevancia” se considerará que una costumbre pura y simple se convirtió en Derecho o en otros términos fue trocada de regla social a regla jurídica.

III. DERECHO ADMINISTRATIVO “CONSUECUDINARIO” Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como se ha señalado partimos de la premisa que la costumbre jurídica nace dentro de la sociedad además de obligar al grupo dentro del cual surgió, es una forma de creación de Derecho Administrativo al menos en algunas materias y por ende exigible a las autoridades de forma coactiva.

Por ello, la costumbre jurídica “administrativa” es susceptible de ser exigida o al contrario desaplicada en virtud de un control de constitucionalidad, pero también de convencionalidad siempre y cuando se den los supuestos para su procedencia.

Y es que el Estado debe concebirse en la actualidad como una organización que detenta el poder y además como soporte de los variados grupos de la sociedad que tienen un *ius proprium*, con lo cual debe redefinirse el Derecho Público desde la perspectiva por la cual dentro del mismo tienen cabida variados grupos que detentan una esfera del poder, fines colectivos y normas ordenadoras de la convivencia, entre ellas, la costumbre de los grupos sociales.¹²

La doctrina señala que en ocasiones a ella remite el legislador sin señalar de manera expresa su contenido. En este caso no hay problema en cuanto a su reconocimiento como fuente aunque requiere de la legislación para darle entrada como camino de creación de normas jurídicas y aunque su contenido no sea precisado por la ley ya que de hacerlo la estaría positivizando, se requiere determinar caso por caso en qué consiste esa costumbre, si ha variado, etc. También pueden presentarse costumbres que operan para integrar el Derecho en caso de vacíos o lagunas y además como es sabido, los entes administrativos constituidos con forma de Derecho Privado deberán aplicar las costumbres en sus relaciones jurídicas.¹³

¹¹ Aguiló Regla, <<Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)>>.

¹² Tal postura se deduce de los planteamientos de Morell Ocaña y de Costa mencionado por el primero en <<La Costumbre y los principios generales en el Derecho Administrativo>>.

¹³ Ejemplos de costumbre *extra legem* en la legislación española evidencian la remisión positiva a ella en materias administrativas. Un largo listado lo presenta Bensusan Martín (2012), como el artículo 75.2 del Texto Refundido del Régimen Local de 1986 referido al aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales por la colectividad que

A los fines del control de convencionalidad, interesan las costumbres que nacen en la sociedad, que obligan a los particulares, pero también a las autoridades administrativas y que aun cuando sean vinculantes la autoridad debe inaplicarlas si violan el *corpus iuris* interamericano¹⁴ y al contrario su no aplicación en caso de estar esas costumbres ajustadas a la normativa interamericana, generará una omisión inconvencional.

Determinar la convencionalidad o no de una costumbre vinculante por parte de la autoridad administrativa implica ejercer un control derivado y construido a partir de variadas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que requiere comparar las regulaciones (constitucionales, legales, sublegales o costumbres jurídicas) con los instrumentos internacionales que contemplan derechos humanos.

Para Sagüés (2018) el control de convencionalidad debe entenderse como la página introductoria de la doctrina referida a la constitución convencionalizada, es decir “...la constitución nacional conformada con aquel aparato normativo y conceptual proveniente del derecho internacional de los derechos humanos”¹⁵ y

...conlleva un control destructivo ya que las autoridades internas no deben aplicar la normativa nacional de cualquier jerarquía antinómica tanto al *corpus iuris* interamericano como a las interpretaciones de la CIDH y un

se hará conforme a la costumbre u ordenanza local. En alguna de las normativas y reconocido judicialmente, se establece la prioridad de la costumbre sobre la ley. La autora también relaciona un conjunto de costumbres *extra legem*, algunas conformadas por prácticas administrativas, que se emplean para colmar lagunas aunque el ordenamiento jurídico no lo establezca de forma expresa. *Vid.* Bensusan Martín, <<Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo>>.

¹⁴ Conformado por la Convención Americana, demás Tratados en esta materia, las interpretaciones de la Corte Interamericana, el *ius cogens* delineado en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), esto es, los valores y principios aceptados universalmente y que por ello son derechos y obligaciones exigibles *erga omnes* a todo Estado por el solo hecho de pertenecer a una comunidad civilizada aun cuando no exista un vínculo de carácter convencional. BAZÁN, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá 2014. http://www.kas.de/wf/doc/kas_17183-1442-4-30.pdf?151020194957

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor. *La constitución convencionalizada*. Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la Facultad. Derecho al Día (ed.314), año XVII, (párr.5), 2018. <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-constitucion-convencionalizada/+7348>

control constructivo por el cual los operadores de cada Estado deben adaptar o interpretar el ordenamiento interno de conformidad con los pactos, tratados, convenios y la doctrina de la Corte Interamericana.¹⁶

En la evolución de dicho mecanismo los jueces internos y demás autoridades, al estar regidas por los instrumentos internacionales deben en el ámbito de sus competencias ejercer la convencionalidad, aunque admitir que la inconvencionalidad pueda ser declarada por autoridades administrativas es un tema que aun está en desarrollo.

Algunos autores ven que dicha competencia ni debe ni puede extenderse a cualquier acto gubernativo o administrativo, tampoco puede estar en manos de funcionarios que no sean jurisdiccionales ya que estos son las que detentan la competencia para ejercer el control difuso de la constitucionalidad y por esa misma razón se encuentran habilitados para ejercer el control difuso de convencionalidad garantizando el efecto útil de los tratados por el cual cada juzgador debe velar para que el derecho interno se adecue a aquellos ya sea velando porque se supriman normas o prácticas que impliquen violar las garantías o derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos (hoy en día de todo el corpus iuris interamericano) y adicionalmente sean expedidas las normas y desarrolladas las prácticas que deriven en la observancia efectiva de los mismos.¹⁷

¹⁶ Vid. ÁLVAREZ CHAMOSA, María Lidia (2018), fundamentándose en parte en Sagués. El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la Administración Pública. En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (nº 15), 41. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2019/12/Maria-Lidia-Alvarez-Chamosa-El-control-de-convencionalidad-y-su-ejercicio-por-los-funcionarios-de-la-Administracion-Publica.pdf>

¹⁷ CRUZ, Eto (2019) opina negativamente sobre la extensión de la competencia de control de convencionalidad a todas las autoridades haciendo alusión a la sentencia *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2011 que dictamina dicha extensión. El autor indica que la competencia solo en cabeza de los jueces “*encuentra su peso y sustento en la propia doctrina de la Corte a través del llamado “margen de apreciación nacional”. Con todo, nos parece sumamente peligroso que la Corte IDH auspicie la tesis de extender prerrogativas y competencias a “cualquier autoridad” del Estado. Esta postura puede, paradójicamente, resultar no sólo contraproducente, sino que puede significar una anarquía en los ordenamientos internos de cada Estado, y el remedio, a la postre, puede resultar peor que la enfermedad*”. También alude el autor a *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 2008 para referirse al efecto útil de los tratados. Gerardo Eto Cruz (2019), La autopercepción del Control de Convencionalidad por la propia Corte Interamericana: Breves Apostillas Críticas. En *Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de La Corte Suprema de Justicia de La República Del Perú*, (vol. 9, no. 11) enero-junio, 131. DOI:

La competencia convencional en cabeza de la Administración Pública a modo de control difuso no significa proponer la violación del principio de legalidad, elemento basal del Estado de Derecho sino que debido a que el ordenamiento interno debe ajustarse al interamericano dando cumplimiento a las normativas internacionales garantes de derechos humanos, las autoridades de cada Estado integrante de dicho Sistema deben levantar las barreras, promoviendo y ejecutando las reformas constitucionales, legislativas y reglamentarias requeridas, ya que en el caso específico de la Administración Pública, como señala el profesor Hernández-Mendible, si esta no cuenta con la competencia expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico nacional,

...Estaría impedida de ejercer el referido control difuso de convencionalidad como lo haría un órgano jurisdiccional, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Judicial y por ende en incompetencia manifiesta, lo que de producirse constituiría una expresión de vicio de nulidad absoluta del acto por ella expedido, que hubiese materializado tal declaración de control difuso de convencionalidad.¹⁸

Es crucial que la Administración Pública evite dictar actos fundamentándose en normativas internas transgresoras de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en el entendido que inclusive no dotar a esas autoridades de competencias para ejercer el control difuso de convencionalidad a la luz de la jurisprudencia interamericana, implicaría una omisión contraria al corpus iuris y por ende inconvenional.

Con base a esa competencia, se plantean dos hipótesis sin pretensiones de exhaustividad: 1°. *Casos en los que la autoridad administrativa ejerciendo la autotutela o en virtud de los recursos correspondientes debe decidir la nulidad de actos administrativos con fundamento en costumbres nacidas en el seno social pero que son vinculantes para la Administración Pública;* 2°. *Casos en los que la autoridad administrativa debe desaplicar costumbres nacidas en el grupo social en virtud del control de convencionalidad si se evidencia su contrariedad con el corpus iuris interamericano.*

1°. *Un ejemplo de casos en los que la autoridad administrativa ejerciendo la autotutela o en virtud de los recursos correspondientes debe decidir la nulidad de actos administrativos con fundamento en costumbres nacidas en el seno social pero que son vinculantes para la Administración Pública.*

10.35292/ revista_oficial_poder_judicial.v9i.https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/5/7

¹⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, *El Estado Convencional, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo 2019. 85.

El caso paradigmático es la costumbre indígena que con limitaciones territoriales, materiales, personales no solo genera regulaciones para cada etnia sino que vincula a la Administración Pública.

Son variadas las regulaciones internacionales e internas que protegen, reconocen y establecen como fuente en diversas áreas jurídicas a la costumbre de los pueblos indígenas.

Dentro de las primeras de manera general el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) presenta un claro fundamento de la costumbre como fuente de derecho al señalar que

...No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o **costumbres**, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado (negritas añadidas).¹⁹

Centrándonos en la costumbre indígena, el Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales²⁰ promueve el respeto de las costumbres de parte esa población buscando la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales.

En cuanto a las segundas, es decir las que son dictadas en el ámbito interno de cada país, las Constituciones replican este reconocimiento como se aprecia en Venezuela al establecer el respeto a las tradiciones y costumbres de esos pueblos para la elección de sus diputados a la Asamblea Nacional o de una jurisdicción especial ejercida por las autoridades legítimas de los mismos, como medio alternativo de justicia, con la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes dentro de sus espacios territoriales (hábitat) y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales.²¹

Además, a nivel legislativo existen instrumentos normativos que desarrollan las normas constitucionales o de jerarquía constitucional, definiendo inclusive al derecho originario o consuetudinario indígena como el constituido

¹⁹ Organización de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>, artículo 5.2. En Venezuela este instrumento internacional tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno en la medida en que contenga normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes (Artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Ob.cit.*)

²⁰ *Vid.* Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>, artículo 2.b.

²¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Ob. cit.* Artículos 119, 186 y 260.

...por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, uso y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derecho y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.²²

Regulaciones como las vistas están vigentes en muchos países de allí que para fundamentar que la costumbre –en este caso indígena– es fuente de Derecho Administrativo y que la autoridad administrativa ejerciendo la autotutela debe decidir la nulidad de sus actos con fundamento en costumbres nacidas en el seno social pero que son vinculantes para la Administración Pública traemos a colación una decisión de la Corte de Apelaciones de Guatemala referida a decisiones de la Administración Pública que fueron dejadas sin efecto por contrariar esas costumbres.

Dicha instancia con ocasión de un amparo propuesto por el Procurador de Derechos Humanos (Ombudsman) contra la decisión del Director del Sistema Penitenciario que obligaba a utilizar uniforme color anaranjado a todas las personas reclusas en centros penitenciarios con el consecuencial despojo a las internas de la etnia maya de sus trajes tradicionales, ante los alegatos del Procurador sobre violaciones al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, decidió que

“[U]niformar a reclusos o reclusas que representan al pueblo maya como en el presente caso, constituye una flagrante discriminación y una contravención al artículo 66 de la Constitución Política de la República que reconoce que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígena de ascendencia maya. Que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres y dialectos; por otra parte, no puede aceptarse que en forma arbitraria y sin ninguna base legal ni justificación se pretenda uniformar a miembros de los grupos indígenas de ascendencia maya en un acto que evidentemente constituye una discriminación a estos ciudadanos, sin perjuicio de los hechos por los que están sujetos a los tribunales. Por otra parte, de conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala que señala que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni otra condición que menoscabe su dignidad, toda

²² Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. (2005). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 38.344, diciembre 27, 2005. <http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/leyes-pueblos-indigenas/1329>, artículo 131.

vez que ninguna acción ejecutada en nombre del Estado de Guatemala, como ocurre en este caso, puede fundarse en una acción indigna, de donde deviene procedente el amparo promovido”.²³

Visto lo anterior, una autoridad administrativa en este caso el Director del Sistema Penitenciario de Guatemala debe fundamentar en la costumbre indígena algunas de las regulaciones y anular aquellas que la contraríen con lo cual se convierte en fuente de Derecho Administrativo.

Similar situación se presentaría en Venezuela. Ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 2012 en virtud de un amparo intentado en protección de un niño indígena Warao presentó una serie de consideraciones por las cuales a fin de proteger a las diversas etnias se reconoce el pluralismo jurídico, esto es, la incorporación y coexistencia dentro del Estado de dos sistemas:

...uno de ellos, el positivo creado desde la estructura Estatal –desde arriba hacia abajo por el Estado-, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican –elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas-, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas (véase Bronstein, Arturo. 1999. *Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y los Pueblos Indígenas...*, (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 2012, cap. V, Motivación para decidir, Del Principio Constitucional de Protección a la Diversidad Cultural y el Reconocimiento del Pluralismo Jurídico).²⁴

²³ Sentencia del 30-10-2003 de la Corte de Apelaciones de Guatemala constituida en Tribunal de Amparo, Sala Tercera. Caso: Amparo No. 46-2003 Of. 1 citada por Christian Courtis (2009), Apuntes sobre la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina. En *Revista Internacional de Derechos Humanos*, (10), 53-81 junio 2009. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23739.pdf>. Vid. Organización Internacional del Trabajo (2009). *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos*. Programa para promover el convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia. (2012). *Sentencia de la Sala Constitucional número 3212, expediente número 09-1440, que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, febrero 3, 2012. Recuperado de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/02-3212-2012-09-1440.htm>

Y con fundamento en las instancias de justicia que los pueblos indígenas pueden aplicar en su hábitat acorde a la Constitución, en la misma sentencia se expresa que la armonización de los dos sistemas jurídicos debe seguir las siguientes reglas:

...el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena. (Sentencia 3212 del 2012, capítulo V, Motivación para decidir, Del Principio Constitucional de Protección a la Diversidad Cultural y el Reconocimiento del Pluralismo Jurídico).²⁵

2°. *Un ejemplo de casos en los que la autoridad administrativa debe des-aplicar costumbres nacidas en el grupo social en virtud del control de convencionalidad si se evidencia su contrariedad con el corpus iuris interamericano.*

Una costumbre como la señalada en el apartado anterior no solo puede dar origen a la nulidad de decisiones administrativas que le sean contrarias, sino que además derivaría acorde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el deber de declararla inconvencional por autoridades judiciales y administrativas si viola derechos humanos.

Veamos un ejemplo. En México la Sala Regional electoral de Xalapa, Veracruz, inaplicó por inconstitucional una norma de derecho consuetudinario indígena en la que se establecía que los candidatos a concejales para un determinado ayuntamiento tuvieran para el día de la elección al menos veinticinco años de edad.²⁶

Sobre esta decisión parte de la doctrina consideró que con fundamento en sentencias de la Corte Interamericana (Rosendo Padilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos) además de hacer control de constitucionalidad sobre la normativa electoral también debía efectuarse un test de convencionalidad, controles que recaen sobre las leyes electorales pero también sobre usos y costumbres indígenas que configuran regulaciones aplicables a esta materia.²⁷

²⁵ *Ob. cit.*

²⁶ *Vid.* ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita. El control de convencionalidad y la no aplicación de leyes en materia electoral. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 62, no. 257. 2012. 383-414 UNAM. <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60754/53628>

²⁷ *Ob. cit.*

Para declarar la inconstitucionalidad, la Sala Regional debió interpretar que el derecho consuetudinario conformado por normas, procedimientos y prácticas tradicionales indígenas para elegir a sus autoridades o a sus representantes en los Ayuntamientos estaban comprendidas dentro de la normativa electoral que al igual que las provenientes del Estado tienen por características la generalidad, abstracción e impersonalidad y su finalidad es igual en el sentido de que establecen las bases o proceso por el cual se eligen a quienes deben ocupar determinados cargos públicos por tanto para la procedencia de recursos de reconsideración deben equipararse a las leyes formales porque el derecho indígena emana en principio de sus comunidades y pueblos mediante procedimientos ancestrales aceptados por sus integrantes por tanto al formar parte de la normativa electoral son susceptibles de control. Aunque esta decisión de inconstitucionalidad fue revocada por la Sala Superior no por la imposibilidad de tal control sino porque el derecho consuetudinario inaplicado no violaba ningún derecho humano,²⁸ lo importante es que es tomado como fuente de normativas aplicables a procedimientos administrativos de naturaleza electoral, que como costumbre puede ser declarada inconstitucional y a todo evento inconvencional en caso de violar derechos reconocidos en las regulaciones y decisiones del sistema interamericano.

A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad el pluralismo jurídico deriva en admitir que el Estado no detenta el monopolio de la creación normativa.

De allí que ciertas costumbres que nacen en el seno social son caminos de creación del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sus decisiones en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otra serie de regulaciones, ha ido configurando el control de convencionalidad entre cuyos señalamientos se encuentra que debe ser realizado por toda autoridad pública.

²⁸ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2011). *Sentencia de la Sala Superior no. SUP-REC-0002-2011 del 09-03-2011 sobre recurso de reconsideración intentado por E.M.C contra sentencia del 31-12-2010 dictada por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación correspondiente a la Tercera Circunscripción Plurinominal con sede en Xalapa, Veracruz en los expedientes SX-JDC-398/2010 y acumulados*. Entre otras cuestiones, revocó el acuerdo del Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca que decretó la validez de la elección de Concejales al Ayuntamiento del Municipio de San Jerónimo Sosola, en la referida entidad federativa. <https://www.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/REC/SUP-REC-00002-2011.htm>. *Vid. Elizondo Gasparín. Ob. cit.*

Como indica Sagüés (2015), interesa que la Administración cuente con mecanismos para resolver la violación del *corpus iuris* interamericano, en el entendido que

*...lo que no es admisible es que el Poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley.*²⁹

Cualquiera que sea la fórmula por la cual la Administración Pública ejerza el control de convencionalidad, en el ejercicio de sus competencias las autoridades administrativas deben decidir la desaplicación de normativas, entre ellas las consuetudinarias vinculantes al Estado, que violen el *corpus iuris*.

Y, al contrario, dichas autoridades deben decidir conforme a las costumbres sociales que les sean vinculantes so pena de nulidad de sus decisiones por inconventionales si su no aplicación conculca la normativa interamericana.

BIBLIOGRAFIA

AGUILÓ REGLA, Josep. (2000). Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico). Ariel, S.A. Barcelona 2000.

ÁLVAREZ CHAMOSA, María Lidia. “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la Administración Pública”. En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (n° 15), 2018, 37-61 <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2019/12/Maria-Lidia-Alvarez-Chamosa-El-control-de-convencionalidad-y-su-ejercicio-por-los-funcionarios-de-la-Administracion-Publica.pdf>

ARAUJO JUÁREZ, José. *Derecho administrativo general. Concepto y fuentes*. Paredes II, C.A. Caracas 2012.

BAZÁN, VÍCTOR. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá. 2014. http://www.kas.de/wf/doc/kas_17183-1442-4-30.pdf?151020194957

BENSUSAN MARTÍN, María del Pilar. “Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo”. En *Revista Andaluza de Administración Pública*, (82/2012): 73-117 enero-abril. Universidad de Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012. <https://ws168.juntadeandalucia.es/revistaselectronicas/raap/article/view/931>

²⁹ Sagüés, Néstor, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015, 148, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 2.990 (Extraordinario), julio 26, 1982.

Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 475 (Extraordinario), diciembre 21, 1955.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial 36.860, diciembre 30, 1999. Reimpresa con correcciones en la Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Enmendada el año 2009 Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, 5.908 (Extraordinario), febrero 2, 2009.

COURTIS, Christian. “Apuntes sobre la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”. En *Revista Internacional de Derechos Humanos*, (10), 53-81 junio 2009. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23739.pdf>

ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita. (2012). “El control de convencionalidad y la no aplicación de leyes en materia electoral”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 62, no. 257. 2012. 383-414 UNAM. <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60754/53628>

ETO CRUZ, Gerardo. “La autopercepción del Control de Convencionalidad por la propia Corte Interamericana: Breves Apostillas Críticas”. En *Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de La Corte Suprema de Justicia de La República Del Perú*, vol. 9, no. 11 enero-junio. 2019. 119-178 DOI: 10.35292/revista_oficial_poder_judicial.v9i. <https://revistas.pj.gob.perevista/index.php/ropj/article/view/5/7>

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Atenea, C.A. Caracas 2008.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. *El Estado Convencional, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo 2019.

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. (2005). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 38.344, diciembre 27, 2005. Recuperado de <http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/leyes-pueblos-indigenas/1329>

MORELL OCAÑA, Luis. “La Costumbre y los principios generales en el Derecho Administrativo”. En *Documentación Administrativa* (no. 195): 1982, 21-48. Gobierno de España, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, Instituto Nacional de Administración Pública. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4638/4692>

OLASO, Luis María. *Curso de Introducción al Derecho. Introducción a la Teoría General del Derecho*. T. II. (4ta. ed. 11º reimp.) Colección Cátedra. UCAB: Abediciones. Caracas 2017.

Organización de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

Organización Internacional del Trabajo. Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 1989. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtm>

Organización Internacional del Trabajo (2009). Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos. Programa para promover el convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

OVIEDO ALBÁN, Jorge. Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo. 2001. Recuperado de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html>

PEÑA SOLÍS, José. *Manual de derecho administrativo adaptado a la Constitución de 1999* (Vol.1, 1ra. reimp). Texto, C.A. Caracas 2004.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta, S.A. Madrid 2005.

SAGÜÉS, Néstor. “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015. 141-149 <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

SAGÜÉS, Néstor. (2018). La constitución convencionalizada. Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la Facultad. Derecho al Día (ed.314), año XVII, (párr.5). <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-constitucion-convencionalizada/+7348>

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2011). Sentencia de la Sala Superior no. SUP-REC-0002-2011 del 09-03-2011 sobre recurso de reconsideración intentado por E.M.C contra sentencia del 31-12-2010 dictada por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación correspondiente a la Tercera Circunscripción Plurinominal con sede en Xalapa, Veracruz en los expedientes SX-JDC-398/2010 y acumulados. <https://www.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/REC/SUP-REC-00002-2011.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. (2012). Sentencia de la Sala Constitucional número 3212, expediente número 09-1440, que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, febrero 3, 2012. Recuperado de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/02-3212-2012-09-1440.html>

IV

DERECHO MUNICIPAL

ALGO SOBRE LOS ORÍGENES DEL MUNICIPIO EN LA AMÉRICA HISPANA, CON PARTICULAR REFERENCIA A VENEZUELA (1811)

Allan R. BREWER-CARÍAS

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

La América Hispana, como conjunto de naciones, no es otra cosa que el resultado final de un descomunal proceso de ocupación y municipalización sistemática del extenso territorio que va desde San Agustín en La Florida hasta las tierras australes; proceso que no tiene parangón en la historia de la Humanidad.

Dicho proceso fue desarrollado por la Corona Española a partir del siglo XVI, para ir organizando la ocupación del enorme Continente que fueron descubriendo sus Adelantados, mediante la fundación de innumerables pueblos, villas y ciudades, en un proceso guiado por estrictas normas jurídicas que se fueron dictando para las Indias (las que conformaron el derecho indiano), cuyo cumplimiento explica la pasmosa regularidad y orden urbano que caracterizó el proceso de poblamiento de América.¹

Y decimos que fue un proceso de “municipalización” del territorio, partiendo de la propia etimología de la propia palabra “municipio” que viene del latín: *Municipium*, como palabra compuesta de *munus*, *muneris* (cargo, oficio, deber, obligación), y el verbo *capió*, *capere* (tomar, coger, recibir); y que iden-

¹ Sobre este proceso véanse nuestros trabajos: BREWER-CARÍAS, Allan R. *El modelo urbano de ciudad colonial y su implantación en Hispanoamérica*, Serie Derecho Urbanístico No. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, 133 pp. El texto de ese curso, por otra parte, estuvo íntegramente basado en mi libro *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) (Una historia del poblamiento de la América colonial a través de la fundación ordenada de ciudades)*, 1ª edición, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997; 2ª edición ampliada: Editorial Critería, Caracas 2006, 545 pp., ilustrada con 636 planos antiguos y recientes; Reimpresión de la 2ª edición: Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid 2008, 545 pp.

tifica en general a una comunidad política local o *comune*, establecida en un territorio (término municipal), con una población (vecinos) y regida por autoridades propias (municipes, ediles), designadas o electas, que tenían la obligación política de servir a la misma en los cargos.

La América, por tanto, se conformó a través de la fundación de ciudades, lo que implicó siempre la creación de municipios; y los países hispanoamericanos surgieron de la agrupación de las antiguas Provincias coloniales, que a su vez agruparon Municipios.

El derecho aplicable a ese proceso de creación de ciudades y de “municipalización” del territorio en América fue el derecho castellano, que era el que regía en el reino de Castilla, y que imponía a los Adelantados la obligación de fundar pueblos para que se materializara la incorporación de las tierras descubiertas a la Corona. Conforme al *Código de las Siete Partidas* (1348), en efecto, las nuevas tierras descubiertas correspondían “a aquél que las poblara primeramente;” quien además, lo debía hacer mediante un acto formal (*ad solemnitatem*) de creación que tenía efectos jurídicos importantísimos, por lo que debía siempre quedar formalizado en acta levantada por escribano, en la cual entre otros aspectos, debía quedar registrada la demarcación del territorio de la *civitas*, la designación de las nuevas autoridades de la misma, y el repartimiento de las tierras a los vecinos; con lo cual el pueblo adquiría existencia legal.

El *Código de las Siete Partidas*, que era el cuerpo jurídico básico del derecho castellano, en efecto definía el proceso de poblar o de establecer un pueblo, como el asentar o reunir hombres mayores, medianos y menores en forma comunal (*Partida 7, Título 1º, Ley 1*), en un territorio o lugar edificado y generalmente cercado (*Partida 7, Título 33, Ley 6*), sometido a autoridades y leyes. Por ello, el pueblo era una “república” en el sentido referido por Marco Tulio Cicerón (54 A.C.), cuando señalaba que “República es cosa del pueblo; pueblo no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con el objeto de utilidad común” (*Tratado de la Republica*); o una *civitas*, como Aristóteles (347 A.C.) la definía, como agrupación de hombres establecida en un lugar para su común beneficio y sometidos a leyes comunes (*La Política, Libro Primero, Capítulo Primero*); considerada por Isidoro de Sevilla (Siglo VII) también, como un número de hombres juntados por un lazo social (*Ethymologiae*).

Por ello es que decimos que América, y los países del Continente, en definitiva, surgieron de la municipalización del territorio con los pueblos y ciudades que se fundaron. Ese proceso de municipalización, y la forma urbana utilizada para el diseño de la ciudad colonial fue, sin duda, la gran creación y legado cultural urbano español en el Nuevo Continente, materializada en un trazado regular, que se hacía partiendo del establecimiento de una plaza mayor o central dispuesta a cordel y regla, de la cual paulatinamente fueron saliendo las calles trazadas en línea recta, formando una trama urbana en manzanas o cuadras generalmente iguales (como un damero), tal y como todavía hoy se aprecia en todos los centros o cascos históricos de los pueblos y ciudades latinoamericana-

nas. Ese no había sido en general el modelo urbano desarrollado en la Península; sino que fue diseñado por España para la ocupación territorial de América.

Lo importante, en todo caso, de esa increíble empresa urbana y de municipalización territorial tan extendida, es que fue un proceso “ordenado” en el sentido de que no sólo fue realizada en acatamiento a precisas normas jurídicas que al efecto se fueron dictando por la Corona, relativas al acto fundacional mismo, a la definición del territorio de la población, a la repartición de solares entre los vecinos, y a la designación de autoridades del municipio (regidores y corregidores), sino que fue “ordenado” en cuanto a la adopción de una sola forma urbana reticular para las ciudades, que se repitió regularmente, y que es la que caracteriza a todas las ciudades del Continente, la cual no existía, salvo algunas excepciones, en las ciudades de la Península que generalmente tenían y tienen una trama urbana irregular e intrincada.

En ese proceso, por tanto, nada quedó al azar o a la sola experiencia o criterio de los adelantados y pobladores, de manera que incluso en sus inicios, cuando el proceso del descubrimiento, conquista y colonización de la América hispana se desarrolló por iniciativas privadas, conforme Capitulaciones que fueron otorgadas por los monarcas a los Adelantados, en cuanto al proceso de poblamiento del territorio, el mismo obedeció siempre a una política centralizada, trazada desde la Corona, y que se plasmó paulatinamente en Ordenanzas, Instrucciones y Reales Providencias dictadas especialmente para la empresa americana, para asegurar, jurídicamente, mediante el poblamiento, que las nuevas tierras descubiertas en las Indias se incorporaran a la Corona de Castilla.

Esa fue, precisamente, una de las diferencias esenciales que existió entre los procesos colonizadores español e inglés en América, iniciado el último, 100 años después del primero. Si bien ambos estuvieron a cargo de particulares que obtuvieron una concesión real a su propio riesgo y ventura, en el caso de la conquista y colonización española el proceso fue muy rápidamente ordenado por la Metrópoli, enmarcándolo en normas jurídicas que evidenciaron una deliberada política del Estado español, que fue lo que dio origen al “derecho indiano,” es decir, a un cuerpo de leyes dictadas por la Corona especialmente para las Indias. Ese ordenamiento es el que explica cómo en la América Hispánica, a diferencia de Norte América, se estableció una organización política territorial racional y jerarquizada para el gobierno interno en el Nuevo Mundo, compuesta por Virreinos, Audiencias, Capitanías Generales, Provincias y Municipios (esquema que ni siquiera existió así de completo en la propia Península), con autoridades propias, estando las últimas a cargo de Gobernadores, Corregidores y Cabildos o Ayuntamientos.

La colonización fue, por tanto, para el conquistador en América, un proceso de fundación de pueblos, villas o ciudades, realizado formalmente mediante acta auténtica, los cuales no surgieron simplemente del establecimiento o asentamiento de campamentos, aldeas, rancherías o embarcaderos; al punto de que si no se fundaban formalmente pueblos, se consideraba que no había legalmente conquista. Así lo diría el cronista y capellán de Hernán Cortés, Francisco

López de Gomara (1511-1564) en su *Historia General de las Indias y vida de Hernán Cortés*, al comentar el fracaso de la expedición de Pánfilo de Narváez en la Florida: “Quien no poblare no hará buena conquista, y no conquistando la tierra no se convertirá la gente, así que la máxima del conquistador ha de ser poblar” (Capítulo XLVI).

Por ello, la fundación de pueblos o “municipios” en América, en los términos formales y jurídicos indicados, fue la acción más importante del proceso de conquista, por lo que para poder fundar pueblos era indispensable tener licencia de la Corona o de los adelantados, lo que implicaba que fundar pueblos sin licencia constituía un delito grave, que incluso acarreaba la pena de muerte. La fundación de un pueblo, en efecto, le daba a las nuevas autoridades designadas por el adelantado, el gobierno respecto de un territorio descubierto, lo que implicaba una limitación al eventual derecho al territorio que pudieran reclamar otros adelantados, quienes debían considerar que por el hecho de la existencia de una población, ya la tierra estaba conquistada bajo una determinada jurisdicción.

Este singular proceso de poblamiento en América, que no es otra cosa que el proceso de municipalización del Continente, es el que queremos analizar en esta aproximación histórica sobre los orígenes del derecho municipal en la América hispana, la cual hemos dividido en las siguientes siete partes: (i) Las Capitulaciones de conquista y poblamiento y la Provincia como base de la organización territorial de Las Indias; (ii) La obligación de los Adelantados de organizar el gobierno municipal; (iii) La municipalidad en el derecho indiano; (iv) Los cambios en el régimen municipal por la influencia de la revolución francesa; (v) Algunos principios del régimen municipal derivados de la revolución francesa; (vi) Los principios del régimen municipal napoleónico y sus repercusiones en España y en Iberoamérica; (vii) El régimen municipal en la primera Constitución de la América Hispana: la Constitución Federal para las Provincias de Venezuela de 1811.

I. LAS CAPITULACIONES DE CONQUISTA Y POBLAMIENTO Y LA PROVINCIA COMO BASE DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LAS INDIAS

La ordenación del proceso de poblamiento de América por la Corona española dio origen progresivamente al diseño de una forma particular de organización del territorio descubierto para su gobierno, que puede decirse que sólo se aplicó en el Nuevo Mundo, pues fue establecido particularmente para América, y sin la cual, por supuesto, la Corona no habría podido manejar centralizadamente los asuntos de las Indias. La institución territorial de gobierno primaria para tales efectos fue la provincia, montada sobre las villas y ciudades fundadas, las cuales luego fueron integradas a los efectos de gobierno en los Virreinos y Capitanías generales; e incorporadas a los efectos legislativos y judiciales en Audiencias

Las Provincias se configuraron, así, como la estructura territorial básica para lo militar, la administración y el gobierno y la administración de justicia en los territorios de ultramar, girando en torno a una ciudad, que con sus autoridades locales (Ayuntamiento o Cabildo) hacía de cabeza de misma. Se trató, en definitiva, de una institución territorial creada y desarrollada por la monarquía española especialmente para el gobierno y la administración de los territorios de América, no existiendo en la Península una institución territorial similar; no teniendo entonces el término mismo en la Metrópoli, ni siquiera un significado definido.

En América era la circunscripción territorial básica donde ejercía su autoridad un adelantado al inicio de la labor descubridora y de conquista, y luego un gobernador. El gobernador ejercía el poder militar, por que era capitán general y, además, tenía a su cargo las funciones administrativas, de gobierno y de administración de justicia.

Estas Provincias, como circunscripciones territoriales, tuvieron diversas formas de creación en el tiempo. Inicialmente surgieron de las *Capitulaciones*, es decir, de los títulos otorgados por el monarca al jefe de una expedición proyectada, en las cuales se indicaban los derechos que la Corona se reservaba, así como los privilegios que se concedían a los participantes en la empresa descubridora. En ellas, al jefe de la expedición se le otorgaba el título de *adelantado*, con carácter vitalicio o hereditario y con amplísimos poderes militares, de administración y de gobierno. Posteriormente, fueron creados por la Corona por Reales Cédulas.

Los territorios de las provincias, sólo se irían conformando progresivamente conforme avanzara el proceso de poblamiento de acuerdo con la penetración que se hiciera en el territorio. El gobierno de cada adelantado y su provincia, por tanto, llegaba hasta los términos de lo que poblara, es decir, hasta donde fundara pueblos, villas o ciudades juntando españoles o indios en un sitio escogido y designando sus autoridades locales.

Conforme el proceso de colonización fue avanzando, las Provincias se fueron clasificando según su importancia político-territorial en dos categorías: las Provincias mayores, que eran aquellas en cuyos territorios se encontraban las sedes de las Audiencias, institución que presidía el respectivo gobernador; las Provincias menores, las cuales se encontraban más alejadas de la sede de aquellas, pero cuyo gobierno también estaba a cargo de sus respectivos gobernadores. Además, en otros casos, se establecieron Corregimientos y Alcaldías Mayores en territorios o ciudades, respectivamente, que también se encontraban alejados de las Provincias mayores, pero en los cuales no se consideraba necesario establecer una cabeza de Provincia ni un gobernador, sino un corregidor, generalmente para continuar la avanzada.

La importancia de la institución de la provincia, históricamente, además, es que fue la organización territorial que en definitiva dio origen a los países latinoamericanos.

II. LA OBLIGACIÓN DE LOS ADELANTADOS DE ORGANIZAR EL GOBIERNO MUNICIPAL

Desde el mismo inicio del proceso de conquista y dada la importancia jurídica de fundar ciudades o *civitas* en los espacios ocupados para la determinación del área de las gobernaciones de los adelantados, la Corona no sólo comenzó a idear el modelo urbano que debía implantarse, con orden, y a instruir a los conquistadores sobre la forma y el orden que se debía tener en el proceso de fundación de las mismas, tanto desde el punto de vista de la escogencia de los lugares y sitios adecuados, como desde el punto de vista de su diseño urbano regular; sino que también comenzó a girar directrices para la conformación del gobierno municipal en las ciudades fundadas.

Todo ello se plasmó en Instrucciones dadas a los adelantados que comenzaron con las formuladas con cierta precisión a partir de 1513, con motivo de la expedición comandada por Pedrarias Dávila para la conquista de la Provincia de Castilla del Oro, y que culminaron con las *Ordenanzas sobre descubrimiento y población* otorgadas por Felipe II en 1573. Entre esas Instrucciones se destacan la *Instrucción dada por el Rey á Pedrarias Dávila, para su viaje a la Provincia de Castilla del Oro que iba á poblar y pacificar con la gente que llevaba*, en Valladolid, el 2 de agosto de 1513 (*Instrucción de 1513*); la *Real Cédula de Población otorgada a los que hicieran Descubrimientos en Tierra Firme de 1521 (Instrucción de 1521)*; la *Instrucción para la población de la Nueva España, conversión de indios y organización del país*, dada a Hernán Cortés al ser designado como gobernador y capitán general de Nueva España; en todas las cuales y se formularon el conjunto de ordenes y normas en materia de fundación de pueblos y ciudades, que fueron el origen del proceso de formulación jurídica del poblamiento lo que, en aproximaciones sucesivas, culminaría con las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de Felipe II de 1573.

Como la fundación de los pueblos exigía por sobre todo el establecimiento de una organización municipal para atender el gobierno de los mismos, en las Instrucciones se comenzaron a establecer normas para ello. Es decir, fundar un pueblo era, en definitiva, como se ha dicho, establecer una *civitas* o una república, lo que exigía una organización política local que rigiera y gobernara la comunidad respectiva que se asentaba en un determinado territorio. Un pueblo, por tanto, no sólo era una planta física, sino gente asentada, juntada, reunida o reducida en el lugar, y unas autoridades y leyes que rigieran la vida comunitaria. Si faltaba uno de esos elementos, puede decirse que, conforme a la legislación colonial americana, no existía un pueblo, una villa o una ciudad.

Por ello, en cuanto a las autoridades locales en la *Instrucción de 1531* se decía:

“y en tanto que non ficiéremos merced de los oficios de regimiento perpetuos, habéis de mandar que en cada pueblo los elijan entre si por un año, e vos le confirmad siendo personas hábiles para regir”.

Se destaca el principio electivo, por un año, que inicialmente se aplicó para la designación de los regidores.

En la *Instrucción* de 1521 también se reguló lo concerniente a la administración de las ciudades, así:

“Y en tanto que no hiziéremos merced de los oficios del regimiento perpetuos, habéis de mandar que en cada pueblo los elijan entre si, por un año, siendo personas hábiles para regir”.

En esta *Instrucción* también se regulaba lo siguiente sobre el nombramiento de autoridades:

“Y en tanto que, nos, hiciéremos merced de los oficios de regimiento perpetuo y otra cosa mandamos proveer, habéis de mandar que en cada pueblo de la dicha nuestra gobernación, elijan entre si para un año para cada uno de los dichos oficios, tres personas, y de estas tres, vos con los dichos nuestros oficiales tomaréis una, la que más hábil o mejor os pareciere que sea, cual conviene”.

Pro fue en las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de Felipe II de 1573, como culminación del proceso de ordenación del proceso de poblamiento, donde se establecieron diversas normas fundamentales sobre la organización política de las ciudades y pueblos y sobre el gobierno municipal.

En las mismas, en efecto, se dispuso que una vez fijados los lugares en que se habrían de fundar las nuevas poblaciones, el gobernador de la provincia que confinare con dicho territorio se ocuparía de extender los títulos de ciudad, villa o lugar, según el caso; y a continuación debía designar el consejo, y los oficiales.

En caso de tratarse de ciudad metropolitana, debía de contar con un juez que ostentaría el nombre y título de adelantado, gobernador, alcalde mayor, corregidor o alcalde ordinario, con jurisdicción *in solidum*. Además, junto con el regimiento debían compartir la administración: tres oficiales de la hacienda real; doce regidores; dos fieles ejecutores; dos jurados de cada parroquia; un procurador general; un mayordomo; un escribano de consejo; dos escribanos públicos; uno de minas y registros; un pregonero mayor; un corregidor de lonja y dos porteros.

Si en vez de ciudad metropolitana, se tratase de ciudad sufragánea o diocesana, entonces el gobierno se debía componer de ocho regidores y los demás oficiales perpetuos.

En caso de tratarse de villa o lugar, la administración debía quedar a cargo de un alcalde ordinario; cuatro regidores; un alguacil; un escribano de consejo y público, y un mayordomo. (Art. 43).

En todo caso, para la organización del gobierno de la ciudad, se autorizaba a los Adelantados o descubridores a

“hacer ordenanzas para la gobernación de la tierra, y labor de las minas con que no sean contra derecho y lo que por Nos esta ordenado” (Art.66).

Las ordenanzas así dictadas debían confirmarse dentro de un término de dos años por el respectivo Cabildo de la ciudad.

Una vez que hubiera quedado integrado el consejo y los otros cargos, el gobernador debía encargarse a una ciudad, villa o lugar de su jurisdicción, que sacase de ahí una república formada por vía de colonia. Para ello, la justicia y regimiento debían inscribir, ante escribano, a todas las personas que quisieren ir a la nueva población, aceptando a todos aquellos que estuvieren casados, o que fueren hijos o descendientes de los primeros pobladores de ese lugar, siempre que se tratase de personas que no tuvieran solares ni tierras de pasto o labor, para que de esa manera no se corriera peligro de dejar despoblado el lugar. (Art. 44 y 45).

Una vez integrado el número de los que se necesitaban para la nueva población, entre ellos se debía proceder a escoger a las justicias y al regimiento. Estas nuevas autoridades se debían encargarse de que cada uno de los nuevos pobladores manifestare y registrare el caudal con el cual pensaban cooperar para realizar la nueva población, ya que de acuerdo a lo que cada uno hubiere aportado, en la misma medida, le serían señalados repartimientos y solares, tierras de pasto y labor, así como indios a quienes debían de mantener y dar pertrechos suficientes para poblar, labrar y criar. (Arts. 46 y 47).

Los oficiales debían ir asalariados del erario público; en tanto que los nobles debían llevar a su propia costa a los labradores, con obligación de mantenerlos y dar tierras para labranza y crianza. Los labradores, a su vez, debían retribuir a los nobles con los frutos que obtuvieran (Arts. 48 y 49).

A esas nuevas poblaciones también se autorizaba llevar indios, siempre que fuera por su propia voluntad, y que no fueran de los que tenían casa y tierras para que no se despoblare, ni fueran de los indios dados en repartimiento a los españoles, para no afectar a los encomenderos, a menos que sobraren por no tener que labrar, siempre que el propio encomendero les hubiere dado su consentimiento. (Art. 50).

Para el caso de que no se encontrare de dónde sacar colonos para la nueva población, el Consejo podía autorizar que éstos fueran llevados de la península. (Art. 51).

Por otra [parte, casi una tercera parte de los artículos de la Ordenanza se destinaban a regular lo relativo a estas poblaciones formadas por particulares con carácter de adelantado, alcalde mayor o corregidor, lo que corrobora que éstas representaban los casos más frecuentes de poblaciones en las Indias. Se estableció, en efecto que en el caso de que ni en las Indias ni en la península se encontraren sujetos suficientes para ir a hacer la nueva población, se debía contratar con particulares (en eso consistieron las Capitulaciones) que se ofrecieran a realizar la población, concediéndoles a cambio, según el caso, títulos de adelantado, alcalde mayor, corregidor o alcalde ordinario. (Art. 52).

El título de Adelantado se concedía al particular que se obligaba, en un cierto plazo, a eregir, fundar, edificar y poblar por lo menos tres ciudades, una provincial y dos sufragáneas (Art. 53). El título de alcalde mayor se otorgaba a quien se comprometiera lo mismo que el Adelantado, pero limitándose sólo a una ciudad diocesana y dos sufragáneas. (Art. 54). El título de Corregidor se otorgaba a quien sólo se obligaba con una ciudad sufragánea, y los lugares con su jurisdicción que bastaren para la labranza y crianza de los términos de la ciudad. (Art. 55).

Se destaca, por otra parte, lo dispuesto en la *Instrucción de 1523* dada a Hernán Cortés, cuando se comenzó a prestar atención a los pueblos existentes, reconociéndose la realidad del mundo azteca en el sentido de que había muchos indios congregados en pueblos, por lo que se instruía que debía procurarse mantenerlos y conservarlos con su propia organización, así:

“2. Asimismo, por las dichas causas parece que dichos indios tienen mucha razón, para vivir política y ordenadamente en sus pueblos que ellos tienen, habéis de trabajar, como lo hagan así y preserven en ello, poniéndolos en buenas costumbres y toda buena orden de vivir.”

Esta circunstancia de que en la Nueva España los indios estaban habituados a la vida urbana, hizo que el desarrollo de los pueblos de indios se hiciera en forma distinta a las reducciones que se desarrollaron en las islas antillanas o en otras partes de Tierra Firme, por ejemplo, donde la población indígena estaba dispersa. Por ello, muchas ciudades españolas en Nueva España se establecieron sobre lo que eran ciudades indígenas, como fue el caso de Cholula.

III. LA MUNICIPALIDAD EN EL DERECHO INDIANO

De lo establecido particularmente en las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de 1573, puede decirse que en materia municipal, como en todo el orden jurídico y político del Estado, las instituciones españolas medioevales, particularmente las del Reino de Castilla cuyo derecho rigió en América, no fueron sin embargo trasladadas al Continente americano tal cual funcionaban en la Península, Todas, incluyendo el mismo *corpus juris* de castilla, sufrieron de un proceso de adaptación que fue configurando el derecho indiano, es decir, el derecho español para las Indias, mediante aproximaciones sucesivas a se fueron produciendo a través de las Instrucciones que se fueron dando a los Adelantados y Gobernadores con motivo de cada empresa de descubrimiento y población, y luego, por mediante Reales Cédulas, Órdenes y Ordenanzas, como precisamente las dadas por Felipe II en 1573.

El contenido de las mismas fue luego recogido e incorporado al texto de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* (Libro IV, Títulos I-VII), mandada a imprimir y publicar por el Rey Carlos II en 1680, que fue el cuerpo

jurídico más importante del derecho indiano y que rigió hasta después de la Independencia de los países americanos.²

En toda la organización recogida en las mismas, las figuras claves eran los vecinos y el Consejo o cabildo que era la instancia que detentaba el poder. Los vecinos eran los pobladores que debía inscribirse siempre en el libro correspondiente que existía en todos los concejos o ayuntamientos, y que le permitía ejercer los derechos vecinales, como elegir o ejercer cargo público municipal, y poder participar en los cabildos. Estos, por su parte, eran las instancias a través de las cuales el Gobernador llevaba la administración y gobierno de la provincia, además de la impartición de justicia. En esta organización municipal, en efecto, los Alcaldes ordinarios ejercían funciones judiciales, en primera instancia en cuanto a la jurisdicción ordinaria, tanto civil como criminal. Los Regidores, por su lado, eran más bien funcionarios administrativos, con atribuciones en materia de policía, al igual que los Alguaciles Mayores, que tenían las atribuciones de orden público.³

Para cuando se publicó la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias* en 1680, la estructura territorial para la ordenación política en América se resumió en la siguiente forma:

“Para mejor, y más fácil gobierno de las Indias Occidentales, están divididos aquellos Reynos y Señoríos en *Provincias* mayores y menores, señalando las mayores, que incluyan otras muchas por distritos a nuestras Audiencias Reales: proveyendo en las menores Gobernaciones particulares, que por estar más distantes de las Audiencias, las rijan y gobiernen en paz y justicia: y en otras partes, donde por la calidad de la tierra, y disposición de los lugares no ha parecido necesario, ni conveniente hacer Cabeza de Provincia, ni proveer en ella Gobernador, se han puesto Corregidores y Alcaldes mayores para el gobierno de las Ciudades y sus Partidos, y lo mismo se ha observado respecto de los pueblos principales de Indios, que son Cabeceras de otros”.

La *Recopilación* consideraba, además, que “la distinción de los términos y territorios de las Provincias”, era “uno de los medios con que más se facilita el buen gobierno”. En esta forma, la organización política del Imperio español en el territorio americano que recogía la *Recopilación de Leyes* en 1680, y que se había ido conformando durante casi dos siglos, estaba montada sobre una unidad territorial básica, que era de carácter municipal, que fue la *Provincia*, que

² Véase sobre el contenido y significado de las Ordenanzas lo que hemos expuesto en BREWER-CARÍAS, 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) (Una historia del poblamiento de la América colonial a través de la fundación ordenada de ciudades)*, Editorial Critería, Caracas 2006; Segunda Edición, Editorial Jurídica Venezolana, 2018.

³ Véase ORDUÑA, Enrique, *Municipios y Provincias*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2003, Capítulo 7 (El Municipio en América), pp. 199 ss.

era la circunscripción territorial donde ejercía su autoridad un Gobernador. Este ejercía el poder militar, razón por la cual era Capitán General y, además, tenía a su cargo las funciones administrativas, de gobierno municipal, y de administración de justicia.

Conforme el proceso de colonización fue avanzando, como se dijo, las Provincias se fueron clasificando según su importancia político-territorial, en dos categorías: las Provincias mayores, que eran aquellas en cuyos territorios se encontraban las sedes de las Audiencias, institución que presidía el respectivo Gobernador; las Provincias menores, las cuales se encontraban más alejadas de la sede de aquellas, pero cuyo gobierno también estaba a cargo de sus respectivos Gobernadores. Además, en otros casos, se establecieron Corregimientos y Alcaldías Mayores en territorios o ciudades, respectivamente, que también se encontraban alejados de las Provincias mayores, pero en los cuales no se consideraba necesario establecer una cabeza de Provincia ni un gobernador, sino un corregidor, generalmente para continuar la avanzada.

El Gobernador y Capitán General o el Gobernador, según el caso, tenía su sede en la ciudad cabeza de Provincia, la cual generalmente le daba el nombre a ésta, y que como núcleo urbano siempre jugó un papel protagónico. Las autoridades de las ciudades eran los Alcaldes (Alcaldes Mayores u Ordinario según la importancia de la villa, metropolitana o no) y los Regidores que se reunían en Ayuntamiento o Concejo, presidido por el Gobernador de Provincia y bajo su autoridad. En los casos de ciudades en las que, por la disposición de los lugares o la calidad de la tierra, no resultaba conveniente establecer una Provincia, y en los casos de pueblos de indios, la autoridad sobre éstas se atribuía a un Corregidor o Alcalde Mayor.

En este esquema territorial, los municipios o municipalidades se configuraron en torno a los Cabildo o Ayuntamiento que tenían que existir en las ciudades cabeza de Provincia, presididos por el Gobernador, todos los cuales por la lejanía respecto de la Península, fueron adquiriendo progresivamente un importante grado de autonomía, llegando incluso progresivamente a asumir incluso el gobierno interino de las Provincias ante la falta de los Gobernadores, con poder para designar a los Gobernadores en forma interina. Ese privilegio, por ejemplo, lo reclamaron los cabildantes en Santa Ana de Coro, la primera ciudad fundada en la Provincia de Venezuela en 1528 a la muerte del Gobernador Ambrosio Alfínguez en 1533, y fue ejercida sucesivamente por los Cabildos provinciales durante todo el período colonial, confirmada por Real Cédula 1560 y luego por otra Real Cédula de 1676.⁴

⁴ El privilegio sólo lo perdieron los Cabildos a partir de 1737. Véase GABALDÓN MÁRQUEZ, Joaquín, *El Municipio, Raíz de la República*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1977, pp. 73-110; 125-169.

Los Cabildos eran, además, sede de una importante fase del sistema judicial, al corresponder a los Alcaldes la administración de la justicia en el ámbito local. No es de extrañar, entonces, porqué fueron los Cabildos coloniales los que hicieron la Independencia.

En la época colonial, por tanto, como se puede apreciar de lo anteriormente expuesto del régimen municipal resultante del poblamiento, y dejando aparte la figura de los Virreyes en las escasas ciudades donde existían (México, Santa Fe, Buenos Aires), la institución de gobierno y justicia más importante y con mayor arraigo en todo el territorio americano, era el Municipio. Esa, sin embargo, no era la situación en la península, donde el municipio no tenía por supuesto el protagonismo que tenía en América.

IV. LOS CAMBIOS EN EL RÉGIMEN MUNICIPAL POR LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

El régimen municipal indiano de América, así como el propio régimen municipal del propio Reino de España, en todo caso, comenzaría a cambiar a partir de comienzos del siglo XIX, por las influencias de los principios del constitucionalismo moderno derivados de la Revolución norteamericana y de la Revolución francesa, en un proceso que se desarrolló, en paralelo, en España a partir de la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812, y en América Hispánica a partir de 1811 con la independencia de las antiguas colonias; al punto de que puede decirse que el municipalismo americano moderno no se conformó siguiendo los principios que se desarrollaron en la Península.

Algo adicional hay que mencionar sobre este particularismo es que las entidades que inician la Revolución hispanoamericana fueron precisamente los Ayuntamientos o Cabildos metropolitanos, como sucedió en Caracas en 1810, donde el Cabildo metropolitano estaba presidido por el Gobernador y Capitán General, el cual, con la revolución, se transformó en la Junta Suprema de gobierno provincial. Fueron luego esos mismos antiguos Cabildos transformados en Colegios Electorales o Legislaturas provinciales, las que sancionaron la primera Constitución de la América Hispánica, antes de que se sancionara la Constitución de Cádiz de 1812, que fue la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de diciembre de 1811.

Se trataba, en todo caso, entonces, de unos Cabildos o Ayuntamientos con ámbitos territoriales municipales enormes, en muchos casos coincidentes con el de las mismas antiguas Provincias, por lo que la autonomía fáctica de la que gozaban en la Colonia por la lejanía respecto de las autoridades de la Península, rápidamente pasó a ser una autonomía local, pero básicamente de las Provincias cuyos ámbitos territoriales de jurisdicción eran muy extensos, lo que explica la adopción rápida del modelo federal en la organización constitucional de algunos de los nacientes Estados. Al inicio, fue el caso de las provincias de Venezuela o en la Nueva Granada, pero no por simple copia de la

Constitución norteamericana, sino porque era el modelo que más se adaptaba a la realidad que provenía de la Colonia.⁵

Por ello, el Municipio colonial comenzó a ser cambiado, precisamente con motivo de la independencia, habiendo contribuido a ello las influencias recibidas de las reformas que ya se habían desarrollado tanto en Norteamérica como en Francia, con motivo de las Revoluciones Norteamericana y Francesa, pero con un desarrollo paralelo basado en una diferencia fundamental inicial que fue que desde el inicio, a comienzos del siglo XIX, el municipio como unidad política primaria se ubicó en Estados Unidos en cada ciudad y pueblo y en Europa en cuanta aldea, burgo, pueblo, villa y ciudad que existía, bien cerca del ciudadano; y en cambio, en América Hispánica, el municipio colonial que traspasó las batallas de la Independencia, continuó ubicado tal como se lo había creado, en el nivel territorial de las antiguas Provincias coloniales, bien lejos del ciudadano. En los primeros, la participación política es tan cotidiana en las cosas pequeñas que es imperceptible; en los segundos, simplemente no hay participación alguna o hay muy poca

Así, en efecto, en La América Hispánica las antiguas Provincias-Municipalidades, sus Gobernadores y Cabildos comenzaron a configurarse como parte de las nuevas autoridades provinciales, con sus Gobernadores y Legislaturas provinciales, con elementos del federalismo, ubicados en los mismos amplios ámbitos territoriales superiores de las Provincias; y a la vez, se comenzó en paralelo, en un proceso de aproximaciones sucesivas, a diseñar una organización territorial propia, de menor ámbito territorial para las ciudades, de orden administrativo, de la cual se fueron eliminando las antiguas funciones judiciales que pasaron a un Poder judicial independiente. Los Alcaldes, así pasaron de ser jueces, a ser administradores de las ciudades con poderes de policía. En ese proceso, por ejemplo, al inicio del proceso de independencia en las Provincias de Venezuela en 1811, fue evidente la influencia francesa de la reforma municipal que había sido recién implementada por la Revolución, antes de que repercutiera también, luego, a partir de en 1812 en la propia España.

En efecto, como es sabido, el régimen político del Antiguo Régimen en Francia y, en general en Europa antes de la Revolución, era altamente centralizado, sin que existieran efectivos poderes locales, salvo los que fueran establecidos por fueros o privilegios territoriales. Los Intendentes eran la fuente única de poder en las Provincias de Francia, y las autoridades locales que podía haber, eran delegados del Intendente, sometidos a su control. No existía, por tanto, un poder municipal ni nada que se le pareciera.

⁵ Véase RACHADELL, Manuel, "Influencia hispánica en la adopción del federalismo en Venezuela," en *Revista de Derecho Público*, No. 121, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2010, pp. 7 y ss.; VILLEGAS MORENO, José Luis, *Doscientos Años de Municipalismo*, Universidad Católica del Táchira, FUNEDA, Caracas 2010, pp. 28 y ss.

V. ALGUNOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN MUNICIPAL DERIVADOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

1. *El principio de la igualdad y la uniformización del régimen municipal*

Uno de los principios esenciales del proceso de la Revolución Francesa, que influyó en la conformación del régimen municipal, fue el principio de la igualdad, la madre de todos los principios del Estado moderno, esencia misma de los derechos humanos y fundamento del principio de legalidad, en el cual la igualdad ante la ley tiene primacía, de manera que lo que hace iguales a los hombres es el sometimiento a la ley. Es el origen mismo de la Administración Pública, la cual, como hace décadas Eduardo García de Enterría lo analizó magistralmente, al estar sometida a la ley es igual para todos sin privilegios y sin sociedades intermedias estamentales o poderes secundarios, a los cuales precisamente sustituyó tanto la estructura de la Administración centralizada como local para garantizar la libertad y la misma igualdad.⁶

En cuanto a los municipios, la creación de los mismos en forma uniformes en todo el territorio de Francia, condujo a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales. Como lo observó De Tocqueville, producto de la Revolución: “las instituciones deben ser las mismas para todas las partes del territorio y para todos los hombres que los habitan.”⁷

Ahora bien, en la Francia anterior a la Revolución, ciertamente que había habido intentos de transformar el régimen municipal, pero sin mayores resultados. Primero, en 1775, había sido el Ministro Turgot, con motivo de las propuestas de reforma impositiva, el que había planteado la posibilidad de establecer Municipalidades en el territorio, pero sin lograrlo. Luego, a iniciativa de otros Ministros de Luis XVI, antes de 1787 se crearon las asambleas provinciales junto a los Intendentes, y además, en cada pueblo, se crearon cuerpos municipales electivos destinados a sustituir a las antiguas asambleas parroquiales, y en la mayoría de los casos, al síndico. Contrario a las costumbres que existían, todos los poderes que se pretendieron crear fueron colectivos, y el intendente fue disminuido en su poder. Todo ello condujo a la parálisis de la administración, y, como lo apuntó *de Tocqueville*, “Las asambleas, queriendo mejorarlo todo, acabaron por enredarlo todo”, produciéndose entonces “una de las mayores perturbaciones que haya registrado jamás la historia de un gran pueblo”, en la cual “Cada francés había experimentado una confusión particular. Nadie

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid, 1981, pp. 17, 41, 43, 46, 49, 50 y 56.

⁷ Véase DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, t. I., Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 99, 201.

sabía ya ni a quien obedecer, ni a quién dirigirse”;⁸ y terminaba señalando *de Tocqueville*, que “Perdido el equilibrio de las partes que componían la Nación, un último golpe bastó para hacerla oscilar y producir el más vasto trastorno y la más espantosa confusión que hayan tenido lugar jamás.”⁹

La Revolución quiso poner fin a esta situación, y en el mismo año de 1789, aún antes de adoptar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Asamblea Nacional Constituyente definió un nuevo orden municipal uniforme, fragmentado, generalizado y de carácter electivo; el cual, en definitiva, si bien complicó aún más la situación de la Administración, puso las bases para el régimen municipal del constitucionalismo moderno.

La reforma comenzó el 4 de agosto de 1789, con un Decreto que declaró irrevocablemente abolidos “todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza,”¹⁰ eliminándose así los antiguos reinos y las antiguas e históricas circunscripciones territoriales. A ello le siguieron, los Decretos de 14 y 22 de diciembre del mismo año 1789, mediante los cuales se estableció una uniformización territorial general que antes no existía, al dividir el país en Departamentos, éstos en Distritos, los Distritos en Cantones y éstos en Comunas, que fueron las municipalidades, creándose así el Poder Municipal. A tal fin, el primer Decreto dispuso la supresión y abolición que “las Municipalidades existentes en cada villa, burgo, parroquia o comunidad,” con las denominaciones que tuvieran, y se agregó que serían sustituidas por “colectividades locales del reino” tanto en las ciudades como en el campo, con la misma naturaleza y situadas en el mismo plano constitucional, con el nombre común de municipalidad, que tendrían en su cabeza al alcalde.

En el segundo Decreto se dividió el territorio francés de manera uniforme en departamentos, distritos y cantones, suprimiéndose los intendentes, y además se dispuso que “en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo habrá una municipalidad.”¹¹ Este principio se consagró luego, expresamente, en la Constitución de 1791, al regular en su título “La división del Reino”, que: “El Reino es uno e indivisible: su territorio se distribuye en 83 Departamentos, cada Departamento en Distritos, cada Distrito en Cantones.”

⁸ DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Tomo II, Madrid 1982, p. 197.

⁹ *Idem*, Tomo II, p. 197.

¹⁰ VANDELLI, Luciano, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, p. 28, nota 10.

¹¹ SOBOUL, Albert, *La révolution française*, Gallimard, París 1981, pp. 198 y ss.

Fue esa creación de Municipios uniformes en todo el territorio de Francia, por tanto, lo que condujo a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales, siendo las instituciones locales entonces, las mismas para todas las partes del territorio y para todos los ciudadanos.

De ello resultó que en 1791 en la Francia revolucionaria había 43.915 municipios, que comenzaron a llamarse comunas. Estas entidades municipales, además de las funciones propias de la Administración general que les podían ser delegadas, ejercían el “poder municipal”, concepto que venía de los escritos de Benjamín Constant y de las propuestas de reforma del ministro *Turgot* (1775),¹² y que luego se arraigaría en el constitucionalismo iberoamericano, de manera que, por ejemplo, aparece en Venezuela, a partir de la Constitución de 1857 (artículos 6 y 85).

Con esta división territorial, como lo percibió Edmund Burke en tiempos de la Revolución: “Es la primera vez que se ve a los hombres hacer pedazos su patria de una manera tan bárbara”; pero *de Tocqueville* acotaría años después, que en realidad, si bien “Parecía, en efecto que se desagarraban cuerpos vivos ... lo único que se hacía era despedazar cuerpos muertos.”¹³ Sin embargo, lo cierto es que el sistema produjo la disolución del Estado al haber estallado Francia en cuarenta mil pedazos, cada uno con una especie de república soberana y anárquica que no tenían nexo alguno con el poder central en construcción.

Por ello, esta reforma sólo duró cinco años, porque al tratar la Revolución de desmontar un sistema tan centralizado como el de la Monarquía Absoluta, en un sistema de división territorial donde se crearon más de 40.000 comunas o municipios, con poderes locales propios, lo que hizo fue desquiciar el Estado, por lo que fue la propia Asamblea la que tuvo, luego, que retroceder en la creación del Poder Municipal.

2. De la anarquía municipal a la organización piramidal del poder

De tal anarquía vinieron las reformas para tratar de controlar la acción municipal desde el poder central, como por ejemplo, al atribuírsele en la Constitución de 1791 poderes anulatorios al Rey, respecto de los actos municipales; al crearse en la Ley del 14 de febrero del año II (4 de diciembre de 1793) unos agentes nacionales directamente conectados al centro (Paris) para ejercer la vigilancia sobre los municipios; y además, al pretender reducir el número de comunas en la Constitución del año III (5 fructuoso, 22 de agosto de 1795), reagrupándoselas en entidades locales, y estableciendo la subordinación de las comunas a las Administraciones departamentales, y estas a los Ministros.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid 1981, pp. 72, 76, 135.

¹³ DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El Antiguo Régimen... cit.* Tomo I, p. 107.

Pero el torbellino revolucionario que no había cesado comenzó a producir su propia transformación con el golpe de Estado del 18 de brumario del año VIII (9 de noviembre de 1799), a raíz del cual Napoleón reimplantaré la centralización que se había establecido en el Antiguo Régimen y que había quedado destrozada con la Revolución. Se estableció, así, un esquema de control centralizado sobre las más de 40.000 comunas que fueron restablecidas, creándose un sistema escalonado y jerarquizado de control sobre las mismas, donde serían esenciales las figuras del prefecto y subprefecto dependientes del poder central y controlando a los alcaldes, establecidos en la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800).¹⁴

La centralización administrativa por el establecimiento de esa rígida cadena institucional que unía: Ministro, Prefecto, Subprefecto y Alcalde, y que dio origen al llamado control de tutela, sin duda, fue uno de los aportes más importantes a la Administración municipal y local, y a la propia construcción del Estado centralizado. Como lo diría el Presidente François Mitterand, casi doscientos años después, al proponer la reforma descentralizadora de 1981: “Francia tuvo que acudir a un poder fuerte y centralizado para hacerse. Hoy necesita un poder descentralizado para no deshacerse.”¹⁵ Esta, entre tantas, fue precisamente una de las motivaciones de la sanción de la conocida Ley francesa de Libertad de las Comunas de 1982.¹⁶

VI. LOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN MUNICIPAL NAPOLEÓNICO Y SUS REPERCUSIONES EN ESPAÑA Y EN IBEROAMÉRICA

De lo anterior se puede deducir que tres fueron los principios que configuraron el régimen municipal napoleónico: *primero*, el principio de la creación de un municipio por cada colectividad local –incluso de dimensiones mínimas– abarcando desde el pequeño pueblo rural hasta el gran centro urbano; *segundo*, el principio de la uniformidad e igualdad formal del régimen de los municipios a pesar de la diversidad territorial, geográfica y demográfica de los mismos a lo largo y ancho de los territorios estatales; y *tercero*, las reglas generales de funcionamiento de la tutela, como instrumento de control del poder central sobre las entidades locales.

¹⁴ Véase VANDELLI, Luciano, *El Poder Local...*, cit., pp. 29 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa ...*, cit., pp. 107 y ss.; MORELLI, Sandra, *La Revolución Francesa y la Administración Territorial en Colombia, Perspectivas comparadas*, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 31 y ss.

¹⁵ Citado por CASTRO, Jaime, *La cuestión territorial*, Editorial Oveja Negra, Bogotá 2003, p. 26.

¹⁶ Sobre la aplicación de la Ley del 2 de marzo de 1982, véase en general, TERRAZZONI, André, *La décentralisation a l'épreuve des faits*, LGDJ, Paris 1987

Todo ello configuró un modelo de régimen municipal que, sin duda, a partir de principios del siglo XIX que se extendió por toda Europa,¹⁷ incluyendo España.

Hacia América, sin embargo, puede decirse que en general, sólo hizo la travesía del Atlántico a comienzos del siglo XIX algunos aspectos del régimen de municipalización uniforme, el segundo de los principios, el de la uniformización del municipio y la creación del poder municipal, pero ni el primero ni el último de los principios, es decir, el de la generalización de colectividades locales en cada centro poblado y el del control de tutela, llegaron a nuestras costas. Al contrario, desde el inicio del Siglo XIX, el municipio si bien se arraigó en las ciudades capitales, se siguió ubicando en niveles territoriales muy alejados de los pueblos, y desde el inicio, en los mismos se implantó el principio de la autonomía municipal, inexistente en el modelo europeo napoleónico que al contrario impuso el control de tutela.

1. *El principio de la multiplicidad de municipios en Europa y en particular en España*

En cuanto al primer principio del régimen municipal napoleónico que fue el de la creación de un municipio por cada colectividad local que existiera en un territorio, con la consecuente fragmentación territorial, puede decirse, sin embargo, que el mismo efectivamente dejó su impronta en toda Europa, cuyos países se comenzaron a identificar después de los tiempos de la revolución, por haber tenido y tener muchos municipios.¹⁸ Por ello, por ejemplo, en los años setenta del siglo pasado, todavía existían 2.539 municipios en Bélgica, con una población promedio de 3.600 habitantes, los cuales después de la paradigmática operación quirúrgica realizada en el mapa municipal en 1972, produjera su reducción a 589 municipios, con una población promedio de 16.900 habitantes por municipio. En Alemania Occidental, aunque antes de la unificación, de los más de 24.000 municipios que existían, entre 1968 y 1980 habían quedado reducidos a 8.357;¹⁹ quedando para las fechas indicadas 16.121 municipios, con

¹⁷ Véase VANDELLI, Luciano, *El Poder Local...*, cit., pp. 153 y ss.

¹⁸ En tiempos actuales, por ejemplo, hace pocos años todavía existían 2.539 Municipios en Bélgica, que en décadas pasadas han sido reducidos a 589 municipios; en Alemania Occidental existen 16.121 Municipios; en Italia hay 8.104 municipios y en Suiza hay 3.000 cantones. Véase VANDELLI, Luciano, *El Poder Local...*, cit., pp. 179; BREWER-CARÍAS, Allan R. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss.

¹⁹ Véase SAGAWE, Torsten, “La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania”, en VILLAR BORLA, Luis et ál, *Problemática de los pequeños municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 42-43.

un promedio de 5.086 habitantes. En Italia había 8.104 municipios con un promedio de 7.156 habitantes; y en Suiza había 3.000 cantones con 2.333 habitantes promedio²⁰.

En España, la influencia de los postulados de la Revolución francesa en este aspecto también fue decisiva, por lo que la Constitución de Cádiz de 1812 dispuso en su artículo 310 que:

“Se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no lo tengan, y en que conven- ga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente.”

Los Ayuntamientos, sin embargo, debían desempeñar sus encargos bajo la inspección de las diputaciones provinciales (Art. 323).²¹

Sin embargo, con esta orientación, todo el territorio español se sembró así también de municipios, y ello explica los 9.245 municipios que Cirilo Martín Retortillo reseñaba en la edición de su recordado libro sobre *El municipio Rural*,²² de 1950; cifra que pasó en la fecha indicada a 8.056 municipios, con un promedio de población de 4.825 habitantes.²³ El Municipio que derivó de la influencia francesa, sustituyó así lo que quedaba del municipio de arraigo medieval, con sus fueros, privilegios y cartas-pueblas, en muchos casos con raíces en el proceso de la Reconquista.²⁴

En todo caso, esos fueron, a pesar de su progresivo control por la Corona a partir del Siglo XVI, por su arraigo en las ciudades, los que condujeron la guerra de Independencia contra la invasión napoleónica. El precio que pagaron por ello, en todo caso, en nombre de la igualdad, fue su uniformización y su multiplicación territorial.

²⁰ Véase VANDELLI, Luciano, *El poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, cit., pp. 179; BREWER-CARÍAS, Allan R. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 139 y ss.

²¹ Ello explica que en los años cincuenta del siglo pasado todavía España tenía 9.245 Municipios. Véase MARTÍN RETORTILLO, Cirilo, *El Municipio Rural*, Bosch, casa Editorial, Barcelona 1950, p. 139. Luego pasó a tener alrededor de 8.056 municipios.

²² Véase, MARTÍN RETORTILLO, Cirilo, *El municipio rural*, Bosch, casa Edit., Barcelona, 1950, p. 139.

²³ Otro tema actual es el de la despoblación municipal, que a finales de 2018 indicaba que más del 60% de los Municipios ya contaba con menos de 1000 habitantes. Véase la referencia en *La Razón*, Madrid 31 de diciembre de 2018, p. 2.

²⁴ Véase ORDUÑA REBOLLO, Enrique, *Historia del Municipalismo Español*, Iustel, Madrid 2005, pp. 131 ss.

Ese fenómeno de la multiplicación de municipios en el territorio, en cada aldea, pueblo y ciudad, sin embargo, no se trasladó efectivamente a América, donde el término territorial de los Municipios siguió siendo en general amplísimo, como se había venido conformando durante la Conquista.

2. *El régimen municipal colonial en Iberoamérica: Los Cabildos Provinciales*

En efecto, en Iberoamérica, si bien el municipio colonial también fue el factor fundamental del proceso de Independencia frente a España, de manera que sin lugar a dudas se puede afirmar que también, a comienzos del siglo XIX, la Independencia americana la hicieron los Cabildos, de manera que el municipio, “fue la raíz de la República;”²⁵ ese municipio tenía una extensión territorial amplísima, ubicada en general en las provincias.

La concepción de ese municipio, en todo caso, también fue radicalmente transformado con el republicanismo constitucional, en forma paralela a la transformación que se estaba operando en la Península, al punto de que por ejemplo en la *Constitución para el gobierno y administración de la provincia de Caracas* de enero de 1812, que formaba parte de la Confederación de los Estados de Venezuela creada conforme a la Constitución de diciembre de 1811 (ambas promulgadas antes que lo fuera la Constitución de Cádiz de marzo de 1812); se puede leer, sobre la división del territorio de la Provincia, que uniformemente se lo dividió en Departamentos, Cantones y distritos, debiendo tener estos últimos un territorio con aproximadamente 10.000 habitantes.²⁶

En ese esquema territorial provincial, en las capitales de Distrito se establecieron las municipalidades, así como en muchos de los pueblos entonces existentes, denominándose estas pequeñas municipalidades como villas. La municipalidad, se concibió, así, inicialmente más como una corporación local electa conforme al principio representativo para la atención de los intereses de la comunidad, que una división uniforme del territorio; por lo que con frecuencia tenían jurisdicción sobre otros pueblos y parroquias.²⁷

²⁵ Véase, GABALDÓN MÁRQUEZ, Joaquín, *El municipio, raíz de la República*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1977.

²⁶ Véase Brewer-Carías, Allan R. “La formación del Estado venezolano”, en *Revista Paramillo*, N°14, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1996, pp. 290 y ss.

²⁷ Véase el texto de la Constitución provincial de la Provincia de Caracas, en *Las Constituciones Provinciales*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, pp. 77 y ss. Véanse los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812. homenaje al bicentenario*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios No. 100, Caracas 2011.

La uniformización territorial municipal fue posterior y paulatinamente arraigándose durante el Siglo XIX en todos los países iberoamericanos, pudiendo decirse que el municipio en América también recibió, en cierta forma, la influencia de la revolución francesa además de la norteamericana, y luego, por supuesto de la española de Cádiz.

Se substituyó así al municipio colonial indiano, el cual, por lo demás era distinto del que en la época colonial funcionaba en España, pues como se dijo, la mayoría de las instituciones americanas antes de la Independencia, fueron concebido por España especialmente para América o se desarrollaron en el Continente americano en forma distinta a la de España.

Ello ocurrió en cierta forma con los Cabildos, que en el mismo momento en que su poder y autonomía era pulverizada por Carlos V en campo de Villamar, al poner fin a la rebelión de los Comuneros de esta tierra castellana, en cambio florecieron en América a partir del inicio mismo del poblamiento en lo que se ha denominado una “adaptación regresiva de las instituciones coloniales.”²⁸ Los Cabildos americanos en la época colonial, como Cabildos provinciales, con la gran descentralización de la cual gozaron derivada de la distancia (Recordemos la extraordinaria máxima administrativa colonial: “Se acata pero no se cumple”), incluso tenían poder para designar a los gobernadores en forma interina. Ese privilegio, por ejemplo, lo reclamaron los cabildantes en Santa Ana de Coro, la primera ciudad fundada en la Provincia de Venezuela en 1528 a la muerte del gobernador Ambrosio Alfinger en 1533, y fue ejercida sucesivamente por los Cabildos provinciales durante todo el período colonial, confirmada por Real Cédula 1560 y luego por otra Real Cédula de 1676²⁹. No es de extrañar, entonces, porqué fueron los Cabildos coloniales los que hicieron la Independencia.

3. *El Municipio republicano en América Hispana alejado del ciudadano*

Después de la Independencia, el municipio republicano americano, por otra parte, desarrolló características propias. Como antes dijimos, en nuestros países se adoptó el uniformismo napoleónico en cuanto a la organización y funciona-

²⁸ Véase VALLENILLA LANZ, Laureano, *Disgregación e Integración, Ensayo sobre la formación de la nacionalidad venezolana*, 2ª ed., Caracas, 1953, *cit.*, por GABALDÓN MÁRQUEZ, Joaquín, *El municipio, raíz de la República*, *cit.*, p. 66. La obra de Vallenilla Lanz, Laureano puede consultarse en Laureano Vallenilla Lanz, *Obras Completas*, t. II, (Recopilación de Federico Brito Figueroa y Nikita Harwich Vallenilla), Universidad Santa María, Caracas, 1984.

²⁹ El privilegio sólo lo perdieron los Cabildos a partir de 1737. *Cfr.*, GABALDÓN MÁRQUEZ, Joaquín, *El municipio, raíz de la República*, *cit.*, pp. 73-110; 125-169.

miento de las corporaciones locales, pero los otros dos principios que derivaron de la revolución francesa y sus correcciones napoleónicas puede decirse que no se siguieron.

Por una parte, en América Hispana no se arraigó la institución del control de tutela derivada de la centralización napoleónica y, en cambio, sí germinaron los conceptos del “poder municipal” y de la “autonomía municipal,” al punto de, por ejemplo, haber adquirido rango constitucional a partir de la Constitución de Venezuela de 1857, al disponer en su artículo 6º que: “El poder público se divide para su administración en legislativo, ejecutivo, judicial y municipal”, dedicando entonces un Título a regular dicho “Poder municipal”³⁰, cuyo contenido, relativo a los asuntos propios de la vida local, no era muy distinto al del decreto de la Asamblea Constituyente en Francia de diciembre de 1789.

El otro principio, el de la creación de un municipio por cada colectividad local, es decir, por cada caserío, por cada pueblo, por cada villa o ciudad, tampoco se siguió en América, y de los viejos municipios provinciales coloniales con territorios amplísimos, se pasó a los alejados municipios republicanos, establecidos en ámbitos territoriales cada vez más y más alejados de los ciudadanos y de sus comunidades, con muy pocas excepciones.

Recordemos de nuevo el contraste de la relación entre autoridad local y población derivado de los datos que antes mencionábamos sobre la municipalización en Europa, que lleva incluso a situaciones extremas como la de los 2.248 municipios que tiene una sola Comunidad Autónoma española, como lo es Castilla y León, para los 2.418.694 habitantes que tenía en 2018, lo que da un promedio general de algo más de 1000 habitantes por municipio. En Venezuela, en cambio, con entonces 10 veces más de población (31 MM de habitantes aproximadamente), solo había los 335 municipios con un promedio de población de 92.500 habitantes aproximadamente.

Lo que resulta más interesante de esta información comparativa es que ninguno de los países latinoamericanos, con todos sus enormes territorios y gran población, alcanza siquiera el número de municipios que tiene la sola Comunidad Autónoma española de Castilla y León, cuyos habitantes, además, a pesar de todos los proyectos y esfuerzos que se han hecho por reducir o fusionar municipios, se han opuesto radicalmente a tales propósitos y a perder su personalidad municipal.

El municipio latinoamericano contemporáneo, al contrario, está en el otro extremo y en general ha adquirido un ámbito territorial tan alto y extraño al ciudadano, que hace que no sirva ni para gerenciar adecuadamente los intereses locales ni para servir de instancia de participación política de la ciudadanía en la decisión o gestión de sus propios asuntos comunales.

³⁰ Véase en BREWER-CARÍAS, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, Tomo I, p. 475.

4. *El desarrollo de la autonomía municipal en América en contraste con el control de tutela europeo*

En cuanto al segundo aspecto que caracterizó el régimen municipal en Europa luego de las reformas napoleónicas, que fue la implantación del control de tutela de los Municipios por el poder central, el mismo puede decirse que no se trasladó a América Latina, adoptándose al contrario paulatinamente el principio de la autonomía municipal, por la democratización municipal, lo que sin embargo se atenuó en muchos casos por la designación de un funcionario con funciones ejecutivas municipales, por los niveles superiores de gobierno, como fueron los llamados Corregidores y los Alcaldes.

En Venezuela, la autonomía municipal garantizada en las Constituciones desde el siglo XIX, fue del Consejo Municipal, pero no del Alcalde que fue siempre designado por el Gobernador de los Estados, hasta que en 1989, se dispuso la elección directa de los Alcaldes, como titulares del Poder Ejecutivo del municipio autónomo.

VII. EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN LA PRIMERA CONSTITUCIÓN DE LA AMÉRICA HISPANA: LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LAS PROVINCIAS DE VENEZUELA DE 1811

1. *La Constitución federal de 1811 y el origen del régimen municipal en la Venezuela independiente*

Habiéndose organizado el Estado venezolano en la Constitución Federal de 21 de diciembre de 1811, como un Estado Federal dividido en Provincias soberanas,³¹ a las mismas correspondió determinar, en sus propias Constituciones, su propio régimen municipal, siendo el modelo que se concibió para ellas, la Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812.³²

Por ello, en el territorio de Venezuela, incluso antes de la sanción de la Constitución de diciembre de 1811, en la Constitución (provincial) Fundamental de la República de Barcelona de 12 de enero de 1811, se destinó un Título Undécimo a regular a las “Municipalidades,” indicándose que debía haber “un cuerpo municipal compuesto de dos corregidores de primera y segunda nominación y seis regidores” en cada una de las cuatro ciudades “actualmente exis-

³¹ Véase en BREWER-CARÍAS, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, Tomo I.

³² Véase el texto de la Constitución provincial de la Provincia de Caracas, en *Las Constituciones Provinciales*, cit., pp. 77 ss. Véase sobre dicha Constitución, BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812. Homenaje al bicentenario*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios No. 100, Caracas 2011.

tentes en el territorio de la República” que eran Barcelona, Aragua, Pao y San Diego de Cabrutica, así como “en todas las demás ciudades y villas que en adelante se erigieren.”

De acuerdo con esa Constitución de Barcelona Colombiana, según la votación que se obtuviese en su elección, el Regidor que hubiere obtenido mayor número de votos era considerado como Alguacil Mayor, el que más se le acercaba, como Fiel Ejecutor y el que menos votos obtuviera se consideraba el Síndico General. Correspondía a la Municipalidad, conforme a la Constitución, el Registro Civil y la Policía. Debe mencionarse, además, que la institución municipal fue objeto de regulación extensa en el Plan de Gobierno de la provincia de Barinas de 28 de marzo de 1811, donde se regló al Cabildo, sus funcionarios y competencias (arts. 4-9).

Antes del régimen en la Provincia de Barcelona, en la Constitución de la Provincia de Trujillo de 2 de septiembre de 1811, también se reguló el gobierno de la provincia residiendo en dos cuerpos: “el Cuerpo Superior del Gobierno y el Municipal o de cabildo” (Título Tercero, cap. 2), éste último denominado Cuerpo Municipal, compuesto por 5 Alcaldes ordinarios; 2 Magistrado denominados Juez de Policía y Juez de Vigilancia Pública y un Síndico personero (Título Quinto, cap. 1°).

Igualmente, en la Constitución de la provincia de Mérida de 31 de julio de 1811 se regularon los Cabildos, con funciones de policía y judiciales a cargo de los Alcaldes (Capítulo VII).

La uniformización territorial municipal que se vislumbra en estas primeras Constituciones provinciales se consolidó en una forma definitiva en la de la Provincia de Caracas de enero de 1812, y posteriormente se fue arraigando paulatinamente. Ese proceso de conformación del municipio republicano, en todo caso, como antes se ha dicho, derivó de la transformación del municipio provincial colonial conforme a las influencias de los principios del constitucionalismo moderno derivados de la revolución francesa, además de los que provinieron del régimen del gobierno local y del federalismo de Norteamérica, particularmente con la transformación de los antiguos Cabildos provinciales en las Legislaturas de las nuevas provincias convertidas en Estados Soberanos.

2. La discusión sobre el ámbito del territorio de la Provincia de Caracas y su división

De todas las provincias que conformaban la antigua Capitanía General de Venezuela, y luego de la sanción de la Constitución Federal de diciembre de 1811, la más extensa, territorialmente hablando era la Provincia de Caracas que comprendía lo que en la actualidad es el territorio de de los Estados Miranda, Vargas, Aragua, Carabobo, Guárico, Yaracuy, Falcón, Lara, Portuguesa, Cojedes y Trujillo de la república de Venezuela. Al discutirse la Constitución la extensa Provincia estaba dividida en los Partidos capitulares o Municipalidades

de Caracas, San Sebastián, Villa de Cura, Valencia, San Carlos, San Felipe, Barquisimeto, Guanare, Calabozo, Carora, Araure, Ospino, Tocuyo y Nirgua.

Esta extensión y la importancia de la capital, Caracas, respecto de todas las otras provincias del nuevo Estado, llevó a que luego de la revolución de independencia de 1810 y de la instalación del Congreso General de las Provincias de Venezuela en 1811, se comenzara a discutir repetidamente sobre la necesidad de la división territorial de la Provincia de Caracas. Era su territorio tan extenso que en la sesión del Congreso General de Venezuela del 25 de junio de 1811 se propuso dividir la Provincia en dos; pero acordándose, primero pasar a constituir la Confederación, y después, que se procediera a dividir la Provincia de Caracas.³³

El tema se volvió a tratar en la sesión del 27 de junio de 1811, donde se discutió ampliamente sobre las razones a favor y en contra de la división,³⁴ particularmente conforme a lo expresado en la *Memoria* que presentó al Congreso el Diputado por el distrito de Valencia, Fernando de Peñalver, sobre la necesidad de dividir la Provincia de Caracas y multiplicar los gobiernos territoriales.³⁵ Se consideró, contra la extensión de la Provincia y la importancia de Caracas capital, que “ningún beneficio gozan los pueblos distantes de Caracas y es nula la libertad que han adquirido, mientras tengan que venir aquí a mendigar las luces y la justicia.”³⁶

De ello, salió la propuesta de dividir la provincia en cuatro provincias, es decir, tres nuevas, mas a la capital, así: una, comprendiendo a Barquisimeto, Tocuyo, Carora y San Felipe; otra, comprendiendo a San Carlos, Araure, Ospino y Guanare; y la otra comprendiendo a Valencia, Nirgua, Puerto Cabello y los valles de Aragua. La de Caracas, por su parte, quedaba con la capital y Calabozo, Villa de Cura, San Sebastián y el Puerto de La Guaira.³⁷

Posteriormente, en la sesión del 2 de septiembre de 1811, se volvió a discutir en el Congreso el tema de la división de la Provincia de Caracas, y llegó a acordarse:

“que se divida en dos la Provincia de Caracas, quedando ésta compuesta de los Departamentos de la capital, Valencia, San Sebastián, Puerto Cabello, Calabozo, Villa de Cura, Nirgua y San Felipe; y la otra Provincia se compondrá

³³ Véase *Libro de Actas del Segundo Congreso de Venezuela 1811-1812*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, Tomo I, p. 112, 117.

³⁴ *Id.*, Tomo I, p. 119.

³⁵ Véase el texto en *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas 1961, Tomo V, pp. 3925.

³⁶ Véase *Libro de Actas del Segundo Congreso de Venezuela 1811-1812, cit.*, Tomo I, p. 122.

³⁷ *Id.*, Tomo I, pp. 126-127.

de San Carlos, Barquisimeto, Carora, Tocuyo, Ospino, Araure y Guanare, con la cual división quedan a esa nueva provincia interior 150.245 almas, y la de Caracas 262.612.”

Se acordó dicha división, pero con la advertencia de que “no puede ni debe llevarse a efecto esta medida por ahora y hasta que la Diputación General de Caracas, en quien reside la Legislatura de la Provincia, estipule, convenga y presente al Congreso para su sanción los límites y capital, que ha de tener la nueva Provincia.”³⁸

Luego, en la sesión del 15 de octubre de 1811 se trató de nuevo el tema de la división de las Provincias de Caracas se acordó que:

“Las provincias convienen en confederarse sin nueva división de la de Caracas, con la precisa calidad de que ésta se dividirá cuando el Congreso de Venezuela lo juzgue oportuno y conveniente.”³⁹

Quedó el asunto entonces pospuesto, y en la Constitución de la Provincia de Caracas de enero de 1812, el territorio de la misma no sólo permaneció como lo, sino que fue objeto de una regulación específica y particularizada en forma tal que no se encuentra parangón en Constitución alguna de la época

3. *La división territorial uniforme de la Provincia de Caracas en departamentos, cantones y distritos*

La Constitución de la Provincia de Caracas de 1812, en efecto, estableció la división territorial de la misma en una forma única, que no encuentra antecedente en ningún texto constitucional precedente, adoptando el uniformismo en la organización territorial derivado de la organización municipal adoptada en la Revolución Francesa, al cual antes nos hemos referido.

En esa forma, en el artículo 17 de la Constitución se comenzó por disponer que, en forma uniforme, “el territorio de la Provincia de Caracas se dividía en Departamentos, estos en Cantones y estos en Distritos;” agregándose que “cada Departamento constará de uno o más Cantones según la proporción de las localidades con el objeto de esta división”(art. 13); que “cada Cantón comprenderá tres Distritos, y a veces uno más en razón de las circunstancias”(art. 19); y que “cada Distrito se compondrá de una porción de territorio que tenga en su recinto diez mil almas de población de todas clases, sexos y edades” (art. 20).

Se establecieron, así, en la Constitución, los siguientes cinco (5) Departamentos en la Provincia, con sus respectivas capitales, el de Caracas, el de San Sebastián, el de los Valles de Aragua, con la ciudad de la Victoria por capital,

³⁸ *Id.*, Tomo II, pp. 11-14.

³⁹ *Id.*, Tomo II, p. 99.

el de Barquisimeto, y el de San Carlos. (art. 21); cada uno dividido en cantones, con identificación precisa en el texto de la propia Constitución provincial.

4. *Algo sobre las competencias municipales*

Estas Municipalidades configuran una pieza central del gobierno de la Provincia, disponiéndose se existencia en materialmente todas las ciudades, villas y pueblos que se enumeran en la división territorial antes mencionada, organizadas en concejos según la importancia de las mismas.

De acuerdo con el artículo 76 de la Constitución provincial, las dichas Municipalidades tenían las siguientes facultades peculiares, que eran las materias propias de la vida local:

“la conservación de las propiedades públicas que hubiere en el distrito; todo lo concerniente a las fuentes y aguas públicas de las poblaciones; el aseo y buen orden de sus calles y plazas; la limpieza de los desagüados; el alumbrado, rondas y patrullas de las noches para quietud y seguridad del vecindario; la construcción y reparo de puentes y obras públicas necesarias o útiles, el establecimiento y superintendencia de las escuelas de primeras letras y otras de literatura que puedan procurarse; el alivio de los pobres, la salubridad pública, precaviendo los estragos dañosos a la salud de los ciudadanos; la seguridad y sanidad de las cárceles y prisiones, con cuyo objeto elegirán uno o dos individuos de su seno que visiten las casas de prisión y cuiden que los presos no sufran los rigores y malos tratamientos que la ley no ha prescrito; la conservación de los pesos y medidas que fije la Legislatura para las ventas; la regulación del peso y calidad del pan y de otras cosas que son de la primera necesidad para el abasto y subsistencia del pueblo; las licencias para los pulperos y revendedores, cuyo importe no podrá ceder en beneficio de ningún particular, sino de los fondos de la Municipalidad; la abolición y persecución de los juegos prohibidos que disipan el tiempo y arruinan la fortuna de los ciudadanos; la licencia, restricción, regulación y orden de los espectáculos y diversiones públicas, y de los trucos, billares y otros lugares de pasatiempo; la apertura, conservación, reparo y mejora de los caminos públicos; la navegación de los ríos; la subsistencia del flúido vacuno, y todo lo demás que fuese necesario para llevar a efecto estos objetos: bien que la Legislatura podrá ampliar y restringir por leyes particulares la jurisdicción de las Municipalidades, según lo juzgare conveniente.”

El órgano de representación y gobierno de las Municipalidades era precisamente una Cámara o concejo colegiado que conforme al artículo 77 de la Constitución era “una autoridad puramente legislativa” con competencia en las materias municipales (art 76), para lo cual tenía “facultad para expedir los reglamentos y ordenanzas que fueren necesarias para el desempeño de sus deberes; para imponer penas ligeras que no sean injuriosas ni infamatorias y para ordenar otras contribuciones suaves y moderadas sobre los carruajes y bestias de servicio que transitan por los caminos y los arruinan y deterioran, o sobre las

personas sin propiedad, que nada contribuyen para las cargas del Estado y gozan de todas las ventajas del orden social.”

Debe mencionarse, además que, en la Constitución, las Municipalidades, los Corregidores y Alcaldes conservaban funciones judiciales en primera instancia (arts. 240 ss).

5. *La división territorial del régimen municipal en la Provincia de Caracas*

La Constitución Provincial de Caracas de 1812, fue un ejemplo único en su tiempo, en cuanto a la regulación general del régimen municipal en todo el territorio de una provincia, con Municipalidades de diversa categoría, lo que dependía del número de miembros que integraban el cuerpo municipal, según la importancia y extensión del territorio que se les asignó.

A tal efecto, en la Constitución se destinó su Capítulo Cuarto a regular a las “Municipalidades,” estableciéndose el carácter electivo en cada parroquia de los miembros y de los agentes municipales (art. 24, 59, 65, 67) de cada Municipalidad, con un variable el número de los miembros que iba de 24 miembros en el Cabildo en la Municipalidad de Caracas, dividida en dos cámaras de 12 cada una (art. 90); 16 miembros en las Municipalidades de Barquisimeto, San Carlos, La Victoria y San Sebastián (art. 92); y luego 12, 8 y 6 miembros según la importancia y jerarquía de las ciudades (arts. 91 a 102).

Correspondía a las Municipalidades capitales de Distrito llevar el Registro Civil (art. 70) y se les atribuían todas las competencias propias de vida local en una enumeración que cualquier régimen municipal contemporáneo envidiaría (art. 76).

La Municipalidad gozaba “de una autoridad puramente legislativa” (art. 77), y elegía los Alcaldes (art. 69) que seguían siendo las autoridades para la administración de justicia, y proponían al Poder Ejecutivo los empleos de Corregidores (arts. 69 y 217) que eran los órganos ejecutivos municipales. En ellas tenían asiento, voz y voto, los agentes municipales que debían ser electos en cada parroquia (arts. 65 y 103).⁴⁰

El detalle de la regulación constitucional que se estableció en la Constitución, por supuesto, implicó la realización de un estudio territorial extraordinario, que según se lee en las actas de las sesiones del Congreso General, fue encomendado al diputado Francisco Javier Ustáriz, junto con lo diputados

⁴⁰ Véase el texto de la Constitución provincial de la Provincia de Caracas, en *Las Constituciones Provinciales, cit.*, pp. 77 ss. Véase sobre dicha Constitución, BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812. Homenaje al bicentenario*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios No. 100, Caracas 2011.

José Vicente Unda y Juan José de Maya, en su sesión del 5 de marzo de 1811, para “examinar el estado que tenían las Municipalidades de la Provincia de Caracas.”⁴¹

De ello resultó la regulación de las Municipalidades, según estuviesen integradas, en forma variable, por 24, 16, 12, 8 y 6 miembros; y además, se reguló la existencia de Agentes Municipales en las parroquias. Todas estas autoridades eran electas mediante sufragio por los electores.

A. La Municipalidad de Caracas capital con 24 miembros y dos Cámaras

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución, la Municipalidad de la capital de Caracas se componía de 24 miembros o Corregidores, estando la Corporación dividida en dos Cámaras de doce personas cada una (art. 91).

B. Las Municipalidades con 16 miembros y dos Cámaras

El artículo 95 de la Constitución organizó siete (7) Municipalidades con 16 miembros cada una y dos Cámaras en las ciudades de *Barquisimeto, San Carlos, la Victoria, San Sebastián, Tocuyo y Guanare*.

En estas se sometió la eficacia de las resoluciones de las Municipalidades, en los recesos de la Legislatura, al sometimiento del asunto a Poder Ejecutivo de la Provincia (art. 95)

De acuerdo con lo previsto en el artículo 92 de la Constitución, se dispuso que habría Municipalidades con 16 miembros cada una en las ciudades de *Barquisimeto, San Carlos, la Victoria y la de San Sebastián*, quedando divididas en dos Cámaras de ocho miembros cada una, y con dos Alcaldes ordinarios que debían presidirlas. En cuanto a las Municipalidad de Barquisimeto debía comprender al pueblo de Bobare; la Municipalidad de San Carlos se debía extender a los de San José y Caramacate; la Municipalidad de San Sebastián se debía extender a los de San Juan de los Morros, San Casimiro de Güiripa y San Francisco de Cara; y la Municipalidad de la Victoria, comprendía su sola Parroquia (art. 93)

⁴¹ En la despedida de la Sección Legislativa de la Provincia de Caracas al concluir sus sesiones y presentar la Constitución provincial de 19 de febrero de 1812. Véase *Textos Oficiales de la primera República de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1982, Tomo II, p. 216. Ustáriz volvió a explicar su concepción para la organización territorial del Estado en 1812 en el “Plan de Gobierno Provisorio para Venezuela” que presentó a Simón Bolívar en 1813. Véase en *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830, cit.*, Tomo V, pp. 129-130.

El artículo 94 de la Constitución también dispuso que las Municipalidades del *Tocuyo* y *Guanare* se comprendían también de 16 miembros. La primera extendía sus límites a su Parroquia; y la segunda, a los pueblos de María y de Maraca.

C. Las Municipalidades con 12 miembros

El artículo 96 de la Constitución reguló la existencia de Municipalidades constituidas con 12 miembros cada una, y una sola Cámara o corporación que debían presidir dos Alcaldes Ordinarios, en las ciudades “de *San Felipe*, capital del cantón de este nombre, en el departamento de Barquisimeto; en la de *Maracay*, capital del tercer distrito del cantón oriental de la Victoria; en la de *Puerto Cabello*, capital del tercer distrito del cantón occidental de Guacara; en la de *Carora*, capital del cuarto y quinto distritos del cantón de San Felipe; en la del Pao, capital del segundo distrito del cantón de San Carlos; en la de *Ospino*, capital del primer distrito del cantón de Guanare; y en la de *Quíbor*, capital del segundo distrito del cantón del Tocuyo.”

Conforme al artículo 97 de la Constitución, la jurisdicción de la Municipalidad de *San Felipe* se extendía a los pueblos de Agua Culebras, Cañizos, San Nicolás, Aroa y Cocorote; las de *Puerto Cabello* y *Quíbor*, se extendían a los pueblos de su distrito; la de *Carora*, a los pueblos de Arenales, Burerito, Aregue y Santiago del Río del Tocuyo; la de *Maracay*, a los pueblos de Chuaco, Choróní y Cuyagua; y las del *Pao* y *Ospino* a sus respectivas Parroquias.

D. Las Municipalidades con 8 miembros

El artículo 98 de la Constitución dispuso que había Municipalidades de ocho (8) miembros y un Alcalde, “a menos que estén en posesión de nombrar dos y quieran continuar en el mismo uso,” en las ciudades de la *Sabana de Ocumare*, de *Petare*, de *Guacara*, de *Calabozo*, de *Cura*, de *Nirgua* y de *Araure*, y en las villas de *La Guaira*, *Siquisique*, de *Cagua*, *Turmero*, *Sombrero*, *Santa Rosa*, *San Rafael de las Guasguas* y *Tucupido* (art. 98).

La jurisdicción de la ciudad de Sabana de Ocumare se debía extender al pueblo de San Francisco de Yare; la de Calabozo a los de Ángeles, Trinidad, Rastro, Camaguán y Guayabal; la de Cura al pueblo de Magdaleno; la de Nirgua a Temerla, Cabria y Taria; la de Araure a Acarigua; la de La Guaira a su distrito; la de Siquisique a Ayamanes y Moroturo; la de Tucupido al de Boconó y las demás debían quedar reducidas a la extensión de sus Parroquias (art. 99).

E. Las Municipalidades con 6 miembros

El artículo 100 de la Constitución reguló los lugares donde debía haber “pequeñas” Municipalidades compuestas de seis (6) miembros y un Alcalde, “a los que se reunirán en algunas los Agentes particulares de aquellas Parroquias comprendidas en su demarcación que se designaren expresamente en la Consti-

tución.” Estos lugares fueron los siguientes a los que se asignó en el artículo 101 de la misma Constitución, la denominación de *villas*: los pueblos de los Teques, el Valle, Barata, Hatillo, Chacao, Guarenas, Curiepe, Guapo, Cancaína, Santa Lucía y Paracotos, comprendidos en el departamento de Caracas; en los de San Mateo, Buenconsejo, Santa Cruz del Escobar, Mariara, los Guayos y Güigüe, en el departamento de Aragua; en los de Camatagua, Taguay y Lezama, Altagracia de Orituco, Chaguaramas, Tucupido del Llano arriba, Valle de la Pascua, Chaguaramal, Santa María de Ipire, Ortiz, San José de Tiznados, Barbacoas y Guardatinajas, en el departamento de San Sebastián; en los de Montalbán, Guama, Sanare, Yaritagua, Urachiche, Sarare, Humocaró Bajo, en el departamento de Barquisimeto; en los del Tinaco, San Miguel del Baúl, Lagunitas, la Sabaneta de Jujure, la Aparición de la Corteza y Papelón, en el departamento de San Carlos.

Dispuso el artículo 102 de la Constitución, que la jurisdicción de la Municipalidad de los Teques, se extenderá a los pueblos de San Diego, San Antonio, San Pedro y Macarao; la del Valle, a los de la Vega y Antímáno; la de Guarenas a Guatire; la de Curiepe a Mamporal, Tacarigua y Marasma; la del Guapo a Río Chico y Cupira; la de Caucagua a Aragiüita, Macaira, Tapipa y Panaquire; la de Santa Luisa a Santa Teresa; la de Paracotos a Charallave, Cúa y Tácata; la de Mariara a Ocumare de la costa, Cata y Turiamo; la de los Guayos a San Diego; la de Altagracia de Orituco a San Rafael de Orituco; la de Santa María de Ipire a San Fernando, Iguana, Altamira, Espino, Santa Rita y Cabruta; la de Ortiz al pueblo de Parapara; la de San José de Tiznados al de San Francisco de Tiznados; la de Barbacoas al del Calvario; la de Montalbán al de Canoabo y Urama; la de Sanare al de Buría y el Altar; la de Urachiche al de Cuara, Chivacoa y Duaca; la de Sarare al de Guarico; la de Humocaró Bajo, al de Humocaró Alto y Chabasquén; la del Tinaco al del Tinaquillo; la de Lagunitas al de Agua Blanca, San Rafael de Onoto y Cojedes; y la de la Sabaneta de Jujure al de Turen; y las demás quedarán reducidas a su Parroquia.

6. *El régimen de elección de cargos representativos en la Provincia y en particular, en el ámbito municipal*

Todos los altos cargos públicos en la provincia de Caracas, como correspondía a un Estado democrático, eran ocupados mediante elección popular, correspondiendo el derecho primario al sufragio (en las Asambleas primarias) conforme al artículo 27 de la Constitución, “a todo hombre libre que, siendo ciudadano de los Estados Unidos de Venezuela, con tres años de vecindad en la Provincia y uno en la Parroquia o lugar donde sufraga, fuese mayor de veintiún años, en caso de ser soltero, o menor, siendo casado y velado; y si poseyere un caudal libre del valor de seiscientos pesos en la capital de la Provincia, siendo soltero, y de cuatrocientos siendo casado, aunque pertenezcan a la mujer, o de cuatrocientos si vive en las demás ciudades, villas, pueblos o campos de lo interior en el primer caso, y de doscientos en el segundo o, no teniendo propiedad alguna, que ejerza una profesión mecánica, útil, en calidad de maestro u oficial

examinado y aprobado o tenga grado o aprobación pública en una ciencia o arte liberal, o que sea arrendador de tierras para sementeras o ganado, con tal que sus productos equivalgan a las cantidades arriba mencionadas, en los respectivos casos de soltero o casado.”

La votación de los sufragantes en las parroquias se estableció en forma indirecta, en general de dos grados, en el sentido de que los sufragantes elegían en cada parroquia a los “electores parroquiales” que debían formar la Congregación electoral, en un número equivalente, en general, de uno en cada parroquia por cada mil almas de población. Sin embargo, se dispuso que “la que no tuviere mil, dará uno; y la que excediere de uno o más millares, dará otro, siempre que el exceso pase de quinientas almas” (art. 31).

Los electores parroquiales agrupados en las Congregaciones electorales, debían reunirse en las capitales del distrito cada dos años (art. 32); y era a ellos a quienes correspondía realizar la elección del Representante o Representantes de la Provincia para la Cámara del Gobierno federal; de los tres individuos que habrían de componer el Poder Ejecutivo de la Unión, que era plural; de un Senador o dos cuando lo prescribiera la Constitución para la Asamblea general de la Provincia, por el cantón a que pertenece el distrito; de un Representante para la Cámara del Gobierno provincial, por el mismo distrito; y a la de un elector para la nominación del Poder Ejecutivo de la Provincia (art. 33). En este último caso, la elección era indirecta en tres grados, pues se trataba de que cada Congregación electoral nominaba un Elector para integrar una Junta electoral que era la que debía elegir el Poder Ejecutivo Provincial (art. 49). Conforme al artículo 49 de la Constitución, estas Juntas electorales se debían reunir en las capitales de los departamentos, en acto presidido por el Corregidor de la capital del departamento (art. 51).

En materia de cargos municipales, se estableció un sistema electoral de dos grados para la elección de los miembros de las Municipalidades, y un sistema de elección directa para la elección de los Agentes Municipales. Estos últimos, en efecto, se elegían directamente por los electores sufragantes en la elección en cada parroquia donde correspondiera (arts. 24, 64).

En cuanto a la elección de los miembros de las Municipalidades, la misma era indirecta, pues en este caso, los sufragantes en las parroquias debían elegir los miembros de las Juntas Electorales (art. 59), que eran los llamados a elegir a los miembros de las Municipalidades.

De acuerdo con el artículo 110 de la Constitución, para ser miembros de las Municipalidades o Agente municipal, “era preciso poseer en los pueblos del partido una propiedad territorial o una casa propia o un establecimiento de comercio o de pastorería, o que tenga arrendadas y cultivadas cuatro fanegadas de tierra, suponiendo siempre que debe ser mayor de veinticinco años.”

Por otra parte, también se regularon los cargos municipales no electivos, como los Alcaldes, que se elegían por cada Municipalidad, y los Corregidores que debían proponerse por esta al Poder Ejecutivo Provincial (art. 69). Estos

eran considerados “particularmente como jurisdiccionarios del Poder Ejecutivo Provincial,” y también lo debían ser de las Municipalidades “en la ejecución de sus leyes” (art. 83). Se reguló también al “Corregidor Juez de Policía” como funcionario dependiente del Poder Ejecutivo, y que no tenía ni voz ni asiento en la Municipalidad, siendo sólo ejecutor de sus resoluciones (art. 118).

Las sesiones de la Municipalidad sólo podían ser presididas por sus Alcaldes “o, en defecto de éstos, por los miembros que se eligieren al efecto” (art. 83).

7. *Los Agentes Municipales en las Parroquias y en los lugares distantes*

Conforme a la Constitución, en cada Parroquia, que era una división de los cantones, además, debía haber un Agente Municipal.

Estos Agentes Municipales, y en su defecto los respectivos sustitutos, tenían asiento, voz y voto en las Municipalidades a que pertenecieran sus Parroquias, para acordar y representar por ellas todo lo que estuviese al alcance de sus facultades (art. 103).

En particular, los artículos 104 a 107 de la Constitución precisaron en qué pueblos y lugares debía designarse Agentes Municipales, así:

a. El pueblo de San José, comprendido en la jurisdicción de la Municipalidad de San Carlos, nombrará un Agente y su sustituto para la segunda Cámara de dicha Municipalidad. Los de María y de Maraca, comprendidos en la de Guanare, tendrán también en la segunda Cámara un agente municipal o sus sustitutos; y los de San Juan de los Morros, San Casimiro de Güiripa y San Francisco de Cara, tendrán, del mismo modo, un Agente cada uno en la segunda Cámara de la Municipalidad de San Sebastián, a quien pertenecen (art. 104).

b. Los pueblos de Cañizos y de Aroa, sujetos a la Municipalidad de San Felipe, nombrarán un Agente cada uno con sus respectivos sustitutos; el de Cocorote, dos para la misma Municipalidad de San Felipe; los de Arenales y Santiago del Río del Tocuyo, cada uno el suyo para la Municipalidad de Carora (art. 105).

c. El pueblo de Macuto dará un Agente municipal y el de Maiquetía dos para la corporación de La Guaira; el de Magdaleno dará uno para la de Cura; el de Acarigua dará dos para la de Araure; y los de Trinidad, Rastro, Camaguán Guayabal, darán el suyo cada uno para la de Calabozo (art. 106).

d. Los pueblos de San Diego, San Antonio, San Pedro y Maracao nombrarán un Agente cada uno para la Municipalidad de los Teques, a quien pertenecen; la Vega y Antímáno nombrarán también el suyo para la del Valle; Guatire dará otro para la de Guarenas; Marasma otro para la de Curiepe: Río Chico y Cúpira, darán un Agente cada uno para la del Guapo; Tapipa y Panaquire, darán también los suyos para la de Caucagua; Santa Teresa dará otro para Santa Lucía; Charallave dos; Cúa dos y Tacata uno para la de Paracotos; Choroní dará

uno para Maracay; Ocumare de la Costa, otro para la de Mariara; San Diego, otro para la de los Guayos; San Rafael de Orituco, dos para la de Altagracia de Orituco; Parapara, dos para la de Ortiz; San Francisco de Tiznados, otros dos para la de San José de Tiznados; el Calvario uno para la de Barbacoas; el Guárico, otros dos para la de Sanare; Humocaro Alto y Chabasquén, otros dos cada uno para la de Humocaro Bajo; y el Tinaquillo, otros dos para la del Tinaco; y San Rafael de Onoto uno, y Cojedes dos para la de Lagunitas (art. 107).

En la Constitución también se reguló la situación municipal de sitios distantes de centros poblados, donde haya “muchos Partidos en la Provincia donde se han reunido varios habitantes en sus casas v labores.” Respecto de los mismos la experiencia había acreditado que no era suficiente para el gobierno local la designación de “un simple Cabo o Comisionado de justicia para mantener el orden y procurar la seguridad que exigen unos lugares semejantes que son más expuestos que cualquiera otros a la voracidad de los vagos y ociosos, por su mucha distancia de los poblados y por la falta de una administración vigorosa que corrija los vicios y desórdenes”; previendo entonces el artículo 128 que se debían remediar “estos abusos tan perjudiciales” del modo siguiente:

“Además de los Corregidores y Alcaldes que actualmente existen, o que aumente la constitución con jurisdicción ordinaria, las Municipalidades elegirán cada dos años un Alcalde, en quien se confíe la inmediata administración de justicia de los referidos lugares, al tiempo mismo que se nombren los de los pueblos; pero ellas deberán informar previamente a la Legislatura de los sitios que haya en sus jurisdicciones, donde convenga, o se necesite alguno de estos Alcaldes, para obtener su consentimiento y aprobación” (art. 129).

EL CONCEPTO DE MUNICIPIO EN EL DR. JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

Fortunato GONZÁLEZ CRUZ*

Director de CIEPROL

INTRODUCCIÓN

Con el profesor José Luis Villegas Moreno comparto una visión nostálgica del Municipio porque cargamos acuestas los lugares donde nacimos y transcurrieron nuestra infancia y adolescencia. José Luis en un pueblo manchego con una larga y grandiosa historia que apenas cabe en su pequeñez, de castillo y muralla, iglesias visigóticas y palacios medioevales, con personajes que han contribuido con las grandezas y miserias de la historia de España; y yo en un pequeño pueblo de indios cuicas al fondo de un valle sin más historia que la cotidianidad bucólica de una comarca apacible. Ambos sabemos lo que es un Municipio porque lo hemos vivido. El nuestro lo componen personas que conocimos, suelos que pisamos, paisajes que vimos, sonidos que escuchamos, aromas que olimos y sabores que repetimos una y otra vez donde estemos en nuestra larga vida. También autoridades que sentimos para bien, generalmente. Tomo las palabras de José Luis Villegas pronunciadas en 1999 en el pregón de las fiestas patronales de San Bartolomé en Belmonte: *“Soy un belmonteño “residente-ausente”, como paradójicamente figura mi inscripción en el censo electoral. Mi corazón y mi imaginación van y vienen, correteando, como en mi infancia por las calles y plazas de este pueblo inolvidable. Especialmente, por la casa donde nací, tratando de encontrar silencios y soledades, como las que evocó Fray Luis de León desde su ausencia, añorando la tierra que lo vio nacer”*.

Nuestro Municipio es pequeño, cercano, amable, incluso cariñoso, se recorre a pie y provee lo necesario: buenos vinos y quesos en Belmonte, café aromático y deliciosas arvejas en La Quebrada. En ambas se comen papas: en Belmonte en caldereta y en La Quebrada sancochadas con ají, el maíz en Bel-

* Fortunato José González Cruz. Abogado. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la ULA. Director del CIEPROL. Individuo de Número de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales y de la Academia de Mérida. Primer Alcalde de Mérida. Venezuela.

monte es para los animales mientras que en La Quebrada es para las arepas cotidianas y la chicha. Ambos pueblos tienen escuela, parroquia, abastos, centro de salud, bares y cementerio. El mío una quebrada de aguas frías y cristalinas que envidiarían los belmontinos, que es tierra seca, que no árida, la que recorrieron el Quijote y Sancho Panza. En nuestros Municipios no existe gente anónima, todos se conocen, con una identidad inconfundible y tienen significados. Son personas.

La vida nos envió lejos de nuestros pueblos, pero mantenemos aquella idea del Municipio que hemos tratado de pulirla, estudiarla y cumplir con el deber de adornarla con citas de escritores cuyos nombres nos impone la formalidad académica, algunos muy valiosos y otros pueden tener ciertas claves científicas pero sin aromas, ni sabores, ni historias, es decir, sin relato, que a nosotros nos llena. En fin, hemos experimentado la vida íntima de un pueblo pequeño y también el ser extraños y solos en la muchedumbre de una ciudad grande. Esto nos motiva a ser partidarios del Municipio pequeño que puede darse en la gran ciudad y también, desgraciadamente, ser ausente en una comunidad pequeña, pero sin afectos.

El camino científico de José Luis Villegas ha sido el Derecho Público y el Municipio su pasión, que es Belmonte, cuya naturaleza y características ha expuesto en sus abundantes estudios. Escribí en la presentación de su interesante libro “Doscientos años de Municipalismo” lo siguiente:

“José Luis Villegas Moreno nos ofrece una obra cargada de sensibilidad, compromiso y conocimiento, una combinación que hace de este libro un hito en la bibliografía sobre el Municipio en Venezuela. Pocos como este belmontino aposentado años ha en San Cristóbal, la capital del estado fronterizo de Táchira, puede atreverse a emprender una obra que cumple con las exigentes condiciones de la investigación científica y a la vez cargada de los valores estéticos que permiten calificarla como artística. Porque como lo confiesa el autor, el sentimiento y la convicción son esenciales para la comprensión del Municipio. Quizás por haber nacido en el antiquísimo Belmonte, un Municipio milenario que vive hoy la larga tradición que enriquece la vida local castellana, es que le apasiona la política municipal que no por chica deja de tener importancia, toda vez que es en ese ámbito donde se realiza la vida cotidiana. Ese Municipio a donde vuela su nostalgia, lo encuentra renovado en América tanto en lo que respecta a sus componentes positivos como a sus vicios más nuevos que viejos, y a ello le dedica buena parte de su esfuerzo intelectual. Sentimiento, convicción y conocimiento sin los cuales no se entiende el municipalismo actual, heredero de una larga tradición y hoy maduro para ofrecer a los ciudadanos la esperanza de una vida mejor. El Municipio está llamado a ser el referente institucional del siglo XXI”.

Más adelante destaco que:

“La última parte es particularmente interesante porque coloca el Municipio frente a las amenazas del centralismo y la autocracia en Venezuela, mas no con una actitud hipercrítica ni derrotista, sino con el ánimo obje-

tivo del investigador científico que se preocupa por el diagnóstico ecuaníme, el análisis pertinente sin eludir posiciones críticas y formula líneas que marcan la superación de las dificultades. Lo hace además desde su posición académica, porque el autor es un intelectual que nunca ha caído en la tentación de la política, que no sea como parte de sus preocupaciones intelectuales". (Pág. 11 y 12)

I. NATURALEZA DEL MUNICIPIO

José Luis Villegas lo tiene bien claro y expone sus ideas en varios libros y artículos de revistas científicas. Me limitaré a extraer su concepto de Municipio desde su personalidad, a la que me he referido en unos trazos, y desde sus exposiciones en su libro fundamental "Derecho Administrativo Municipal", aunque luego publicó otro para actualizar algunos datos que tituló "Doscientos años de Municipalismo" cuya presentación tuve el honor de redactar. Parte José Luis Villegas de la idea básica, fundamental, de que el Municipio es una asociación natural. No lo crea el Estado que se limita a reconocerlo, o a negarlo. Es más, tiene el deber de reconocerlo porque de no hacerlo le estaría negando a una comunidad el pleno ejercicio de sus derechos políticos. Esta tajante afirmación la compartimos los más destacados estudiosos del Derecho Constitucional y del Municipio, entre ellos los maestros Allan Brewer Carías y Luciano Parejo Alfonso. Lo afirma nuestro autor de esta manera: "*Los Municipios constituyen una sociedad natural, formada por cuerpos vivos, anteriores a la voluntad del Estado, cuya existencia se reconoce en nuestros días como Institución política social de participación popular, democrática y autónoma.*" (Pág. 49). Esta afirmación es ciertamente sociológica; sin embargo, en José Luis Villegas tiene una base iusnaturalista y pone en evidencia su formación jesuítica por haber abrevado en las fuentes del neotomismo tan bien representadas en Venezuela por los amigos comunes del Centro Gumilla y de la Universidad jesuítica Andrés Bello de Caracas y de la Universidad Católica del Táchira, donde ha sido profesor y autoridad académica; no obstante, para refrendar su postura nos ofrece una interesante cita de Alexis de Tocqueville extraída del libro clásico "La Democracia en América": "*El hombre, exclama Tocqueville, es quien constituye los reinos y crea las repúblicas; pero el Municipio parece que ha salido directamente de las manos de Dios. Los Municipios no son asociaciones que surgen al conjuro de los individuos o de los gobiernos, sino personas sociales, naturales y necesarias, cuya existencia tienen que reconocer gobiernos e individuos.*" (Pág. 51).

Dicho esto, para su viabilidad política, jurídica y la garantía de su respeto, el Municipio requiere reconocimiento, como cualquier derecho. No es que los derechos tengan su origen en la Constitución, mucho menos en la Ley, pero sí son necesarias sus garantías que deben contar con una base normativa constitucional. De hecho, la fundamentación constitucional de los derechos no son constitutivos, sino el reconocimiento formal de que son inherentes a la condición humana, lo que de por sí se convierte en garantías. El pensamiento cris-

tiano y en particular el jesuítico, que tiene su origen en Santo Tomás, se desarrolla entre otros con Francisco de Vitoria y Francisco Suarez y se actualiza con el Papa Francisco y los teólogos de la Teología de los Pobres, como el peruano Gustavo Gutiérrez y el argentino Juan Carlos Scannone, reconocen el origen de los derechos en la persona humana, que le son inherentes, integran la persona como el cuerpo, el alma, el pensamiento y la conciencia. De allí la importancia de la rotundidad de la afirmación de que el Municipio es una asociación natural, como la familia. Por supuesto que distinta a esta que es una asociación de amor de pareja, de procreación y de filiación, mientras que el Municipio es una asociación política que surge de la comunidad local, podemos decir ciudad por pequeña que sea, para autoadministrar sus asuntos con libertad. Villegas incluso cree en la posibilidad de reconocer un Municipio en una aldea, aunque es evidente que es más propio de una villa o una ciudad. (Pág. 49).

El reconocimiento del derecho de una ciudad a gobierno propio, es decir, al autogobierno, significa su integración a un Estado, que es una creación de la sociedad para el gobierno de toda una población que comparte un territorio, tiene unas estructuras de poder y, además, salvo rarísimas excepciones, goza de un reconocimiento de la comunidad internacional. La legislación debe reconocer el Municipio tal como es en su ambiente natural, con los componentes que lo definen como la forma básica de organización política. Esto hay que dejarlo bien claro de una vez a riesgo de desnaturalizarlo. Dichos componentes incluyen **su base local, su condición política, su autonomía, sus competencias y sus recursos.**

II. LA BASE LOCAL DEL MUNICIPIO: LA CIUDAD COMO “LUGAR”

Los municipalistas hemos afirmado que el Municipio es la expresión institucionalizada de la ciudad. A partir de los estudios de Francisco González Cruz sobre el lugar y el proceso de lugarización algunos usamos también el concepto de lugar no exactamente como sinónimo de ciudad, porque el lugar puede ser la ciudad o parte de ella, incluso una aldea. En esto coincide Villegas con García de Enterría quien afirma que el Municipio es la “*expresión institucionalizada de la convivencia*”, sólo que la feliz frase del maestro es perfeccionada por el concepto de lugar de González, que lo define de la siguiente manera:

“El lugar es el espacio territorial íntimo y cercano donde se desenvuelven la mayor parte de las actividades del ser humano. Generalmente es el sitio donde las fases del nacer y crecer se plasma con mayor libertad dentro del lienzo llamado vida; es donde la educación y la configuración de la morfología personal se cristalizan con mejor nitidez. En el lugar se encuentran los familiares y las amistades cultivadas con un especial vínculo afectivo. En fin, es una comunidad definida en términos territoriales y de relaciones humanas, con la cual la persona siente vínculos de pertenencia. La primera característica: el lugar circunscribe todos los ámbitos vitales del ser humano.”

La palabra “lugar” viene del griego “lóchos”, que significa el lecho donde uno fue engendrado, en el que nació y en el que con toda probabilidad transcurrirá la vida y donde seguramente morirá. Es el espacio territorial familiar que nos da identidad, que poseemos y nos posee. Es la tierra natal, la querencia, con la cual nos identificamos, queremos y nos comprometemos con amor. Es el sitio geográfico, histórico y cultural que nos da casi todo lo que nos identifica: el lenguaje, los hábitos, las costumbres, la cultura en general, la “manera de ser”. Nos da los componentes espirituales que nos hacen singulares como personas y a la vez parte de un grupo como comunidad”. (González. Pág. 51, 52)

De modo que el reconocimiento del Municipio por parte del Estado es una formalidad jurídica necesaria que no debe reducirlo a una institución estatal, como no puede vincular al Estado a la persona humana por reconocer sus derechos. Requiere un sustrato espacial, pero es mucho más que una mera circunscripción política. También requiere de una población, que debe residir en dicho territorio o tener con ese lugar unos lazos permanentes de identidad. La persona humana se reconoce con una ciudad cuando es su lugar, es decir, tiene significados que compromete su afecto.

Uno de los asuntos que se discuten en el ámbito del Derecho Municipal es el del tamaño del Municipio, en tres aspectos: el número de habitantes, la existencia de un centro poblado y la suficiencia de recursos. Los tres son importantes y demandan análisis. Quienes sostenemos la tesis iusnaturalista estamos claros: Si existen vecinos en un asentamiento humano diferenciado allí hay un Municipio, porque esos vecinos en ese asentamiento humano tienen derecho a decidir sobre sus asuntos propios, con independencia de cuantos son y si tienen o no recursos propios. Si es poca la población se organiza como Concejo Abierto, libres de aparato burocrático, y si no tienen suficientes recursos deben hacer esfuerzos para disponer de ellos y luchar para generarlos y obtener los apoyos que debe darle el Estado para lograr superar su situación de precariedad. La viabilidad del Municipio pequeño o grande depende mucho de la conciencia política de su población, de su ciudadanía entendida como el empoderamiento de su lugar, y los recursos para atender las necesidades comunes típicamente urbanas: agua potable, limpieza, abastos, comunicaciones y los que vaya demandando el lugar para asegurarse una vida tranquila, bienestar y prosperidad. El Estado de Bienestar ha elevado la calidad de los servicios y ha innovado, en particular en las nuevas tecnologías. El abandono de los pequeños Municipios se produce cuando el contraste entre los servicios que ofrece la gran ciudad es tan grande que es capaz de romper el apego al lugar.

III. CATEGORÍA POLÍTICA

El Municipio es una entidad política porque tiene como misión el gobierno del lugar, por lo tanto, tiene que ser “lugarizado” que es una idea que comprende la sostenibilidad pero que es mucho más amplia. Para comprender la idea, con el permiso del profesor Villegas, recurro a Francisco González Cruz:

“La lugarización, como definición proemio, son todos los procesos que revalorizan a lo local, en el contexto de la globalización. Es la inclinación global hacia la valorización de lo local. Es el cambio en la naturaleza de los lugares, como consecuencia de los procesos de conexiones complejas y de transformaciones identitarias, propias de la globalización. El vocablo trasgrede las estrictas manifestaciones tradicionales de actuar administrativo y jurídico de los ámbitos locales. Envuelve una dimensión más omnicomprendiva de lo que es en sí lo local, pero que actúa como una fuerza compensatoria de sus procesos homogeneizadores en favor de la diferenciación y la identidad”. (Pág. 51)

La sostenibilidad es una condición política prestada a la ecología que le impone al Municipio ser como tiene que ser, no como se lo imponga ni el Estado ni los intereses ajenos a la comunidad local. El desarrollo de este concepto significó su liberación del estrecho marco de la economía donde surgió para hacerlo más amplio. Así, Municipio sostenible es un Municipio lugarizado, que es y debe ser expresión auténtica del lugar, una aptitud política del ecosistema urbano que tiene sus propios equilibrios, dentro de una realidad global que le amenaza y le fortalece si sabe cómo administrarse, que será hora el primer deber del gobierno local.

El gobierno de la ciudad como lugar sigue siendo el Municipio ahora más lugarizado que nunca y que debe organizarse de acuerdo con las demandas locales. Si es pequeño le bastará un Concejo Abierto o de pocos concejales, si es mediano tendrá que tener un Concejo más amplio que asegure una óptima representación de sus pobladores, y si se trata de gobernar una metrópoli asumirá el sostenimiento de las estructuras de un gobierno y de una administración complejas, que abarque el ámbito metropolitano y asegure su gobernabilidad, con Municipios pequeños que garanticen la participación de quienes pertenecen a los lugares con identidad y sentido de pertenencia como ciudades conurbadas, urbanizaciones o barrios, asentamientos periurbanos, aldeas y lugares incorporados por la fuerza centrípeta de la gran ciudad.

Con más de dos mil años de historia, el Municipio se mantiene como la institución más común y más idónea para el gobierno de las ciudades. Desde antiguo ha tenido sus fortalezas y debilidades, muchas de las cuales siguen unidas a él como formando parte de su naturaleza. Cada tiempo y cada lugar dibujó sus matices habida cuenta de los componentes particulares de cada sistema y les agregó los propios dependiendo de las circunstancias. El siglo XXI llega con un Municipio cargado de siglos, pero antes que un anacronismo incapaz de enfrentar los nuevos retos, pareciera que la pátina del tiempo lo hubiese fortalecido y preparado para seguir su andadura quién sabe por cuánto tiempo más.

En tiempos tormentosos de conflictos y guerras, mientras los poderes centrales se han ocupado de la muerte, el Municipio ha estado al lado de su gente. Los peores momentos los ha vivido cuando se han impuesto los autócratas y dictadores que concentran el poder, eliminan la autonomía municipal y designan cónsules y subalternos, muchas veces entre la propia élite local, que han sustituido a los ciudadanos investidos de la soberanía popular. El intervencio-

nismo centralizador siempre ha producido consecuencias desastrosas para la ciudad y sus habitantes cuando desde el poder central se ha dudado de las capacidades locales para gestionar sus asuntos, se le han negado recursos políticos y financieros, recurrido a mecanismos de sometimiento y coartado las iniciativas. Por el contrario, cuando se ha procedido apelando a relaciones de cooperación, a mecanismos de coordinación, o brindando apoyo y asistencia técnica y financiera, es decir, acompañando al Municipio en sus esfuerzos de gestión de los intereses locales, en la búsqueda de soluciones negociadas, entonces los éxitos y logros han sido evidentes. Esa es la experiencia que puede ser constatada en miles de Municipios, unos reducidos a entelequias burocratizadas y los otros orgullosos de sus éxitos. Basta viajar, leer los informes o recorrer los incontables caminos de Internet para darse cuenta de que las vías francas son conocidas, como también las trochas por donde han metido al Municipio quienes apuestan por la centralización. Por supuesto que cuando el poder central es tiránico y concentra el poder y los recursos, si los tiene en abundancia, le será suficiente montar un aparato burocrático y los distribuye generando bienestar sin libertad. Es el caso de China a partir de su conversión del comunismo al modelo capitalista salvaje.

Existen otras formas de gobierno de las ciudades como los principados, las comunas, los regímenes fundamentalistas islámicos, los gobiernos tribales o la anarquía. Pero cuando nos referimos a un sistema cuyos componentes básicos son la democracia, la autonomía, la atención de determinadas competencias y disposición de recursos propios, entonces estamos en presencia del Municipio. Estos elementos suelen presentarse con muchas o pocas deficiencias, pero ello no desnaturaliza la esencia del modelo municipal. El Municipio es una institución política, un sistema de autogobierno urbano que atiende los asuntos propios de la vida local y una instancia de gestión de los servicios públicos.

La condición, categoría o naturaleza política del Municipio demanda ciudadanía, que la ciudad sea una auténtica polis en el sentido aristotélico, que desarrollo en mi libro *Ciudad Política*, del que he tomado algunas notas.¹

IV. AUTONOMÍA

El Municipio se define como el sistema de gobierno autónomo de una ciudad. Es en primer término autónomo porque tiene las posibilidades de tomar decisiones sobre los asuntos propios de la vida local sin sujeción a otra autoridad política. La autonomía es política porque sólo sus habitantes están habilitados para elegir a quienes ejercen el gobierno local y solo sus habitantes pueden ser elegidos para ocupar dichos cargos. Eso significa que el sistema electoral debe considerar el Municipio como una circunscripción electoral singular. La

¹ GONZÁLEZ C., Fortunato. 2019. *Ciudad Política*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

autonomía política comprende además la potestad de establecer las reglas jurídicas locales que aseguren la convivencia, la tranquilidad, el bienestar y la prosperidad de sus habitantes con arreglo a sus propios intereses. Estas normas se denominan ordenanzas y son leyes en sentido material y en sentido formal. El gobierno local es colectivo porque cuenta con un cuerpo pluripersonal que sanciona las ordenanzas y decide en última instancia sobre las materias que debe atender, los ingresos propios y en que se deben gastar, y sobre cualquier otro asunto de interés local. Este ente se denomina concejo municipal, cabildo o ayuntamiento, palabras equivalentes, aunque puedan significar pequeñas diferencias. Puede o no haber un ejecutivo, aunque parece ser esencial al Municipio, dependiendo de la complejidad de los asuntos que debe atender. La autonomía política también significa que las decisiones del gobierno municipal sólo son revisables por el Poder Judicial, jamás por una jerarquía ejecutiva provincial ni nacional.

El ejercicio autonómico del poder local no significa independencia ni autocracia, porque se practica dentro de su propio subsistema jurídico que a su vez se integra con los sistemas jurídicos provincial, regional, nacional y supranacional, que le establecen pautas y condiciones con el fin de lograr coherencias y armonías más amplias. El subsistema jurídico local es parte del sistema jurídico, pero tiene una particularidad aparte de los valores de asegurar la libertad y la seguridad, y es el sentido bastante más específico de ser la garantía del bienestar, la prosperidad y la convivencia. Por ello el Derecho Administrativo adquiere una gran importancia porque se refiere a la cotidianidad de las relaciones entre administrador y autoridad local, en lo que atañe a ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio, servicios públicos, espacios públicos, abastecimiento, convivencia y en general cuanto sea materia propia de la vida local.

El profesor José Luís Villegas es abogado, no político y de allí que en su libro dedique un Capítulo a la autonomía con una visión jurídica, como los juristas Eduardo García Enterría, Allan Brewer Carías, Luciano Parejo, José Araujo Juárez y otros. En esa línea desagrega el principio autonómico en autonomía política, normativa, tributaria y administrativa. En fin, la autonomía en el Municipio equivale a la libertad en la persona que le habilita para hacer y no hacer según lo decida, para lo cual existen guías morales y éticas, políticas y jurídicas, y sobre todo sociales, el interés general y el cumplimiento de la finalidad de asegurar la tranquilidad, el bienestar y la prosperidad de sus habitantes.

V. COMPETENCIAS Y RECURSOS

Se puede comenzar con un listado de servicios como el agua y la recolección de desechos, pero no es el caso ahora. Los servicios públicos, la ordenación urbana y en general la gestión de los asuntos propios de la vida local las damos por supuestos. El tema en estos tiempos es el desafío de la globalización incluidas las nuevas tecnologías de la comunicación. Las transformaciones ocurridas a través del tiempo en todos los órdenes también se dan en el Municipio tanto desde dentro como desde afuera. La globalización es uno de estos nuevos

fenómenos, y la naturaleza de las relaciones globales impone al Municipio nuevos desafíos. La población local no tiene la misma composición del antiguo Municipio desde su origen hasta bien entrado el siglo XX. Antes, los pobladores de un término municipal se conocían desde siempre y entre ellos se había cocido una identidad bien definida que incluso llevaba a sellar la identidad personal e incorporar al nombre propio el de la ciudad de donde se procedía. Se nacía y se moría allí, en el lar nativo, y por generaciones se mantenían las raíces bien sembradas en el lugar de nacimiento. Los habitantes de la ciudad tenían las mismas costumbres, pertenecían a la misma iglesia; se asignaban las ocupaciones, posiciones y los oficios por tradición familiar e incluso se ubicaban en la trama urbana según su categoría social y el tipo de labores que desempeñaban. Los forasteros constituían una curiosidad y generalmente no eran bien recibidos. La ciudad antigua era endógena, tribal, étnica, y poco a poco se fue abriendo a los venidos de otras partes para integrarlos unas veces bien y otras sin permitirles echar raíces.

Si bien la regla sigue siendo la permanencia en la ciudad donde se nace, la asignación de funciones y papeles no es tan lineal como antes. La educación, la libertad y la igualdad han favorecido la movilidad vertical, la formación de un estrato poblacional medio y la reducción drástica de la aristocracia, hay mucha más movilidad en las élites de modo que la población de la ciudad actual es más igualitaria y más dinámica. Si bien siguen existiendo estratos sociales más o menos diferenciados y su ubicación en el espacio urbano es visible, la ciudad es mucho menos excluyente que la existente hasta mediados del siglo XX. Si antiguamente se ordenaba la ciudad por categorías sociales, hoy la gente vive en los cascos históricos o en zonas residenciales según su poder adquisitivo, no según su 'categoría' social, lo cual hace a la ciudad más homogénea y menos discriminatoria.

La movilidad planetaria que se produce como consecuencia de los cambios tecnológicos en los medios de transporte comprende los movimientos migratorios, la población flotante, los viajeros frecuentes y los turistas. Cada una de estas categorías tiene sus particularidades y son habitantes permanentes o temporales del Municipio. La ciudad ya no pertenece a sus habitantes originarios y se tienen que generar mecanismos de integración y asimilación de los que van llegando. Por supuesto, no siempre se da el proceso de integración, por lo que se forman enclaves o guetos con gentes de la misma procedencia que constituyen un reto para el Municipio, que debe comprender por igual a los antiguos habitantes y a los recién llegados. Pero eso no siempre es posible porque existen grupos étnicos que se resisten a integrarse, que sólo persiguen objetivos económicos o de mera sobrevivencia y reproducen sus costumbres en un espacio de la ciudad cerrándose a la integración. Existen graves retos con respecto a grupos de población que profesan religiones o conservan culturas que contrastan abiertamente con las propias. Este es un formidable desafío al gobierno local que tiene que garantizar a todos el derecho a la ciudad.

El componente gobierno ha experimentado los desafíos de la globalización y está cada vez más condicionado por los avances tecnológicos que demandan conocimientos técnicos y asesorías especializadas. La gente demanda más calidad en la prestación de los servicios tradicionales y nuevos servicios públicos, acceso a los bienes tecnológicos, mayor transparencia, fortalezas para mantener la identidad y capacidad para integrarse a los procesos globalizados. Ya no se trata de un Municipio que se conforme con prestar los servicios públicos básicos, sino de un Municipio innovador y emprendedor que lidere el desarrollo local y asegure más calidad de vida a sus habitantes. El desafío adquiere una nueva naturaleza distinta al tradicional papel que venía desempeñando históricamente. El Municipio tiene que buscar alianzas con otros Municipios, entes internacionales, empresas, organizaciones no gubernamentales, vincularse a redes innovadoras que le permitan asumir con seguridad retos audaces.

También la población demanda nuevas formas de participación más eficaces de modo que las decisiones gubernamentales tomen en cuenta sus criterios u opiniones, los involucren en soluciones a determinados problemas, les facilite la comunicación con sus representantes. En este sentido se hace indispensable ampliar los mecanismos de participación directa de la población en los asuntos del gobierno, aprovechar las redes sociales, incorporar Internet y las ilimitadas posibilidades que ofrece. No me gusta la expresión “gobierno electrónico”, una chocante frase que sugiere la posibilidad de que la participación se reduzca al ámbito virtual, cuando es la cercanía personal la característica más rica e importante del gobierno local.

Ahora existen nuevas patologías que se superponen a las antiguas de la ignorancia y las carencias de ciudadanía, la pobreza extrema, la exclusión, la intolerancia y el egoísmo, como las amenazas al ecosistema, las pandemias como la del virus COVIT-19 y la mucho más que una cuarentena impuesta, el populismo, las ideologías reduccionistas, la delincuencia global, el cartelización de la economía y muchas otras. Toda esta fenomenología global con sus patologías impacta a lo local e impone nuevos desafíos a sus habitantes y a sus autoridades que tienen que hacer enormes esfuerzos financieros, tecnológicos y de relaciones para enfrentarlas. Le impone cambios sin desnaturalizar las esencias humanizantes de lo local.

La ciudad debe contar ahora con un Municipio capaz de gestionar desafíos enormes para lo cual tiene una guía en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030, a lo que se refiere Villegas en su artículo “*Las ciudades iberoamericanas: perfiles de sostenibilidad y resiliencia. Una mirada en perspectiva*”. (Pág. 11-56).² Nos plantea Villegas en este trabajo los retos de las llamadas ciudades inteligentes, el cambio climático, la transición energética, la movilidad, el agua, los movimientos migratorios y hace un esfuerzo por pintar los escenarios futuros. En este punto se apoya en los estudios del BID y estima que para el año

² En revista PROVINCIA, Número 39, Especial, 2018-2019.

2050, casi nueve de cada diez latinoamericanos vivirán en las ciudades, que América Latina registra ya uno de los más altos niveles de concentración en metrópolis densamente pobladas, y este crecerá con el tiempo. Y advierte que “la clave para lograr centros urbanos sostenibles radicarán en el uso de las nuevas tecnologías, las fuentes de energía limpias, la innovación y una estrategia de desarrollo urbano más amplia que incluya una mejora de la infraestructura de transportes, del uso del suelo y del alojamiento. Este enfoque reducirá el impacto medioambiental e incrementará la productividad y la habitabilidad”.

Para atender y prestar los servicios públicos con óptima calidad, mantener el orden urbano, tener la ciudad limpia y bien cuidada, hacerla segura y en general ocuparse de los asuntos propios de la vida local, el Municipio requiere recursos. Si se le agregan las demandas que impone la modernidad como la conectividad, el cuidado del ambiente o el apoyo a los emprendimientos los requerimientos se elevan. Nuestro autor comentado describe los tipos y las fuentes de los recursos, incluso las alianzas entre el Municipio y los sectores de la economía para apoyar determinadas iniciativas. En fin, de lo que se trata es que el Municipio disponga de recursos y si no los genera tendrá que recurrir a los fondos nacionales e internacionales que le permitan apoyar las acciones para darse una base económica capaz de sostener los gastos. Cuando se aborda al tema de los recursos normalmente se va a los financieros; sin embargo, son muy importantes otros a los que se debe atender: humanos, infraestructura, institucionales, servicios y conectividad, equipos, financieros.

a) Recursos humanos. Sin buenos funcionarios antes que ayudar a resolver lo que se hace es entorpecer y enredar. La burocracia generalmente tiende a inventar trámites y complicar los procesos. Para tener un cuerpo de funcionarios que funcione bien deben ser seleccionados por concurso de méritos, conocimientos y actitudes; iniciados sobre las funciones que deben desempeñar y la misión de la unidad administrativa y de la institución, recibir capacitación y entrenamientos permanentes, gozar de buenas remuneraciones y recibir las sanciones que merezcan justas, oportunas y eficaces.

b) Infraestructura. El Municipio y su aparato administrativo debe contar con instalaciones bien diseñadas, dignas, cómodas, espaciosas, iluminadas, frescas, de modo que quienes allí laboran se sientan bien y presten su servicio con gusto. Esto vale para los ciudadanos que deben sentirse orgullosos de su casa consistorial y de la atención que reciben.

c) Institucionales. Que también se pueden denominar de organización interna, de modo que el Municipio sea proporcionado a la realidad, ni muy pequeña una organización interna recargada de trabajo, ni más grande de lo necesario con puestos para amigos y allegados, genere holgazanería y gastos inútiles y por supuesto ineficiencia. Los entes descentralizados deben crearse por estricta necesidad institucional y no por el afán de descentralizar sin sentido. Es preferible una desconcentración generalmente motivada para acercar la atención a los ciudadanos y ser más eficientes. La descentralización solo se justifica cuando el servicio demanda una alta dosis de autonomía, lo que significa incrementar los mecanismos de control.

d) Servicios y equipos. Para una buena gestión municipal se requiere una adecuada dotación de los servicios públicos y además espacios para el descanso a media jornada, si hay una cantidad apreciable de empleados un cafetín, y si tienen niños contar con guardería. Los equipos deben ser de buena calidad, de tecnología no obsoleta conectados a internet que permita prestar servicios online y atender a los propios funcionarios y a los ciudadanos de manera inmediata. El orden y el buen servicio comienza en casa, desde la digna sala de sesiones y el despacho del alcalde hasta donde se guardan los enseres de la limpieza.

e) Financieros. El Municipio no puede ser menesteroso y debe contar con suficientes recursos financieros para atender sus gastos. La primera fuente de ingresos debe ser los impuestos, tasas y precios que deben pagar todos los ciudadanos. Todos deben ser contribuyentes, aunque por sus precarias economías se les devuelva una parte. Es importante que los ciudadanos sientan que cumplen con su ciudad y aportan, aunque sea poco porque ello genera cultura cívica. Luego son importante las alianzas con el sector privado y con las comunidades para que contribuyan en determinados programas y proyectos. En tercer lugar, se puede contar con recursos transferidos condicionados a proyectos de interés público, y luego la transferencia que provengan de las instancias nacionales con el objeto de atender asuntos como la superación de la pobreza, el apoyo a planes de desarrollo. Lo peor que le puede suceder a un Municipio es que por incapacidad financiera no pueda pagar su nómina.

Si bien el Derecho Administrativo forma parte del sistema jurídico nacional con elementos de la dogmática jurídica, de rango constitucional y de los principios generales de esta especialidad, como lo estableció la Constitución Provincial de Mérida (Venezuela) sancionada el 31 de julio de 1811, quizás la primera republicana de América, “las normas de las ordenanzas debe dictarla la prudencia” Ni la fría imposición de un Karl Smith y el “imperio de la ley”, ni la flexibilidad caribeña que no garantiza el orden.

Los fines de la norma constitucional son el bienestar y la prosperidad, o como lo consagra la Constitución de Ecuador, “el buen vivir”, y esos deben ser también los fines de las normas locales desarrolladas para que los ciudadanos vivan tranquilos, desarrollen a plenitud su personalidad y realicen sus sueños, mediante el establecimiento de unas pautas dentro de las cuales puedan convivir las personas y funcionar adecuadamente sus instituciones. Se trata de colocar en primer lugar a las personas, sus familias y las comunidades donde viven, nunca ni los intereses de los gobernantes ni de las estructuras de poder, ni del aparato administrativo burocrático, todo al servicio de los ciudadanos.

Es importante que el Municipio cuente con espacios de calidad, ubicados según el principio de centralidad de modo que sean elementos de identidad e instrumentos de cohesión, con diseño que favorezca el encuentro entre políticos, funcionarios y ciudadanos y limite la avaricia propia de la burocracia. Existen diseños vanguardistas, el ecodiseño y el biodiseño, pero nada como las viejas casonas consistoriales que preservan la memoria. Es importante que la sede del gobierno local tenga la dignidad propia de la representación de la sobe-

ranía popular. También es fundamental que en ciudades grandes y extensas se organicen en pequeños Municipios con uno mayor, y se definan centralidades que le aporten coherencia a cada lugar y vincule a todos a la centralidad mayor. Un buen ejemplo es Montreal que tiene un centro histórico que llama a todos los habitantes de la gran ciudad, y centros locales que convoca a los habitantes de sus distintos Municipios menores. En América son buenos ejemplos Lima en el Perú y la Mérida de Yucatán, sólo para nombrar dos de los más conocidos.

Los espacios virtuales son de primera importancia, de modo que por la Web los ciudadanos tengan acceso a la información y puedan realizar sus trámites, sin menoscabo del contacto personal para quienes deseen intercambiar con sus servidores públicos. Las nuevas tecnologías en las administraciones locales son un gran desafío al Derecho Administrativo Municipal que imponen nuevas formas de regulación que garanticen la seguridad jurídica y libere a la administración de la rigidez que enerva su eficiencia y su eficacia.

En general, los Municipios gozan de buena salud, siguen teniendo un alto grado de aprecio entre los ciudadanos y garantizan un buen nivel de gobernabilidad. El crecimiento urbano, la metropolitanización y la globalización les impone nuevos retos que les obliga a ampliar la cooperación, los intercambios y aprovechar el aprendizaje que ofrece la historia del Municipio, en medio de un mundo de cambios vertiginosos. El mundo del futuro es un mundo de ciudades y el Municipio seguirá siendo la mejor expresión del poder de los ciudadanos.

Si la ciudad requiere de nuevos paradigmas administrativos, las antiguas y venerables estructuras del municipalismo han sabido recibir y asimilar las innovaciones de los nuevos tiempos. La administración de la ciudad, ya entrado el siglo XXI, demuestra su fortaleza y la inagotable capacidad de asimilar los grandes cambios ocurridos desde la antiquísima ciudad de UR hasta hoy. La globalización, las nuevas tecnologías, los viejos y nuevos desafíos son retos para el Municipio que seguirá siendo en su esencia el buen gobierno de los ciudadanos y la garantía de su bienestar y prosperidad.

De la larga y rica historia del Municipio español, germen del Municipio americano; de la experiencia del Municipio en los países americanos y en particular del Municipio venezolano; de la valoración de la experiencia del Municipio definido en la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y su expresión legislativa en 1989, podemos llegar a unas proposiciones preliminares que nos permitan la definición más precisa de un nuevo Municipio para el siglo XXI:

1. Un Municipio con una clara definición sociopolítica como ha sido tradición y como corresponde a la tendencia que marca la globalización. No se trata de una simple demarcación territorial sino una comunidad con elementos claros que la identifican y distinguen, a la cual el Estado le reconoce como Municipio, es decir, el ejercicio de unas potestades de gobierno y administración en régimen autónomico dentro de un territorio determinado, con la responsabilidad de administrar los asuntos propios de la vida local, con derecho a participar en los

procesos de toma de decisiones supramunicipales cuando las decisiones que se discuten afectan a los intereses de la población que forma la comunidad local, y dispuesta a colaborar en la ejecución y prestación de cometidos y servicios supralocales.

2. Un Municipio lugarizado, es decir, pertinente o apropiado a la realidad social y espacial que representa y que se ocupa de los asuntos que le son propios. La organización municipal será entonces heterogénea, adaptada a las necesidades de cada comunidad. La diversidad municipal debe provenir de la misma definición constitucional y manifestarse en las competencias y servicios que debe atender en forma obligatoria, y en la mayor o menor complejidad de su estructura organizativa.

3. Un Municipio sostenible por la propia economía local, de manera que su estructura burocrática y sus gastos ordinarios de administración sean pagadas con ingresos propios. Las comunidades que quieran ser reconocidas como Municipios deben soportar los órganos de gobierno y administración en quienes confían sus asuntos mediante la tributación local y de ser posible los servicios mínimos. Para ello debe extenderse la base de contribuyentes y hacerse mucho más eficiente la recaudación.

4. Suficiencia financiera, de modo que se aproveche la capacidad tributaria local, los ingresos transferidos respondan a criterios de justicia y tengan carácter compensatorio de graves desigualdades sociales, por lo que además de los criterios de distribución por población, deben agregarse los criterios territoriales y el de desarrollo relativo.

5. Un Municipio eficaz, de manera que atienda a las demandas de la comunidad, represente los intereses propios de la vida local, preste los servicios que debe prestar con calidad óptima, impulse el desarrollo según la vocación estratégica del lugar. Esto implica una amplia base de participación ciudadana la cual debe estar bien informada y estimulada a contribuir en el proceso colectivo que conduzca a mejorar su calidad de vida, asegure su bienestar y su prosperidad, y a preservar los valores colectivos.

6. Una asignación clara de responsabilidades municipales. La superación de la asignación de competencias exclusivas y concurrentes para darle paso a una determinación inequívoca de responsabilidades por niveles territoriales de gobierno. La población debe conocer de qué asuntos específicos se tiene que ocupar su gobierno local, cuales son los recursos disponibles, cuales los potenciales, participar en la asignación de dichos recursos a las prioridades locales y en la evaluación de los resultados. La Constitución debe señalar de manera genérica las competencias municipales y los servicios mínimos que deben prestar los Municipios de manera que cuando se desarrollen esos principios, el Municipio esté habilitado para gestionarlos dentro de la legalidad. El establecimiento constitucional de los principios de concurrencia, subsidiaridad y cooperación es conveniente. También es de nuestra opinión que se establezca el principio de que el Municipio es autónomo para resolver sobre los asuntos propios

de la vida local y en las demás materias dentro de los tres principios antes anotados de concurrencia, subsidiaridad y cooperación, fortalecer el papel que le corresponde al Municipio en la gestión de las materias que tienen una expresión local: educación preescolar, básica y para el trabajo y para el ejercicio de la ciudadanía; salud ambulatoria y salubridad; ordenación del territorio, urbanismo, vivienda, circulación y transporte, patrimonio histórico y cultural; ambiente; protección civil; desarrollo económico y social; cultura, deporte, recreación y uso del tiempo libre, entre otros.

7. La modernización de la función pública municipal para que cada Municipio sea capaz de responder con eficiencia a los principios y exigencias de liderazgo, participación, subsidiaridad, calidad, competitividad, complejidad, responsabilidad, y alianzas estratégicas de cooperación. El gobierno municipal debe responder a los principios de participación y transparencia de manera que las decisiones sean tomadas mediante mecanismos eficaces de gestión colectiva. Todos los Municipios por pequeños que sean y rudimentaria su administración deben dominar las técnicas básicas de administración y gerencia, contabilidad y manejo presupuestario, tener sus normas de procedimientos y sus ordenanzas actualizadas. Los Municipios más grandes tienen que orientar sus actuaciones mediante la planificación estratégica, dominar la tecnología de formulación y evaluación de proyectos, establecer técnicas modernas de gestión del personal y los procesos administrativos deben estar automatizados.

8. Un Municipio emprendedor que impulse el desarrollo local sostenible, estimule la creatividad y el emprendimiento entre sus habitantes, apoye las iniciativas económicas que contribuyen al desarrollo local, genere empleos productivos y aproveche las potencialidades locales.

BIBLIOGRAFIA

GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato José. *Ciudad Política*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2019.

_____. *Lugarización*. Fondo Editorial UVM. Valera 2013.

VILLEGAS, José Luis. *Derecho Administrativo Municipal*. Librería y Galería Sin Límite. San Cristóbal. Venezuela 2007.

_____. *Doscientos años de municipalismo*. FUNEDA. UCAT. Caracas 2010.

_____. En *Revista PROVINCIA*, Número 39, Especial, 2018-2019. CIEPROL. Mérida. Venezuela.

EL FRUSTRADO PROYECTO DE LEY DE MANCOMUNIDADES. 1912

Enrique ORDUÑA REBOLLO
Secretario General de la OICI

INTRODUCCIÓN

Con gran oportunidad y acierto, por parte de amigos, profesores y alumnos del Dr. José Luís Villegas Moreno, se ha previsto reunir en un volumen una serie de trabajos en homenaje a este joven, pero experimentado, maestro con el merecimiento a que se ha hecho acreedor. Los que hemos tenido la fortuna de tratar a José Luís Villegas, tanto desde planteamientos profesionales como de amistad tenemos el convencimiento de que cualquier merecido recuerdo que ponga de relieve su figura, debe considerarse como un acto de estricta justicia.

No trato de hacer su *“laudatio”* reservada a los impulsores de este homenaje. De todos es conocida su larga y amplia trayectoria como administrativista en la venezolana Universidad Católica de San Cristóbal del Táchira, colaborando estrechamente con los sucesivos rectores y grato recuerdo, padres José del Rey y Arturo Sosa. Actividad centrada no sólo en la docencia, sino también en la investigación y el estudio, muy especialmente de los problemas municipales y ambientales, cuya muestra abundante ha plasmado en diversos libros, artículos, en definitiva, una amplia bibliografía que acredita su valor y rigor intelectual. A lo que debe añadirse la experiencia en cargos directivos universitarios, pues ostentó el decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y la dirección de la Escuela de Derecho de dicha Universidad.

En la búsqueda de nuevos espacios de libertad, el profesor Villegas se trasladó no hace muchos años a España donde ha continuado su magisterio en esta ocasión en la muy acreditada Universidad Pontificia de Comillas ICAI-ICADE como profesor de Derecho Administrativo Económico en la Facultad de Derecho y de Fundamentos de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Humanas. Aunque alejado de las aulas, el que escribe estas modestas líneas, no por ello he dejado de mantener el contacto con alumnos de diversos centros universitarios, y precisamente en los que se refieren a ICADE, he comprobado, pese a su corta ejecutoria de cuatro años, el manifiesto aprecio a las mejores cualidades docentes del profesor Villegas, el grato recuerdo de los

que fueron sus discípulos y los que lo son en estos momentos difíciles del año de gracia, o mejor de prueba, de 2020.

En la ejecutoria municipalista y ambientalista del profesor Villegas no podemos omitir su vinculación desde hace más de veinte años con la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI). Ha participado con la entrega y vocación habitual en él en diversas actividades de esta asociación de Municipios: Congresos, Simposios, Encuentros, Cursos de Pasantías, etc. precisamente ha incidido con carácter fundamental en los dos ámbitos de su especialidad: el municipal y el medioambiental. Su permanente presencia y colaboración ha supuesto con todo mérito, su inclusión como vocal en el Comité Científico de la misma. La coincidencia en Madrid de la sede de la OICI y la actividad docente del homenajeado nos permite pronosticar que continuará ilustrándonos con su magisterio y sus aportaciones intelectuales. Pero es hora de retornar al verdadero fin de este preámbulo y se trata de discurrir sobre un tema histórico-jurídico de gran trascendencia, que un siglo después de plantearse puede servir de explicación a realidades y problemas de la España que entra en la tercera década del siglo XXI.

II. ANTECEDENTES DE UN PROBLEMA DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO ESPAÑOL

La organización territorial del Estado español, liberal y centralizado, surgió en 1812 y consolidado a lo largo del siglo XIX, experimentó a finales del mismo una verdadera oleada de afanes descentralizadores con incidencia en la periferia, especialmente en Cataluña, expandido por diversos ámbitos: políticos, universitarios, intelectuales, etc. con el fin de buscar soluciones a una situación que se iba agravando día a día.

El desarrollo de los estudios sobre el fuerismo local por un lado¹, y por otro las corrientes románticas de la época derivaron hacia los nacionalismos periféricos y por un afán descentralizador que se extendió en los medios intelectuales y políticos, incluso en los ámbitos gubernamentales. Aunque en otras regiones como el País Vasco o Galicia prosperaron con desigual intensidad dichas corrientes, vamos a centrar nuestra reflexión en Cataluña donde el tratamiento jurídico y político de la cuestión alcanzó la mayor resonancia y cuyas consecuencias se prolongan con difícil solución avanzado el siglo XXI, como decíamos anteriormente.

¹ Entre otros: MARTÍNEZ MARINA, Francisco. Teoría de las Cortes. Madrid. Editora Nacional. 1979, 3 vols. MUÑOZ Y ROMERO, Tomás. Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla y León, Corona de Aragón y Navarra. Madrid. 1847. Colección de Fueros y Cartas Pueblas de España. Madrid. Academia de la Historia. 1852.

Para centrar nuestra reflexión es preciso retroceder ciento veinte años en la Historia de España. A lo largo del siglo XIX habían desaparecido los vestigios de la organización autónoma de Cataluña, sin embargo, en el último cuarto de siglo Pí y Margall, Valentín Almirall y otros pensadores y políticos, hicieron posible la aparición del catalanismo, fundamentado en tres aspectos generadores del mismo: el literario, el jurídico y el político. El primero se inició en 1878, en unos juegos florales; su tendencia sería la menos radical de todos, limitándose a proclamar las excelencias de la lengua catalana y al deseo de pronunciar en ella discursos y componer trovas. El aspecto jurídico se manifestó en 1881 con motivo de los trabajos preparatorios para la publicación del Código civil y con la aspiración de mantener su derecho foral. Finalmente, el aspecto político apareció en 1885, cuando a consecuencia de las cuestiones económicas derivadas de los Tratados, se unieron a los literatos, los juristas y los industriales, los cuales creyéndose lastimados en sus intereses presentaron al rey Alfonso XII un “*Memorial de Agravios*”, en el que exponían, lo que a su entender, les perjudicaba y pedían soluciones que pasaban por la concesión de una amplia autonomía política.

Paralelamente a estos orígenes político-culturales del catalanismo, hemos de recordar la actividad de los federalistas, que ya en mayo de 1869, además de hacer un canto a las libertades muertas, expresaban el deseo de completar la formación de la nacionalidad por medio de la federación². Pero el catalanismo alcanzó su máxima expresión el 29 de marzo de 1892, día de la publicación de un documento elaborado por una comisión presidida por el obispo de Vich, Josep Torras y Bages, e inspirado en las constituciones catalanas de 1535, celebrada en Manresa y conocidas con el nombre de Bases de dicha ciudad. En las que recogía la restauración de las Corts Catalanes, la Real Audiencia del Principado de Catalunya y la oficialidad única de la lengua catalana. Dichas Bases proponían una España federal, en la cual Cataluña controlaría enteramente su gobierno interior, podría acuñar moneda y determinar su contribución militar al Poder central, bien mediante un ejército de voluntarios, bien por una compensación previamente convenida³.

Las aspiraciones del catalanismo, predeterminadas en las bases de Manresa, habían evolucionado en 1897 hacia un programa más posibilista, pero de contenido difícilmente homologable con la legalidad constitucional, como se comprueba por el manifiesto de la Unió catalanista, en el que, si bien hacían una concesión formal al distinguir entre poder central y poder regional, las competencias atribuidas a Cataluña con carácter exclusivo difícilmente podían ser asumidas por el Gobierno.

² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. ORDUÑA REBOLLO, Enrique y MARTÍN ARTAJO, Rafael. *Documentos para la historia del regionalismo en España*. IEAL. Madrid. 1977.

³ *Ibidem*. p. 157-176.

En el ambiente político favorable a la descentralización, diversos gobiernos liberales y conservadores intentaron dar solución al problema, aunque debemos advertir que sus propuestas se hacían desde la perspectiva de una reforma de las Leyes municipal de 1877 y provincial de 1882, plasmados en sucesivos proyectos de Ley como el de Moret en 1884, el de Romero Robledo del mismo año, en 1881 el de Sánchez de Toca que institucionalizaba el espacio regional. Iniciado el siglo XX fueron los proyectos de reforma local suscritos por Alfonso González en 1901, de nuevo Moret en 1902 y el de Maura de 1903, hasta llegar a lo que hemos considerado el “*Gran debate Nacional del Proyecto de Maura de 1907-1909*”. En el que se ha considerado que la reforma más importante estaba contenida en la Disposición 3ª de las adicionales referente a las Mancomunidades, fórmula ideada para resolver la cuestión regional⁴.

La tramitación y vicisitudes parlamentarias del proyecto maurista han sido estudiadas ampliamente en anteriores estudios lo que nos dispensa no incidir en los detalles, el caso fue que después de ciento veinte sesiones, 2.950 discursos y 1.837 enmiendas⁵. La caída del gobierno Maura en 1909 a consecuencia de los sucesos revolucionarios de Barcelona en lo que se ha denominado la “Semana Trágica”, supuso el fin del proyecto de reforma probablemente, en los ámbitos locales y provinciales, el de mayor calidad técnica, más riguroso y completo hasta el de 1985

El nuevo gobierno presidido por Moret, publicó en la Gaceta de Madrid del 16 de noviembre un Real Decreto sobre descentralización administrativa, con la pretensión de ser la solución a las demandas de autonomía local y actualizar la caduca ley de 1877.

III. EL CAMINO DE LA DESCENTRALIZACIÓN: HACIA LA MANCOMUNIDAD CATALANA

El fin del proyecto Maurista de 1907-1909, dejó en el aire no sólo una inacabada y necesaria reforma del régimen local, ceñido por un corsé que treinta años después de la promulgación de la Ley Municipal, más de veinticinco de la Provincial, hacía imposible el normal funcionamiento de Ayuntamientos y Diputaciones, e incapaz para hacer frente a una sociedad en permanente cambio ni a los desafíos que la dinámica social imprimía. Algunas correcciones, como el mencionado Decreto sobre descentralización, o la supresión del Impuesto de Consumos, sal y alcoholes por la Ley de 12 de junio de 1911, eran remedios que no podían paliar el verdadero deterioro local, sin olvidar la acción del caciquismo que seguía imponiendo alcaldes y concejales.

⁴ ORDUÑA REBOLLO, Enrique. *Municipios y Provincias. Historia de la organización territorial española*. CEPC. Madrid. 2003, p. 519 y ss.

⁵ GASCÓN Y MARÍN, José. “La réforme du régime local en Espagne”. *Revue de Droit Publique et Science Politique*, nº 2, París. 1909.

El otro gran problema, verdadero obstáculo insalvable del proyecto como era la cuestión de Cataluña, camuflada bajo la institución de las mancomunidades donde se generó el mayor número de intervenciones a favor o en contra, y dilató el debate desde junio de 1907 hasta el verano de 1909, momento en el que aún estaba pendiente de discusión en el Senado el Libro II, auguraba una nueva carrera de obstáculos a la vista de los debates a la totalidad, del mes de enero. El fin todos lo sabemos, una ocasión más, desaprovechada para actualizar la Administración local española.

A aquellas alturas del siglo XX, la descentralización era ya un concepto inmerso en la vida pública española, ya no era patrimonio exclusivo de los conservadores o los regionalistas, sino que los liberales también asumían tales principios, con la excepción de Montero Ríos y algunos líderes más. De ahí las precauciones de Moret al final del debate en el Congreso del proyecto, ante la posibilidad de suceder a Maura en el Gobierno, más pronto o más tarde. Durante los años 1911 y 1912 será otro liberal, Canalejas como presidente del Gobierno, quien asuma la materialización del espíritu descentralizador.

Al margen de las diversas interpretaciones sobre la deriva hacia la postura descentralizadora de Canalejas, cuya firme oposición a estos principios se manifestó durante el debate del proyecto de 1907-1909 y a las diversas razones para justificar el cambio de postura del presidente del Gobierno, es interesante conocer la opinión de Cambó para justificar su nueva actitud. El político catalán lo atribuyó a influencias externas: la defensa del parrido laborista inglés del *home-rule*, las propuestas del francés Arístides Briand sobre la reforma administrativa en sentido descentralizador y regionalista, o cuando el Imperio Austriaco, proyectó la organización autónoma de Macedonia⁶. Aunque sin desechar esta opinión y su carácter especulativo, debemos atribuir tales posturas favorables, al entorno social y político que, cada vez, más intensamente rechazaba el centralismo del Estado.

1. *El proyecto de las Diputaciones catalanas*

Después del fin del proyecto maurista, en Cataluña no se había detenido el movimiento autonomista, reforzado y encauzado por el resultado de las elecciones de 11 de marzo de 1911 que dieron la victoria a la Liga Regionalista. Desde ese momento el papel desempeñado por Cambó fue decisivo, al convencer a Prat de la Riba que los tiempos de la política de denuncias habían cambiado. Una vez más aparecía la figura de la Diputación catalana única, promovida en su día por el general Polavieja⁷ pero en esta ocasión impulsada no por una

⁶ CAMBO, Francisco. *Memorias 1876-1947*. Editorial Alpha, Barcelona. 1984, p. 29

⁷ LÓPEZ COIRA, María Mercedes y JIMÉNEZ NÚÑEZ, Fernando. Exaltación y eclipse del general Polavieja. *Revista de Estudios Políticos* n° 54, Madrid. p. 205-222. LÓ-

acción del Gobierno central, sino por la iniciativa de las propias Diputaciones catalanas dispuestas a mancomunarse y simultáneamente obtener las posibles ventajas que pudiese facilitar una legislación obsoleta, pero de la que se podía deducir que el nuevo organismo local resultante, la flamante Mancomunidad asumiese las funciones administrativas de las Diputaciones.

Esta nueva hoja de ruta como diríamos hoy se confirmó el 16 de mayo de 1911. A partir de una iniciativa presentada por Durán y Ventosa y otros diputados, para que el presidente de la Diputación de Barcelona, a la sazón Prat de la Riba, se dirigiese a los de las otras Diputaciones catalanas y conjuntamente estudiar un proyecto de bases, sobre la constitución y funcionamiento de un organismo representativo de las cuatro provincias catalanas, sin perjuicio de la continuidad de los organismos provinciales⁸.

La moción presentada por los Diputados y respaldada por Prat de la Riba se justificaba por:

“La altísima necesidad de que la personalidad de Cataluña sea...mejor representada por un órgano superior a las actuales provincias, con facultades y medios para atender los intereses de orden general de nuestra tierra”⁹.

El trámite sería el habitual: designación de un representante por cada Corporación para la redacción del proyecto de bases y una vez aprobado por las cuatro Diputaciones se presentaría al Gobierno para su tramitación parlamentaria. El texto inicial fue aprobado por los partidos con representación en la Diputación de Barcelona, a excepción de los diputados de Lerroux. Superado el trámite por parte de las otras tres Diputaciones, se constituyó una ponencia presidida por Prat de la Riba para redactar unas primeras bases aprobadas el 21 de julio de 1911, abriéndose un plazo de veinte días de información pública para que las corporaciones municipales aportasen sugerencias o rectificaciones. La redacción de la ponencia de bases definitiva se encomendó a Prat, Concluida su actuación el documento definitivo lo aprobaron por aclamación las Diputaciones de Tarragona, Lérida y Gerona. En el caso de Barcelona se aprobó en la sesión del día 21 de octubre, después de un largo debate y la retirada de la minoría radical.¹⁰ Las Bases a que nos estamos refiriendo tenían una influencia del

PEZ SERRANO, Alfredo. *El general Polavieja y su actividad política y militar*. Ministerio de Defensa, Madrid. 2004.

⁸ BASSOLS COMA, Martín. *Las Mancomunidades provinciales entre la descentralización y el regionalismo. La Mancomunidad catalana. (1914-1925)*. Fundación Democracia y Gobierno Local. Madrid. 2014, p. 171.

⁹ MARTÍN RETORTILLO, Sebastián y ARGULLOL MURGADAS, Enrique. Aproximación histórica al tema de la descentralización. 1812-1931. En: *Descentralización administrativa y organización política*. Alfaguara, Madrid. 1973, vol. I, p. 299.

¹⁰ BASSOLS COMA, Martín... *Las Mancomunidades... op. cit.* Incluye el texto de las *Bases y los discursos de Prat de la Riba y Canalejas*, p. 172-191.

proyecto de ley de Maura de 1907, pero se ampliaba notablemente, no solo en la organización, sino en el número de las competencias, la delegación de éstas por el Estado y la Hacienda de la Mancomunidad.

Del discurso de Canalejas en el acto de presentación de las Bases el día 8 de diciembre de 1911, pese a asumir el documento, había dos aspectos que conviene destacar para conocer la postura del jefe del Gobierno y los liberales: por un lado, la búsqueda de una fórmula compatible con el estado en aquel momento de la Nación y con los del partido liberal de mantener aquellas facultades de soberanía del Estado que eran insustituibles y no podían desvincularse. Por otro, recordaba que la solución de este asunto no pasaba por la promulgación de una ley exclusiva para Cataluña. Por tanto, debía redactarse un proyecto para que pudiesen optar en toda España, con carácter voluntario, no preceptivo, las regiones que tuviesen una predisposición para constituir la Mancomunidad provincial, ya que todas no se encontraban en las mismas condiciones.

IV. EL PROYECTO DE LEY DE MANCOMUNIDADES 1912

Con tales criterios, en la primavera de 1912, siendo Canalejas presidente del Gobierno, el ministro de la Gobernación Antonio Barroso y Castillo presentó un proyecto de Ley sobre Mancomunidades provinciales, publicado en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados¹¹. Constaba de diez artículos y un preámbulo, en el que se hacía constar que no era una cuestión novedosa, sino que ya había sido tratada con detalle en el Proyecto de Ley de Reforma del Régimen Local de 1907.

Era propósito del Gobierno no olvidar el esfuerzo parlamentario que supusieron los debates de aquel proyecto, que había optado por presentar separadamente en el futuro lo referente a Municipios y Provincias. Efectivamente el 15 de octubre de 1912, el mismo ministro Barroso presentó un proyecto de Ley de Bases de Régimen Local, antes de que el Proyecto de Mancomunidades se discutiese en el Senado. Pero el asesinato de Canalejas frustró una vez más el intento de reformas.¹²

1. *El contenido del proyecto*

Con el recuerdo al proyecto de 1907, en el preámbulo se suponía la obtención favorable de las Cortes al de la constitución, dentro de la Soberanía del Estado, de las mancomunidades provinciales en términos análogos a los aprobados en el Congreso y el dictamen favorable de la Comisión del Senado. Pretendía el Gobierno responder no sólo a las demandas de los pueblos, en probable referencia a Cataluña, sino dar cauce a la opinión de las sucesivas Asam-

¹¹ DSC N° 122, de 25 de mayo de 1912, Apéndice 1°.

¹² ORDUÑA REBOLLO, Enrique. *Municipios y provincias... op. cit.*

bleas de Diputaciones, afirmación que nos produce dudas, pues en dichas Asambleas, realizadas desde 1894, fundamentalmente se trataba la defensa de los intereses provinciales, problemas económicos, agrarios o cerealistas, oposición a los aranceles, peticiones de igualdad fiscal, etc.¹³

El artículo 1º preveía que las provincias representadas por sus Diputaciones podían mancomunarse temporal o permanentemente para fines *exclusivamente administrativos*. La iniciativa correspondería, además de al Gobierno, a las Diputaciones que lo desearan, invitando a las demás participar y reunirse para tomar el acuerdo de mancomunarse, con el requisito de al menos las dos terceras partes de los diputados de cada una de las presentes. En la misma reunión debían fijarse el conjunto de las bases que contuviesen el objeto de la mancomunidad.

En el caso de que las mancomunidades se limitasen a ejercer las facultades y servicios que la Ley provincial atribuía a cada una de las Diputaciones, sería suficiente poner el acuerdo en conocimiento del Gobierno, el cual concedería la autorización necesaria. El siguiente párrafo del artículo 2º sería objeto posteriormente de amplios debates, pues preveía la posibilidad de que la mancomunidad realizase actos y servicios no previstos en la Ley provincial, para lo que necesitaban para su ejecución las oportunas delegaciones del Gobierno y el detalle de tales competencias debían formularse en el proyecto de las Diputaciones mancomunadas.

Realizado el proceso anterior, se fijaría un domingo para que todos los Ayuntamientos constituidos en sesión extraordinaria trataran del establecimiento de la mancomunidad en todas las provincias que presuntamente la integrasen, con el fin de que los concejales emitiesen el voto favorable o negativo a su constitución y al proyecto íntegro de la misma. Para la aprobación de lo anterior, se precisaba el voto favorable de las dos terceras partes de los concejales. Con todos los antecedentes reseñados, el Gobierno sometería la aprobación del proyecto a las Cortes.

La mancomunidad no sería forzosa para ninguna provincia. Aprobado definitivamente el proyecto, cada una de las Diputaciones interesadas designaría tres representantes para concurrir a la asamblea constitutiva de la mancomunidad, que tendría lugar en la capital más populosa de las provincias mancomunadas, convocada y presidida por el gobernador civil, en la que se aprobaría por mayoría el régimen reglamentario, teniendo en cuenta el proyecto aprobado. Constituida la mancomunidad, cuya Junta sería presidida por el vocal más antiguo o el que se eligiese por votación, y el órgano resultante tendría plena capacidad jurídica para cumplir los fines consignados en el acuerdo.

¹³ ORDUÑA REBOLLO, Enrique. *El regionalismo en Castilla y León*. Presentación de Luciano Parejo Alfonso. Ámbito Editorial, Valladolid. 1986, p. 125-131.

El artículo 6º disponía, que sería competencia de las mancomunidades provinciales realizar todos los fines de las Diputaciones que las constituyesen. En el caso de solicitar del Gobierno servicios atribuidos a la Administración central por medio de delegación en materia de obras públicas, instrucción o beneficencia, se ceñirían a lo dispuesto en el artículo 2º, sino que tales delegaciones no entrarían en vigor hasta que las Cortes no lo aprobasen. Los dos artículos siguientes contenían la relación de servicios delegados y los recursos presupuestarios.

Entre los primeros: construcción y conservación de carreteras, que no superasen el territorio de las provincias mancomunadas; ferrocarriles, tranvías, puentes, canales y pantanos del mismo; establecimiento de líneas telegráficas telefónicas interurbanas; creación, ampliación y sostenimiento de institutos, centros de enseñanza de artes y oficios, agricultura, industria, bellas artes y comercio; creación, sostenimiento y administración de establecimientos de beneficencia general o nacional.

Los recursos previstos para configurar los presupuestos de la mancomunidad eran: Rentas de bienes propios; donativos o cuotas voluntarias; subvenciones de Ayuntamientos y Diputaciones; Arbitrios atribuidos a las Diputaciones y Ayuntamientos que cediesen a la mancomunidad; recursos del Estado en concepto de subvención o como compensación equivalente al costo de los servicios transferidos a la mancomunidad; arbitrios especiales impuestos, con aprobación previa del Gobierno, a particulares o entidades que aprovechen directamente de las obras y servicios realizados.

Sin perjuicio de las competencias inspectoras del Gobierno, éste podía anular las concesiones otorgadas, si existiesen deficiencias en los servicios delegados que causaran graves perjuicios. Disolver las mancomunidades que incurriesen en extralimitaciones por superar los fines determinadas en sus acuerdos de constitución. En ambos casos se daría cuenta inmediatamente de la resolución a las Cortes. Las divergencias entre las provincias sobre la interpretación o cumplimiento de sus fines se resolverían por los Tribunales ordinarios y los particulares que se consideren lesionados, por actos y acuerdos mancomunarios, en algún derecho de carácter administrativo, podrían recurrir ante el Ministerio de la Gobernación o ante los Tribunales contenciosos.

2. El dictamen de la Comisión

Había un cierto optimismo del presidente del Gobierno, deducido del dictamen de la Comisión, a la que se había incorporado Cambó, ausente de la Cámara desde 1909, Por indicación de Prat sustituyó a un diputado electo por Castellterçol y al constituirse la Comisión encargada de dictaminar el proyecto, Cambó ocupó un puesto en la misma, presidida por Trinitario Ruiz Valarino y los vocales Ángel Álvarez Mendoza, José Guillén Sol, Pedro Corominas, Cambó, José Manuel Pedregal y Alfonso Sala que actuaría como secretario.

El Dictamen se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes¹⁴. En el nuevo texto existían algunas diferencias sobre el proyecto del Gobierno, comenzando por el artículo primero donde se añadía a la iniciativa para constituir la mancomunidad, la posibilidad de que también podían hacerlo uno varios Ayuntamientos que reuniesen al menos el 10% de los habitantes de las provincias que se constituyeran.

En el proyecto debían hacer constar las provincias que tratasen de mancomunarse, las facultades y servicios previstos en la Ley provincial con carácter exclusivo a las Diputaciones, que se proyectasen ceder a la mancomunidad. Así como los atribuidos a la Administración central en materia de obras públicas, instrucción y beneficencia, cuya delegación se solicitase del Gobierno. Una vez superados los trámites para su constitución (art. 2º), bastaría poner el acuerdo en conocimiento del Gobierno y comprobados el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley y que no existía contradicción con las generales del Reino, ni resultasen modificadas, se concedería la autorización.

Más interés despierta el párrafo siguiente del mencionado artículo 2º, por su oculta referencia a Cataluña, pues recordemos lo dicho anteriormente, según el cual:

“Las provincias que antes de la promulgación de esta ley hubiesen manifestado la voluntad de mancomunarse, mediante acuerdo de cada una de las Diputaciones, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Diputados que las compongan, podrán obtener del Gobierno la autorización para constituirse en Mancomunidad, al solo efecto de asumir las facultades que las Diputaciones hubiesen acordado ceder entre las que le reconozcan la Ley Orgánica provincial. No obstante, su régimen interior deberá acordarse mediante el procedimiento fijado en el artículo 4º”.

En el caso de que la mancomunidad se propusiese para el cumplimiento de sus fines, que aunque exclusivamente administrativos, no estuviesen previstos en los que la Ley provincial asigna a las Diputaciones, la entidad o entidades que lo soliciten, y aquí la novedad, tanto por parte de una mancomunidad constituida, *“como si es una reunión de Diputaciones, que traten de concertarse para este sólo objeto”*, remitirían a los gobernadores civiles de las provincias interesadas para su publicación en el Boletín de la provincia, la relación de los servicios y competencias de la Administración central, cuyo ejercicio, por delegación del Gobierno se solicitase.

Según el artículo 4º, una vez obtenida las autorizaciones para la constitución de la mancomunidad, las Diputaciones concertadas, nombrarían el número de ponentes que considerasen oportuno, para redactar un proyecto de Ordenanzas de funcionamiento y régimen interior de la misma. En cada mancomunidad se preveía la existencia de una Junta general de Diputados de todas las provin-

¹⁴ DSC. N° 145, del 22 de junio de 1912 (Apéndice 1º)

cias, que se reuniría, al menos dos veces al año, bajo la presidencia del gobernador civil, si lo estimase conveniente, para debatir sobre presupuestos, cuentas, empréstitos, enajenación de bienes inmuebles, proyectos de obras públicas, creación o disolución de establecimientos de beneficencia e instrucción. También se preveía la existencia de un Consejo Permanente, en el que estuviesen representadas todas las provincias mancomunadas.

En la primera reunión de la Junta, presidida por el gobernador civil, en la capital más populosa de las provincias mancomunadas, se discutiría y aprobaría el proyecto de Ordenanzas. A esta sesión y a las sucesivas, que celebrase la Junta para modificar dichas Ordenanzas, para que fuese válido el acuerdo, debían asistir mayoría absoluta de Diputados de cada una de las provincias.

La Junta de la mancomunidad no podía introducir en sus Ordenanzas variación alguna de lo establecido en las bases de constitución. En las modificaciones que podían introducirse posteriormente, siempre dentro de dichos límites y de acuerdo con el mismo procedimiento, se pondrían en conocimiento del Gobierno, al sólo efecto de impedir toda extralimitación legal.

Las competencias objeto de posible delegación del Gobierno en las mancomunidades, siempre teniendo en cuenta las facultades del Estado de acuerdo con la Constitución, dentro del territorio de las provincias mancomunadas y de las funciones que las leyes atribuían a la Administración central, varias coincidían con las del proyecto, pero además el Dictamen incluía: Repoblación y reglamentación de la explotación de bosques; Monumentos nacionales y Archivos, Museos y Bibliotecas. Tales delegaciones no entrarían en vigor hasta que las Cortes, mediante una Ley de autorización, facultasen al Gobierno para ponerlas en vigor (Art. 6º).

Los posibles recursos de la mancomunidad se determinaban en el artículo 7º, algunos coincidentes con los del Proyecto, pero se incluían otros nuevos, por ejemplo, en el referente a las rentas de bienes de propios, se incluían los productos de explotaciones, además; Arbitrios que percibiese la mancomunidad, con motivo de servicios que prestase o aprovechamiento que concediese. En el caso de los Arbitrios impuestos a particulares interesados en determinadas obras y servicios, especificaba que debían imponerse cuando por efecto de las obras se produjese un aumento determinable del valor de las fincas o la mejora del rendimiento de las explotaciones. También en el caso de que las obras y servicios costeados por la mancomunidad, beneficiasen o fuesen requeridos especialmente por personas o entidades, aun cuando no se produjese incremento determinable de su valor.

Tales arbitrios no podían exceder, en ningún caso, del coste total de las obras o servicios. Las bases para determinar la mancomunidad la exacción de este arbitrio, serían sometidas al Gobierno para su aprobación. Finalmente, los recursos procedentes del Estado en compensación al coste de los servicios propios de la Administración central transferidos a la mancomunidad, y en forma

de subvención o de dotación. En este último caso, consistiría en la cesión total o parcial de uno o más impuestos o contribuciones del Estado.

Las funciones inspectoras del Gobierno, previstas en el artículo 8º, reiteraban la posibilidad de anular una o varias delegaciones, cuando se infringiesen alguna de las condiciones impuestas por el Gobierno. Se contemplaba la disolución de la mancomunidad, por extralimitaciones, que superasen los fines determinados en su constitución, y persistiesen en ellos después de haber sido apercibidas. En ambos casos, el acuerdo del Gobierno no entraría en vigor hasta obtener la autorización de las Cortes.

El extenso artículo 9º se refería a la conflictividad en sus diversos grados y aspectos. Comenzaba con la obligación de presentar los acuerdos de la Junta general y del Consejo permanente, en el término de tres días, al Ministerio de la Gobernación, el cual podía suspenderlo en los ocho días siguientes, por recaer en asuntos que no fueran competencia de la mancomunidad, por delincuencia en la que hubiese podido incurrir, o por infracción manifiesta de las leyes, siempre que resultasen lesionados los intereses generales del Estado o los de cualquier provincia que no formase parte de la mancomunidad.

Contra los actos y acuerdos de los mencionados organismos, recaídos en asuntos que la Ley provincial asignase a las Diputaciones, procederían los recursos previstos en dicha norma, con la variedad de que el de alzada debía interponerse ante el Ministerio de la Gobernación y el contencioso-administrativo, ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, Contra los actos y acuerdos de los mismos, referidos a asuntos que les estén atribuidos por delegación del Gobierno, se plantearían análogos recursos. En el presentado ante el Ministerio debía necesariamente que fundarse en uno de los casos *“en que con arreglo al párrafo 1º de este artículo puede decretarse la suspensión de los acuerdos de la mancomunidad”*. En cuanto al recurso contencioso-administrativo, interpuesto ante el Tribunal Supremo, sería de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley reformada de 22 de junio de 1894.

Los que se considerasen perjudicados por los actos y acuerdos de la Junta general y el Consejo, podían reclamar contra ellos mediante demanda ante los Tribunales ordinarios, los cuales podían suspender por primera providencia, y a petición de parte, la ejecución del acuerdo reclamado, si estuviese ocasionando perjuicios graves e irreparables. Finalmente, las divergencias entre la mancomunidad y las provincias mancomunadas sobre el cumplimiento, la inteligencia, interpretación y efectos de sus pactos, se resolverían ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, con sujeción al procedimiento fijado en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativo.

V. EL INICIO DE LOS DEBATES EN EL CONGRESO

Solventado el trámite de la Comisión, la discusión del proyecto de ley de Mancomunidades comenzó seis días después en la sesión del Congreso de los Diputados del viernes 28 de junio de 1912. Para entonces, las esperanzas se

vieron en entredicho al pasar el proyecto para su debate a la totalidad. En realidad, Canalejas no contaba con la unanimidad del partido liberal, tampoco la minoría conservadora, encabezada por Maura, lo apoyaba y éste había advertido su postura abstencionista.

El cambio de criterio de Canalejas, ahora a favor de la descentralización provincial, presentaba analogía con el gesto de Maura en 1907 ante la cuestión catalana, a los que ahora unía el deseo de darla un cauce apropiado, aunque no coincidieran ni en el tiempo ni en la forma de facilitarla. Por un lado, Maura se oponía a que se utilizaran partes de reforma orgánica de la administración local. Por otro, las dificultades no terminaban ahí, pues los miembros más caracterizados del partido liberal rechazaban la totalidad del proyecto, Moret porque situaba su punto de arranque en los Municipios y Montero Ríos porque su liberalismo sin concesiones le hacía centralista, sin olvidar a Weiler capitán general de Cataluña, sin voto en las Cortes, pero de gran influencia personal. En el caso de Montero Ríos la preocupación de Canalejas era menor, pues sus discrepancias no se producirían hasta llegar el proyecto al Senado, del que era presidente, pero respecto a Moret y Maura su oposición sería inmediata en los debates del Congreso¹⁵.

1. *Las posturas en contra: Soldevilla y Alcalá Zamora*

El primer turno en contra corrió a cargo del diputado Soldevilla. Justificó su oposición al proyecto, a la trayectoria de sus opiniones, vertidas en el Liberal de Madrid y por sus estudios y trabajos realizados sobre los temas referentes a Cataluña y a los catalanes. Advertía que lo primero era deshacer el equívoco de que el proyecto de mancomunidades se había presentado al Congreso, dirigido a todas las provincias, cuando no era así, pues su génesis y su redacción respondían a un traje hecho a la medida de Cataluña.

Acusaba que el proyecto se había presentado a iniciativa de los Diputados catalanes, pero más que para Cataluña, era para algunos señores a los que no convenía estar en determinado partido y que atribuirían a los que combatimos este proyecto lo hacían por odio a Cataluña. Nada más lejos de tal acusación, argumentando su respeto y amor hacía aquella región, incluida la existencia de numerosos amigos de todo el ámbito político, incluido alguno que estaba en la Comisión.

Consideraba que Maura, en el pasado, se había equivocado y recordaba que, desde el banco azul, lo reconoció lamentándose en los siguientes términos: *“yo he procurado atraer a todos los elementos catalanes para vaciarlos en los partidos nacionales de la derecha y de la izquierda, declaro que no lo he con-*

¹⁵ FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor. *El reinado de Alfonso XIII*. Montaner y Simón, Barcelona, 1933, p. 202-203.

seguido”. Lo mismo había ocurrido con Silvela, cuando trató de atraer al Poder elementos catalanes¹⁶.

Su propósito no era combatir la ley en su articulado, pues supondría reconocerla y entendía que debía rechazarse en bloque, que no debía votarse y que la mayoría tenía que rechazar absolutamente aquel proyecto de ley. Recordaba qué en el año 1900, conferenciando con el Sr. Prat de la Riva, al que consideraba padre legítimo y verdadero del proyecto que se discutía, sobre sus aspiraciones nacionalistas, comprobó que no eran otras que las del programa de Manresa: casi independencia, amplia autonomía, que comprendían su idioma, sus Tribunales, sus leyes, su moneda, su ejército, etc. Se preguntaba si ahora ¿habían puesto límite a sus pretensiones, o sí habían cejado en algo o cedido el algo? Nada, eran los mismos planteamientos de 1900.

Consideró un despropósito rememorar, como hacían, sobre la Cataluña de 1640, ¿sojuzgada? por el Conde Duque de Olivares, identificando la misma situación con la de 1912. Era una comparación imposible con la Cataluña de ahora, libre, floreciente y en víspera de conseguir la mancomunidad de sus Diputaciones provinciales. Lo que trataban de crear era una corriente de opinión contraria a la unidad de España. Además de una injusticia y una temeridad, era un despilfarro de energías y recursos, para evitarlo tenían que actuar de común acuerdo, los órganos vivos de Cataluña y España para contribuir al bien general de la Nación.

Las circunstancias que les facilitaban la aceptación de la futura ley de Mancomunidades habían reconducido temporalmente sus estridencias, ya no cantaban el *Segadors*, pero lo volverían a cantar en cuanto hallasen obstáculo en Madrid a sus nuevas demandas. Pronosticaba que, conseguida la primera parte de su proyecto, lo que denominaban el principio de emancipación de Cataluña, surgiría la petición de sus leyes, después la moneda y posteriormente el ejército. Demandas trufadas de alteraciones a causa de los retrasos y dudas del Poder para las concesiones.

Lo pernicioso era que al hacerse realidad el proyecto, vendrían los deseos de imitación en otras partes de España y otras provincias no querrán quedarse al margen de tal moda, no porque fuese buena o mala, sino inducidos por varios desclasados, que habían recorrido muchos partidos, sin hacer carrera en ninguno, levantarían la bandera y se declararían regionalistas en su territorio, convenciendo a los ciudadanos de que sería mejor gobernarse ellos que, lo hiciesen otros desde Madrid. Una falacia, pues tales personajes se institucionalizarían inmediatamente como caciques.

Entendía que era más difícil la posibilidad de perturbación el Poder central, las coacciones eran más factibles en un Juzgado municipal que en un Juzgado de primera instancia y mucho más difícil en una Audiencia o en el Tribunal

¹⁶ DSC N° 150, 28-6-1912, p. 4.289.

Supremo, por la misma razón un alcalde de un pequeño pueblo estaba sumiso y obediente a los mandatos del cacique al que estaba sometido.

Ponía un ejemplo muy significativo de su experiencia como gobernador civil de una provincia catalana, cuando

“uno de los corifeos del catalanismo, de la descentralización, del catalanismo, me abrumaba a peticiones de suspensión de Ayuntamientos, de imposición de multas y de actos de caciquismo, y aquel representante del Poder central, aquel terrorífico representante del Poder central, aquel individuo ilustradísimo y querido amigo mío, el padre del presidente de la Comisión don Trinitario Ruiz Capdecón, que entonces era ministro de la Gobernación, me telegrafaba diciendo: no imponga usted multas, no suspenda ningún Ayuntamiento, porque le desautorizaría. Eso decía el representante del Poder central, mientras los defensores del regionalismo me decían que impusiera multas”¹⁷.

Concluyó su intervención, advirtiendo que consideraba el proyecto como atentatorio a la unidad de la Patria y el principio de su disolución. Reconociendo su posición en la mayoría parlamentaria, entendía que al no ser cuestión de dogma, no debía votar el proyecto, ni los Diputados de la mayoría estaban obligados a hacerlo, y pedía a sus compañeros de esa mayoría, a que pensasen que si lo votaban iban a borrar una historia de muchos siglos *“que ha sido la gloria de España”*.

2. Alcalá Zamora y la cuestión de las delegaciones

Después de este primer turno en contra de la totalidad del proyecto a cargo de Soldevilla, le contestó en nombre de la Comisión el Senador Sala que, diez años más tarde, ocuparía la presidencia de la Mancomunidad de Cataluña en los primeros tiempos de la Dictadura de Primo de Rivera. El segundo turno también en contra corrió a cargo de Alcalá Zamora, en un discurso extenso y del estilo del personaje, metafórico, y barroco, en la estela de Góngora. Advirtió que no representaba ninguna tendencia, ni obedecía a ninguna inspiración, sino sólo a su iniciativa y responsabilidad personal.

Defensor del derecho foral, no se consideraba contrario al regionalismo, ni en posesión de un espíritu jacobino del Estado, ni seco por los menesteres del oficio burocrático. Comprendía el amor regional, y el amor a la tierra. Pero precisamente por ello y porque había en España una región que comenzaba en Sierra Morena y acaba en el mar, no comprendía que se pudiese traducir la Administración en delegaciones y arbitrios, en acuerdos y presupuestos, en empréstitos y servicios¹⁸ (*Ibidem.* pág. 4.296)

¹⁷ *Ibidem.* p. 4.291.

¹⁸ *Ibidem.* p. 4.298.

El orador de Priego, había defendido siempre que, los órganos del progreso político eran el Municipio libre y el Estado soberano, la existencia de organizaciones intermedias, podían ser enemigas de unos y otros, aunque en la práctica había defendido siempre que el organismo intermedio debía encajar en aquella persona natural, configurada por la tradición, la historia, definida claramente por la geografía, por lo que dicha organización intermedia debía confundirse con aquella personalidad viva, en lugar de engranar en un artificio muerto.

Si la mancomunidad se redujera a la puramente provincial, a la acción administrativa de las Diputaciones, también se opondría a ese proyecto, en primer lugar porque una ley de construcción que, saliéndose de lo material y lo mecánico, afectase también a lo social y lo político, era indispensable comenzar por los cimientos para llegar al primer piso, que era la autonomía del Municipio emancipado, después de tal paso, podía llegar el siguiente, con la agrupación natural y espontánea de aquellos, para que los redimiesen del yugo, que en ocasiones les imponían las Diputaciones. Redimidas éstas del caciquismo que las ahogaba, sólo entonces podía pensarse en agrupaciones que culminasen el edificio. En definitiva, una profunda reforma del régimen local, cuyas obsoletas leyes Municipal y Provincial se cuarteaban, previa a

*“arrojar súbitamente esta carga, eso no es la techumbre que cubre y protege la vida local, eso es el peso que la derrumba y la desploma, porque está construido de un modo contrario a toda ley de gravedad”*¹⁹.

El eje principal de su discurso lo centró en la cuestión de las delegaciones, no sólo desde la perspectiva doctrinal, expuesta brillantemente, sino desde los múltiples casos empíricos. Mientras que la autonomía representaba la coordinación del Estado con las Corporaciones locales, en el marco del mutuo respeto, la delegación suponía la intrusión diaria, la usurpación fácil, el agravio frecuente y el litigio permanente. Su aplicación conducía al establecimiento de inspecciones, a la facultad de revocar a suspender, por los recursos de alzada, que conduciría a la absorción de la vida local, o a la abdicación dolorosa y vergonzosa del Estado.

Ante tal conjunto de factores negativos, advertía que, al aplicarse a los Municipios, se colaboraba eficazmente a la entronización del caciquismo y a la pérdida de la autonomía municipal, lo que significaba el envilecimiento del régimen municipal, en cambio cuando se aplicaba a personalidades intermedias poderosas y fuertes que puedan amenazar el Poder central del Estado, se preguntaba ¿Dónde conduciría la delegación del Estado sobre entidades intermedias y poderosas?

“evoca la locura cantonal... surgían aquellas Juntas y regencias que querían la dirección del Gobierno; un poco más lejos, el espíritu estrecho de los reinos medievales... más lejos todavía el esplendor efímero y al cabo la acción

¹⁹ DSC. p. 4.297-4.302

disolvente de los taifas, y en definitiva, en los cimientos de la nacionalidad misma, el espíritu de independencia cabileña que, por desgracia, se nota en los comienzos de nuestra historia y en los orígenes de nuestra raza”.

A los inconvenientes descritos de la delegación, se unía el acto peligroso de confianza en un organismo que no existía, nacido con el entusiasmo de unos pocos y las prevenciones de muchos hacia una entidad que no tenía la solvencia de su conducta, ni la garantía de su historia, una institución que no podía asegurarse que tendría forma que, se resquebrajaría en su estructura y se vendría abajo, el día que se reformase el régimen local.

Al insistir en la circunstancia de que su personalidad no era centralizadora, ni antirregionalista, consideraba la tutela excesiva del Estado sobre las Corporaciones locales que, la justicia y el progreso pedían se aflojase, pero si ese Estado retenía y ejercía indebidamente competencias, que correspondían a la vida local, las debía restituir, pero no delegar jamás, pues sí son suyas en lugar de delegarlas las debe ejercer con su responsabilidad exclusiva por órganos propios, en cualquier lugar del territorio nacional.

Seguidamente comenzó a detallar los servicios del Estado que consideraba imposibles de delegar, según estaba previsto en el proyecto, a lo que se oponía tajantemente. El primer caso de su relación era el telégrafo, que, según la Comisión, era una competencia ajena al Estado y debía delegarse a las Corporaciones locales, ignorando que se trataba de un resorte insustituible de funciones de policía y Gobierno, que competía como órgano único y adecuado al Poder central, como todo lo que se refería a tráfico y comunicaciones de gran velocidad y gran distancia.

Recordaba que incluso el Estado no tenía prácticamente, en este caso, la soberanía perfecta, pues tenía que compartirla a través de convenios internacionales con otros Estados para que dicho medio de comunicación cumpliera su fin. Avalaba sus afirmaciones recurriendo al derecho comparado: la Constitución federal del Imperio alemán atribuía las líneas telegráficas a la competencia del Imperio, con excepciones relativas a Baviera y Wuttemberg. Lo mismo en la Constitución suiza, que incluía sus ingresos como uno de los recursos de la Caja federal. Pero había más, recordaba que la Constitución federal española de 1873, determinaba al telégrafo como la atribución 8ª de las reservadas al Poder central de la Nación española.

Los argumentos utilizados para defender la competencia estatal respecto al telégrafo eran igualmente aplicables al ferrocarril. Además de reiterar la legislación comparada, mencionó el ejemplo de una línea que sólo discurría por la provincia de Ciudad Real, pero de acuerdo con el Dictamen al tratarse de una línea que afectaba sólo a esa provincia, sí se le hacía dueña de sus tarifas, de su régimen y sus enlaces, resultaría que todas las comunicaciones de Extremadura, Levante y Andalucía, entre sí y con el resto de España, quedarían destruidas.

La delegación de los puertos era otra de las cuestiones que según la Comisión, podían entregarse a las mancomunidades, sin considerar que sólo podía

afectar a los puertos secundarios o de interés totalmente local. Manifestó su oposición más rotunda al criterio, que al parecer había primado, de que cualquier puerto que estuviese en una provincia sólo afectaría a ella. En tal caso se produciría una situación aberrante del Poder central, al no poder actuar en ninguna parte y mencionaba el caso de los puertos de Vigo, Bilbao y Barcelona, preguntando ¿son puertos que interesan solamente a Galicia, Vascongadas a Cataluña? De ninguna forma, pues eran los ventanales que permitían a España relacionarse con el mundo entero.

En referencia a los bosques, llamaba su atención y la calificaba, al menos de curiosa, pues el proyecto preveía que la delegación se refería a la reglamentación de los bosques, y recordaba que los terrenos incultos poblados por determinadas especies forestales tenían en el derecho español una denominación técnica establecida por la ley de Montes. Al margen de ciertas referencias irónicas a los individuos juristas de la Comisión, algún magistrado de la sala tercera del Supremo recordaba que la reglamentación era un tema “*gravísimo*”, pues la potestad reglamentaria contenida en el artículo 74 de la Constitución, se asignaba al rey con sus ministros, en el futuro se residenciaría en el monarca, en el banco azul y en una mancomunidad, que también participaría de ella.

Preguntaba sobre el significado de la reglamentación del aprovechamiento de los Montes y explicaba

“qué supondría traspasar los linderos del dominio público y entrar en la propiedad privada, es suspender la tala, es impedir las cortas, es limitar los aprovechamientos, es imponer penas que caen dentro del Código penal... Pero significa más, significa, olvidando el principio de que el derecho de propiedad está bajo el amparo de los Tribunales, facultar a la Administración para requerir, a fin de que exhiban los títulos, ara que ella aprecia la pertenencia de los montes, para que ella decida prácticamente sobre el dominio y teórica y prácticamente sobre la posesión que mantiene, fijando las partes en el juicio con todos los deberes para el demandante, con todas las comodidades para el demandado”.

Irónicamente alegando una ignorancia inexcusable del Derecho administrativo, –recordemos que anteriormente había ostentado la Dirección general de Administración– no entendía que era lo que se delegaba en materia de beneficencia. Le contestarían, quitando gravedad al asunto, que la mancomunidad podía establecer hospitales, clínicas, asilos, etc., a lo que respondía: *¿sí eso es el contenido de la vida de la Diputación provincial?*

La beneficencia, por acción de las leyes en vigor, recaía fundamentalmente sobre las Diputaciones, hasta el extremo de que en varios casos, constituía su única razón de ser. Lo que hacía innecesario la delegación del Estado sí para ello bastaba la absorción del contenido de la vida provincial, En cuanto a los establecimientos de la beneficencia nacional, accesibles a todos los españoles, ocho estaban situados en las provincias de Madrid y uno en la de Toledo. Si la mancomunidad era territorial y a los mencionados establecimientos no se refería la ley, preguntaba ¿qué es lo que se delegaba?, pues ni más ni menos que el

protectorado sobre las instituciones de beneficencia particular, una alta facultad y un deber irrenunciable del Estado, que velaba por un tesoro, la mayoría de las veces más moral que material, acumulado a lo largo de la historia por las donaciones de generaciones de benefactores.

Lo que se pretendía delegar era una competencia del Estado, en su papel de albacea permanente, que cuidaba de dos fines: que se cumpliera la ley individual de cada fundación y adaptarlas a la evolución de los tiempos. Esta facultad era indiscutiblemente nacional y jurídica, con una tutela tan indeclinable, que haría indebida e ilícita la dejación de ese derecho. Recordaba, a estos efectos, que recientemente una voz autorizadísima, había lamentado que la alta competencia del protectorado se ejerciese simultáneamente por dos Ministerios. ¿Qué sucedería cuando tan importante facultad iba a ejercerse, no sólo por dos Ministerios, sino también por una serie de mancomunidades *“sin orden, sin concierto, sin unidad de criterio?”*.

La última de las cuestiones analizadas fue la de la enseñanza, a la que consideraba como la más peligrosa y delicada, aunque en el artículo las delegaciones se limitaban a los establecimientos de índole especial, escuelas industriales, de artes y oficios, agrícolas, etc. resultaba superflua tal delegación, pues eran un derecho de las Diputaciones y por tanto de las mancomunidades, previsto en la Constitución. Tal posibilidad encerraba un anhelo distinto y oculto: el monopolio de la enseñanza, querían la inhibición del Estado de la función docente. Frente a eso recordaba que, al referirse a una cultura nacional, a un alma nacional, a la educación cívica, no se hacían concordancias vacías, se estaba afirmando la altísima función pedagógica del Estado, al que se reconocía, en lo temporal, *“el órgano supremo insustituible en el curso y en la dirección de la enseñanza.”*

No admitía la inhibición del Estado en las funciones tutelar de progreso y cultura, por tanto, el Estado tenía que ocuparse de la enseñanza, porque no podía negar su fin de existir y defenderse, sin intervenía en la enseñanza. El estado precisaba de cantidad y calidad de Cultura y tenía que asentar la dirección de la misma en cuatro pilares, que por su importancia y actualidad no podemos omitir:

“la noción de la soberanía frente a la invasión ultramontana; la individualidad nacional frente al cosmopolitismo negativo y destructor; la cohesión interna frente a los particularismos disolventes y el respeto a la ley contra todas las cegueras de la rebeldía”

En su amplia intervención no podía faltar la referencia al incremento del gasto que supondría la aparición de una nueva administración. Pues el nacimiento de las mancomunidades se producía en un parto extraño y peligroso, su primer paso era recoger, con las manos extendidas, de la vida local y de la nacional del presupuesto de gastos, las subvenciones y del de ingresos la recaudación de tributos.

Podría suponerse que era una compensación lógica, pues se encargaría de los servicios y además justa, por la reciprocidad entre lo que se le confía y lo que se le entrega.

Pero a tales argumentos el político de Priego, respondía que con aquellas mancomunidades nacería un privilegio, que conduciría fatalmente a tres causas:

“La primera, que en un país unitario, cuyo poder central por la constitución interna es débil, todo régimen tributario de excepción significa un privilegio; y es tan claro el sentido de las excepciones tributarias que hay en España, que la significación de las presentes me releva de toda demostración en cuanto al alcance de las futuras”.

La segunda causa se refería a las dificultades del equilibrio para establecer la compensación en el momento en que los servicios e impuestos se desglosasen del Estado, ante la dificultad para tener en cuenta la ley de progresión sobre el rendimiento de los tributos y la cuantía de los gastos. Más jugosa y de actualidad era la tercera, pues:

... “la mancomunidad, comprometida por su prestigio y por su conveniencia a procurarse éxitos aparatosos en sus comienzos, a halagar y acallar todos los intereses para que ninguno proteste, se entregarán al desorden de los gastos, al exceso de la producción, al desenfreno del empréstito, y vendrá inevitablemente al cabo un desastre que ha de repercutir sobre las arcas del Tesoro”.

¿No le suena al paciente lector una música conocida y repetida en nuestros días? Sí hasta entonces 44 provincias habían sostenido con dificultades el régimen de privilegio de cinco, sería muy complicado que lo sostuviesen con 9 e imposible que pudiese mantenerse el de 14 o 19. Por tanto si se generalizaba el sistema de mancomunidades, inmediatamente se generaría un desastre financiero, pero si no se generalizaba y se constituía una sola, el desastre se retrasaría, pero se cometería una *“monstruosa injusticia económica”*.

Si estas eran las repercusiones económicas de la posible mancomunidad, las políticas también las consideraba de extrema gravedad, pues ante los argumentos de que se trataba de un proyecto modesto de escasa importancia y que sólo significaba el inicio de una tendencia, lo rechazaba sin paliativos, negando su condición de modesto, cuando la disminución de las atribuciones del Poder central eran superiores a las de la constitución del Imperio alemán, que se habían pactado bajo el entusiasmo de una victoria. O las muchas delegaciones otorgadas a la región que rebasaban los límites de la Constitución de Suiza, sin olvidar que tales delegaciones superaban las previstas en la Constitución federal española de 1873.

En definitiva, calificaba el proyecto de una regresión histórica, *“inspirada en la estrechez de un particularismo regional”*, por lo que hacía un llamamiento a los liberales y radicales de la Cámara para evitar una organización derivada remotamente del mandato de una oligarquía efectiva contraria a los avances del progreso. En referencia a la presencia de determinado clero y su influencia en la Italia previa a la unificación o en las cortes de Baviera y Sajonia. Pensando en España ponía el ejemplo de cuatro provincias donde

...“*está inhibido, ausente en muchos servicios y momentos el Poder central; el vacío que ha dejado es tan grande que no ha podido llenarlo, con toda su exuberancia, la vida local; ha tenido que venir a infiltrarse en ella, a llenar el vacío del Estado, la influencia absorbente y el predominio notorio de la curia vaticana*”

Concluida su intervención, la contestación, en nombre de la Comisión corrió a cargo del diputado Álvarez Mendoza.

Después de los discursos en contra de Moret, Maura, Azcárate, Giner de los Ríos, Moret y Vázquez de Mella, contestadas todas por Canalejas, cuyo contenido se puede consultar en el Diario de Sesiones del Congreso intervino Cambó en defensa del proyecto.

3. *La defensa de Cambó al proyecto*

La sesión del día 3 de julio se inició con un discurso de Cambó, en el que explicó las razones por las que entró a formar parte de la Comisión en nombre de la minoría regionalista. En primer lugar hizo historia de unas vicisitudes ya conocidas y mencionadas, recordando las circunstancias de normalidad que existían cuando los cuatro presidentes de las Diputaciones catalanas, tuvieron la iniciativa para estudiar un proyecto de mancomunidad, tomando como punto de partida el título del proyecto de Ley de 1907, aprobado por el Congreso, por el que se autorizaban las mancomunidades provinciales y facultaba a éstas para pedir delegaciones al Estado y al Gobierno para otorgarlas, por lo que dichos presidentes aprovecharon para formular un proyecto de ley y a su formalización pidieron el concurso de todas las fuerzas políticas catalanas, con excepción de una, y con el voto afirmativo de la mayoría de los Ayuntamientos de Cataluña.

Mencionó que aquel proyecto aprobado por las Diputaciones, no podía esperar a que estuviese de nuevo en el poder Maura para facilitar su tramitación, pues hubiese sido una injuria para el partido liberal, que en su día aprobó con sus votos en el Congreso el texto del proyecto Maura. De ahí la presentación al presidente del Gobierno Canalejas, realizada por los representantes de las Diputaciones y “*casi toda la representación parlamentaria catalana*”. Posteriormente cuando el proyecto de Mancomunidades fue aprobado por el Consejo de Ministros y al presentarlo en la Cámara llegó el momento de constituir una Comisión dictaminadora, el presidente del Consejo de Ministros, “*me invitó, solicitó mi concurso para intervenir, para formar parte de esa Comisión, y yo me consideré en el deber de aceptar esa colaboración*”

Entendían los Diputados regionales que, mientras conservasen esa característica y su significación, entre el resto de los Diputados, tuviese una localización catalana, tenían el deber

“*de colaborar a la acción de todos los partidos y de todos los Gobiernos, cuando creemos que marcan una satisfacción a nuestras aspiraciones. Hemos marcado nosotros una conducta completamente distinta a la conducta seguida tradicionalmente por Cataluña. Ha sido característica de la acción política*

catalana –todos lo sabéis– la protesta, la oposición a todos los Gobiernos; nuestra significación, la significación de nuestra minoría regionalista, es hoy por hoy de respeto igual, de colaboración a todos los Gobiernos que puedan dar una satisfacción a nuestro país”²⁰.

De ahí su sorpresa, cuando después de elaborado el Dictamen, creía era el del Gobierno y el del partido liberal y no había sido así, después de escuchar los discursos iniciales de Alcalá Zamora y Moret que, por sus discrepancias con el proyecto se había puesto de manifiesto la división del partido liberal. Una vez más mostró su extrañeza, cuando superada la cuestión de confianza, varios diputados que habían votado a favor del Presidente del Gobierno, presentaban enmiendas al articulado del proyecto, que calificó de obstrucción.

El recuerdo al proyecto de 1907 volvió de nuevo a su intervención. Con el reconocimiento de la existencia de regiones en España, entre ellas la catalana, además de otras, era preciso reconocer que la región y el Municipio eran dos cosas distintas, que podían discurrir por senderos distintos, pues el problema de Cataluña existiría con autonomía municipal y sin ella. Aquella falta de conexión entre Municipios y mancomunidades, en aquel proyecto y en el que se discutía era evidente, pues en ambos no se encontraba un punto de conexión entre la vida municipal y la vida de la mancomunidad, ninguna competencia municipal pasaba al nuevo organismo, ni recursos del Municipio se transfiriesen a la mancomunidad.

Evidentemente la mancomunidad era un conjunto de Municipios, como lo era de ciudadanos, tal argumento serviría para afirmar que mientras no se reformase la vida de los Municipios, de las Diputaciones y del propio Estado, debía de resolverse previamente el problema del analfabetismo y falta de civismo que abrumaba la vida española. Si fuese cierto que las mancomunidades se considerasen como la techumbre del edificio, no podía presentarse simultáneamente un proyecto de reforma municipal y el de mancomunidades, sino que el de los Municipios debía ser primero. Por lo que afirmaba:

“debería, antes que todo, hacerse una ley Municipal y aplicar esta ley Municipal, y después de muchos años y de muchos lustros, que muchos lustros se necesitan para restaurar la vida municipal en España, entonces podríamos hablar de mancomunidades.”

Esta crisis de la vida municipal española la atribuía a la corrupción de la vida política, que había tratado de poner fin el proyecto maurista de 1907, en el que había colaborado en una parte mínima, pero recordó que en su momento advirtió que no se resolvía totalmente el problema de la vida municipal, como también había planteado Moret en las primeras reuniones, y era la cuestión de las haciendas locales, *“problema fundamental de la vida local española”*.

²⁰ DSC, nº 153 de 3 de julio de 1912, p. 4.396-4.100

La decadencia municipal y sus carencias económicas las atribuyó a la desamortización (de Madoz), verdadero desastre que dejó sin patrimonio a los pequeños municipios, sin recursos ni medios de subsistencia, convertidos en agentes de recaudación del Estado. La fórmula para rehabilitarlos pasaba por una política uniformemente dirigida, con sacrificios constantes del Erario público y con la supresión del contingente provincial, que es el *“nexo infame que mantiene unidas y confundidas a las Diputaciones y Ayuntamientos, y por cuyos canales no puede transcurrir nada limpio, nada transparente”*.

Volviendo al proyecto que se discutía, recordó que el solapamiento del problema catalán en el pasado había supuesto el 95% de las prevenciones y dificultades que afectaban a la solución, pues fue durante muchos años insoluble y ningún Gobierno, se decidía a intervenir en él. Lo atribuía Cambó a que dicha cuestión, inicialmente se encontraba en un periodo de vagas e imprecisas aspiraciones, propias de las convulsiones que agitan a los pueblos en momentos infantiles y radicales, dos circunstancias que se mezclan siempre y en las que predomina la pasión, por tanto, el Poder público, puede observar, atenuar e incluso reconducir, pero nunca intervenir.

Para Cambó aquellos problemas ya no existían en el verano de 1913, de ahí que las Diputaciones provinciales catalanas, con la concurrencia de todos los partidos de Cataluña, hubiesen formulado sus aspiraciones, ajustadas a la convergencia de todos los partidos catalanes, por lo que se preguntaba *¿Qué peligro puede haber en que ahora se apruebe este proyecto?* El único riesgo anunciado a lo largo del debate era la cuestión de las delegaciones y de los recursos del Estado cedidos en compensación de las que concediesen.

Consideraba que no existían riesgos, sino grandes ventajas de que el proyecto se aprobase en el Congreso, pues serviría para disipar el estado de prevención permanente y secular que existía en Cataluña respecto a los altos Poderes del Estado, que en ciertos momentos se había manifestado en protestas violentas y en ocasiones en algo más grave, *“en la separación espiritual”*, y entendía que de dicho estado de espíritu los que obtenían todas las ventajas eran los partidos republicanos y carlistas.

Advertía a los jefes de los partidos liberal y conservador, que los diputados catalanes de ambos grupos políticos podían prestar su concurso personal a cambio de muchos sacrificios, pues su afiliación a ambos partidos no les daba en Cataluña fuerza, sino se la restaba. También recordaba la historia del siglo anterior, por el hecho de que Cataluña no interviniese casi nunca en las funciones de un Gobierno constituido, pero que en Cataluña se originaban todas las revoluciones para combatirlos.

Pero en aquel momento las circunstancias habían variado radicalmente, pues ahora en Cataluña no existía protesta ni indiferencia, sino que había un deseo intenso de colaboración dentro de la política general española. Recordaba en nombre de la minoría regionalista, que desde hacía pocos meses habían declarado y propagado, fruto de un honrado convencimiento:

“no solamente que las aspiraciones regionalistas de Cataluña eran compatibles con el régimen actual, con la monarquía de D. Alfonso XIII, sino que precisaba, que era casi un deber de buenos ciudadanos catalanes, trabajar dentro de la monarquía actual, dentro de las instituciones vigentes, para el logro de nuestras aspiraciones”.

Prácticamente con estas afirmaciones concluyó el discurso de Cambó, al que contestó el presidente del Gobierno. Posteriormente intervino Corominas, defendiendo los planteamientos de su grupo sobre el proceso ya conocido de las vicisitudes del proyecto de ley y sus orígenes en los acuerdos de las Diputaciones provinciales catalanas.

Después de las contestaciones de Azcárate, Maura y Feliú, Cambó, cerró el turno de oradores, e indicó su voto afirmativo. Finalmente realizada la votación fue aprobada por 170 votos a favor y 19 en contra.

VI. LA DISCUSIÓN DEL ARTICULADO

En la sesión del día 4 de julio continuó la discusión del artículo 1º, después de rechazar las enmiendas mencionadas y defendidas por Fernández Jiménez, al que contestó en nombre de la Comisión Guillén Sol, fue aprobado. Lo mismo que los artículos 2º y 3º, en este caso sin discusión. El artículo 4º fue aprobado incluyendo una enmienda de Pérez Crespo y el artículo 5º también lo fue sin discusión.

Más compleja fue la discusión del artículo 6º, referido a las delegaciones de obras públicas, beneficencia e instrucción pública, pues fueron aprobadas o no tomadas en consideración diversas enmiendas, casi todas presentadas por el Diputado Giner de los Ríos. La única que fue aprobada fue la primera, referida al nº 4 del artículo, que se agregaba al 8. Se refería a que las mancomunidades no podrían crear ninguna clase de institutos armados, ni asumir, por delegación de las Diputaciones Provinciales el mantenimiento de los existentes. El resto, hasta nueve, no fueron aceptadas. El artículo sería finalmente aprobado con una modificación propuesta por el Diputado Rosales, al nº 3.

1. *La intervención de Royo Villanova*

En el curso del debate de este artículo pronunciaron discursos varios Diputados, Cambó, Romeo, Rosales, Nicolau y Royo Villanova. Al de este último nos vamos a referir, porque su argumento se centró en la instrucción pública. Recordó que, tanto en el programa del Tívoli, como en el proyecto de Maura de 1907, y ahora, se residenciaba la educación en general en la región o en la mancomuni-

dad, a lo que se oponía firmemente, pues entendía que tal competencia debía ser del Estado y éste no podía abdicar la alta función pedagógica nacional²¹.

Precisamente a consecuencia del problema catalán, el Estado no podía traspasar a la administración catalana la instrucción primaria, por una razón política y otra administrativa, dado que las estadísticas demostraban que la ley de Instrucción pública, la misma para toda España, se cumplía peor en Cataluña que en otras regiones. Un hecho constatado y no rectificado. Se encontraba en el proyecto objeto de discusión, con la previsión de que, a la mancomunidad catalana, cuando se constituyese, se le iba a entregar los edificios escolares, y si la primera enseñanza iba a ser competencia del Estado, se preguntaba *¿Por qué los edificios escolares van a ser de la mancomunidad?*.

No lo entendía, pero aprovechaba la ocasión para manifestar su desconfianza administrativa de las regiones en general y de Cataluña en particular. Recordaba a Maura cuando afirmó que abriría ancho cauce a las energías de las Corporaciones locales para llenar su contenido, y a las quejas sobre la falta de libertad, el político mallorquín aseguraba que se la daría sin tasa. La paradoja era según Royo Villanova que, ya le daba la Ley Municipal, vigente en aquel momento, y ningún Ayuntamiento había llenado el cauce que abrían los artículos 72 y 73 de la ley, y ninguna Diputación el previsto en el artículo 34.

Dudaba que la mancomunidad catalana cumpliera bien el encargo de los edificios escolares, cuando los cediese el Estado, y ponía el ejemplo del Ayuntamiento de Barcelona, administrado por catalanistas y republicanos, cuando por real Decreto de 1 de septiembre de 1908 obtuvo una subvención de 303.000 pesetas para la construcción de 25 edificios escolares, sobre un total presupuestado de 1.207.000. Percibida la subvención, el Ayuntamiento aportó una exigua cantidad, muy lejos del compromiso del 75%, y en consecuencia una real orden del Ministerio de Instrucción Pública dio por caducada la subvención. El caso era que el Ayuntamiento de Barcelona no había sabido o querido aprovechar aquel ancho cauce dentro de la legislación vigente.

La diferencia se encontraba en el hecho de que las leyes de ensanche de poblaciones de 1876 y 1892, concedían a Barcelona y Madrid importantes beneficios y los Ayuntamientos monárquicos de ambas ciudades aprovecharon esas leyes y precisamente el ensanche de Barcelona, que enorgullecía a todo español, fue hecho con la subvención del Estado. A tales efectos hacía balance del beneficio obtenido de la contribución territorial, que desde 1876 calculaba as-

²¹ ROYO VILLANOVA, Antonio. Contrario a las posturas catalanistas, en sus amplios escritos se mostró partidario de procesos descentralizadores administrativos en Ayuntamientos y Diputaciones, a estos efectos téngase en cuenta: *La descentralización y el regionalismo*. Pról. Joaquín Costa. Zaragoza. 1900 y su discurso en la inauguración del Curso 1913-1914 en la Universidad de Valladolid, en octubre de aquel año: *La nueva descentralización*”

cendía a 90 millones de pesetas, que habían sido restados de la recaudación del Tesoro, a lo que habían contribuido todos los españoles, como muestra de solidaridad nacional. En definitiva, que

“Los Ayuntamientos monárquicos aprovechaban los beneficios de las leyes y los Ayuntamientos autónomos, en realidad porque la Monarquía les deja que hagan lo que quieran, los Ayuntamientos solidarios y republicanos no utilizan los beneficios de la ley”.

Ante estos hechos se permitía dudar de que la administración autónoma de la mancomunidad catalana fuese más eficaz y más celosa que la del Estado, a no ser que rectificase el ejercicio de la administración que había tenido hasta aquel momento. Pese a estas suspicacias, advirtió que votaría favorablemente el proyecto de ley.²²

2. La aprobación del Proyecto en el Congreso y el asesinato de Canalejas

Después de la réplica de Guillén Sol, intervino Giner de los Ríos para defender la actuación del Ayuntamiento de Barcelona, ante las manifestaciones de Royo Villanova. Finalmente se aprobó el artículo 6º, con la modificación citada del Sr. Rosales y aceptada por la Comisión al nº 3. Al artículo 7º se admitió la enmienda presentada por el marqués de Cortina incorporando al final del artículo el siguiente texto: *“Toda modificación en la cesión de recursos o concesión de subvenciones del Estado, consignadas en el acuerdo de delegación, deberá ser objeto de una ley especial”.*

La enmienda que había presentado Giner de los Ríos, se refería a la regionalización de los tranvías, por lo que Corominas, en nombre de la Comisión, le advirtió que esta materia era uno de los mejores recursos que podía disfrutar un Municipio, además las leyes lo habían acotado como una competencia municipal, por tanto de acuerdo con el contenido del artículo que se estaba debatiendo, *“ningún recurso municipal podrá pasar a la mancomunidad, sin que lo haya cedido voluntariamente el Municipio”.* Consideraba que la enmienda quedaba contenida dentro del articulado y no había necesidad de hacer una mención concreta. Ante lo cual Giner de los Ríos, retiró su enmienda y el artículo 7º fue aprobado.

En la sesión del 5 de julio de 1912, se aprobaron sin discusión los artículos 8º y 9º y seguidamente se suspendió la discusión por entrar en el período de vacaciones parlamentarias. Las sesiones se reanudaron el 17 de octubre, en la que se votó definitivamente el proyecto de ley de mancomunidades provinciales, que fue aprobado por 171 votos a favor y 42 en contra. Con este trámite pasaba al Senado para su discusión.

²² DSC nº 154 de 4 de julio de 1912, p. 4.453 y 4.455.

3. *La aprobación por Real Decreto de la Mancomunidad catalana*

El asesinato de Canalejas el 12 de noviembre de 1912 en la Puerta del Sol, por el anarquista Pardiñas, afectó, entre otras cosas, a la tramitación del proyecto de ley de mancomunidades provinciales, que a medio plazo terminó naufragando. El nuevo presidente del Gobierno Romanones, lo sería desde noviembre de aquel año, hasta octubre de 1913. La inquietud entre los diputados catalanes sobre el futuro del proyecto y el posible retraso en la continuidad de su tramitación, manifestada por el Diputado Nogués, motivó la contestación de Romanones en el sentido de que el nuevo Gobierno había asumido todo el programa de Canalejas, por lo cual no podría abandonarse un proyecto en el que el finado había puesto *todos sus amores*.

Fracasado el intento de Romanones, el nuevo presidente del Gobierno Eduardo Dato trató de convertir en texto legal el proyecto de 1912, pero ante las dificultades, fue aprobado por Real Decreto de 18 de diciembre de 1913. Pocos días después entre el 20 y 23 de diciembre, las Diputaciones catalanas emitieron su Informe sobre el Estatuto de la Mancomunidad de Cataluña, suscrito por Prat de la Riba, presentado al Gobierno el 8 de enero de 1914, cumplidos los trámites, el Real Decreto de 24 de marzo de 1914 aprobó el Reglamento por el que se habían de regir las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona.

EL MUNICIPIO EN LA HISTORIA Y REALIDAD ACTUAL

José Guillermo VALLARTA PLATA

Presidente del Instituto de Administración Pública de Jalisco

INTRODUCCIÓN

A raíz de la independencia de los reinos de ultramar, en las *Indias Americanas*, la multiplicidad de países que se conformaron, una vez roto el cordón umbilical con la *Metropoli*, adoptaron el municipio hispano, el cual había tenido un importante protagonismo en el proceso de conquista y poblamiento de toda la América hispana, de ahí pasó a conformar el nuevo *statu quo*, en algunos casos siendo parte de la estructura institucional primigenia, esto es, habiendo sido reconocido por las primeras Constituciones Americanas de nuestros pueblos. En otros casos, como el de México, el municipio no fue reconocido en la constitución de 1824, la primera legislación que adoptó el Sistema Republicano, Representativo y Federal; pero sí fue cobijado por las diversas entidades federativas, las llamadas *Provincias*, en la *constitución de Cádiz* de 1812, que tuvo vigencia en la mayoría de los nuevos países americanos.

Los Estados Provinciales, continuaron con el proceso de acomodamiento del Municipio y le concedieron, en sus estatutos particulares, la categoría de *Orden de Gobierno*, siendo parte de su proceso de descentralización administrativa y territorial.

Nuestra tradición histórica, a partir de la revolución de 1910, que culminó en la ciudad de Querétaro en 1917 con la expedición de una nueva constitución, reconoció de manera expresa el orden de gobierno municipal y en un extenso artículo lo consagra, define y fortalece. (*art. 115*) Así, el municipio mexicano inicia un periplo, que posibilitará a través del tiempo a su fortalecimiento, mejoramiento y consolidación, como parte de la estructura político-administrativa nacional.

Sin embargo, el municipio de 1917 es muy diferente a al municipio del 2020; podemos inferir que el México de 1917 solamente contaba con 2 tipos de municipios: el municipio rural y el municipio urbano.

El municipio rural concentraba a más de 85% de la población del país; esto es, en un país de más de 15 millones de habitantes.

La realidad en el 2020 es totalmente diversa a la que se vivió cuando se consagró el régimen municipal mexicano; la población actual está concentrada casi en un 80% en centros urbanos, que se caracterizan por ser *metrópolis, o conurbaciones, las cuales* pueden ser estatales, interestatales e internacionales; existen grandes centros urbanos, con concentraciones importantes de población y el resto de los municipios han adquirido matices como el municipio indígena, municipio rural, municipios pesqueros, municipios turísticos, etc.

Es evidente que la legislación de 1917 ha sido superada.

En la actualidad México, tiene más de 126'000.000 de habitantes, nuestra realidad es otra muy distinta.

Este trabajo pone en evidencia la problemática actual del municipio mexicano y las posibles soluciones para lograr que este orden de gobierno siga siendo factor importante del progreso de nuestra nación.

Nota importante merece el Municipio Latinoamericano y sus necesidades actuales, que van de la mano de la democratización de nuestros pueblos y de la gobernanza de sus gobiernos, requisitos *sine qua non*, para hacer viables los planes de desarrollo y progreso.

El municipio debe ser el verdadero artífice del desarrollo y de la legitimidad de nuestras naciones.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para entender a plenitud lo que es el municipio, es válido e imprescindible desentrañar los arcaicos orígenes de su interesante devenir en sus diversas épocas y regiones.

La historia del municipio se remonta al origen mismo de las ciudades de la antigüedad, que en Grecia y Roma adquirieron matices de institucionalidad y principios jurídicos.

La ciudad griega, conocida también como ciudad-estado, llegó a constituir un auténtico estado municipal.

El principio en que el gobierno de las ciudades se basó, fue "*el del Interés Público*".

En el sur de Italia, desde el siglo VI a.C. encontramos una incipiente organización municipal.

Hay conciencia, de los municipalistas, al afirmar que en las instituciones locales de la antigüedad greco-latina encontramos el origen del régimen municipal de tipo occidental.

Grecia aportó la institución de la **polis**, o sea la ciudad, en donde aparece el ciudadano con derechos civiles y políticos, agrupado en **demos** (municipios).

La tradición Helénica fijó el concepto de autonomía local, vigente aún.

La ciudad de Roma, contando con sus fuertes y disciplinados ejércitos, se lanzó a la conquista de sus vecinos; el imperio romano surge precisamente de la idea de conservar a la ciudad vencida bajo su dominación, bajo su **imperium**.

Desde la época clásica de la República, S IV a.C. el principio de la expansión territorial de la pequeña metrópoli romana, primero en el Lacio y después en Etruria, Roma no siguió una sola línea o conducta para el dominio de poblaciones vencidas, sino que iba improvisando, según el caso en particular, de acuerdo a las características de la región y de las costumbres de la ciudad.

El procedimiento adoptado fue el de la federación y la anexión.

En los siglos subsiguientes, una vez dominados estos territorios, Roma buscó la unidad italiana, por lo que optó en ese proceso acelerado de expansión territorial, por respetar el orden existente en cada población dominada, lo que a la postre daría lugar al surgimiento del municipio romano, institución encargada de los asuntos meramente locales, pero incorporados al Estado Romano; al paso del tiempo, con la expedición de las leyes *Julia* (90 a.C.) y *Plautia Papiria* (89 a.C.) ante el riesgo de una rebelión en territorio de Italia, Roma cede y reconoce a todos los habitantes de la Península, la ciudadanía romana.

El municipio romano se consolidó, administrativamente hablando, en base a la *Magistratura*, el *Consejo Ciudadano* y la *Asamblea Popular*, pudiendo los municipios mantener los magistrados preexistentes, por lo que en algunos casos el magistrado principal o único, contaba con el apoyo de varios ediles, para mejor desempeñar la función.

Es interesante resaltar que las Asambleas Populares, eran órganos ciudadanos cuya función era elegir a los magistrados.

En sus orígenes italianos, el municipio sirvió para expandir el derecho de Roma y soportar institucionalmente el dominio del imperio a través del respeto de la ciudadanía y de la no intervención de Roma en los asuntos locales, aceptando la vigencia de derechos e instituciones anteriores.

El municipio se constituyó autárquico, con suficiente autonomía para resolver los problemas locales, sin tener que depender de Roma para ello.

No es descabellado afirmar que el incipiente imperio romano debe mucho al municipio, ya que esa unidad (*autogobierno cívico*), apoyó al incremento del poderío romano.

La preocupación de Roma nunca fue gobernar su amplio territorio, sino consolidar y ampliar su imperio.

Este procedimiento de dominación a las ciudades vencidas dio como resultado la aparición de un régimen municipal, que se fue generalizando en todo el imperio.

La fuerza y raigambre del municipio, lo encontramos en las ciudades aliadas denominadas por los romanos "*a socii*".

Estas, al ingresar al dominio de Roma, seguían preservando su régimen municipal y conservan su categoría de ciudad, con Instituciones y organización propia. La ciudad se reputaba de independiente y no tenía otra relación con Roma que la de ser su aliada.

A estas ciudades que conservaron su organización se les dominó **municipia**.

El municipio fue implementado en la península ibérica con la dominación romana. (s. III a.c. a V d. c.)

El desarrollado espíritu de pertenencia de las poblaciones de la Península Ibérica, obligó a los romanos a concederles un máximo de privilegios y a respetarles su organización ciudadana y política.

Según antecedentes, en Hispania existieron: municipios, ciudades federadas y una mayoría de estipendarios.

El municipio en España fue un elemento político de primera importancia

Del Concilium nació el *Concejo Municipal*. Los concejos municipales eran autónomos en lo político y en lo administrativo, finalmente llamados ayuntamientos.

Los Concejos poseían sus bienes propios y dictaminaban ordenanzas municipales, regulando la industria, el comercio, los gremios y la vida de la comuna.

La institución del Municipio en España se enriqueció y fortaleció a través de las épocas de dominación romana, visigótica y árabe.

Así llegó a América, fortalecida y vigorizada, la Institución del Municipio.

II. EL MUNICIPIO EN LA NUEVA ESPAÑA

Adentrado y avezado en la significación del poder municipal, ya que había sido alcalde mayor en Santiago de Cuba, el bachiller Hernán Cortés optó, al pisar suelo de América en Veracruz, por constituir una Asociación de Vecindad (*Cabildo Abierto*), para dejarse investir por el municipio, con todos los poderes que le hacían falta para legitimar la conquista. Así surgió, de manera poco ortodoxa y con fines aviesos, lo que sería el primer Ayuntamiento de América y la primera experiencia del municipalismo en nuestro continente.

Este fue el origen:

Diego Velázquez, a la sazón Gobernador de La Isla fernandina o Cuba, ilusionado por la información que le llegó de Don Pedro de Alvarado, quién ya había explorado tierra firme continental, utilizó el pretexto de localización del barco de Don Cristóbal de Olid y rescatar 6 peninsulares cautivos en Yucatán (vid. instrucciones de 23 de oct. De 1518), En consecuencia, decidió organizar una nueva expedición al *Continente*, y para tal efecto designó como Capitán de la Armada, compuesta por 11 naves, 518 soldados, 110 marineros, a su amigo y antiguo secretario Hernán Cortés.

Una vez en Yucatán, Cortés se desplegó a Veracruz con su Armada, En dónde se encontró con la oposición de los partidarios del gobernador Diego Velázquez, quienes pretendían regresar a Cuba.

Para paliar esta Rebelión, Cortés quemó sus naves y promovió la fundación del poblado que llamó La Villa Rica de la Veracruz, integrando su ayuntamiento y sometiéndose a la jurisdicción del Rey a través del cabildo recién formado, quienes le autorizaron, una vez nombrado *Justicia Mayor*, y *Capitán General*, a iniciar la conquista de nuevos territorios, en nombre de los Reyes Castellanos.

Hecho lo anterior, Cortés renunció al mando y cargo de Capitán otorgado por el gobernador de Cuba Diego Velázquez e inició el periplo de la conquista, basado en la autorización del primer *Ayuntamiento de América*.

Desde su inicio y durante 300 años del dominio español en las tierras conquistadas, el municipio se constituyó como una institución fundamental para Castilla, constituyendo el órgano principal de petición, defensa y organización de los derechos de los vecinos.

El primer documento de organización municipal lo constituyen las actas del escribano Diego de Godoy, quien acompañaba a Hernán Cortés.

Los documentos más antiguos desde la perspectiva legislativa, son las ordenanzas de Cortés de 1524-1525.

Así adquiere derecho de nacionalidad, en las Indias Americanas, una institución que de suyo llegó para quedarse e iniciar, con las influencias propias del lugar y de su gente, una de las formas más prístinas de organización político-social.

Desde la independencia (1824), hasta su consagración en la Constitución de 1917, el municipio mexicano fue prolijado y regulado por las Constituciones particulares de las Entidades Federativas, antes *Provincias*, consagradas en la Constitución española de 1812, que tuvo plena vigencia en el Virreinato de la Nueva España, aunque de mínima duración.

III. EL MUNICIPIO EN MÉXICO (1917)

A partir de 1917 y como consecuencia de su inercia histórico-cultural, el municipio legitimó sus tres principales principios

- Descentralización Territorial
- Descentralización Administrativa
- Descentralización Política

Sobre estos tres atributos constitucionales establecidos con toda claridad en el nuevo artículo 115 Constitucional, desde 1917, desarrollaré el planteamiento de la problemática actual y propondré soluciones, con una prospectiva a corto y mediano plazo, tomando en consideración que la figura concebida del munic-

pio mexicano, en 1917, ha quedado superada y en muchos aspectos la reglamentación y bases constitucionales son obsoletas.

Para mejor comprensión, transcribo la reglamentación del municipio mexicano, que se establece en la constitución general de la república, desde 1917.

Art.115.- Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

I) Cada Municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente o Presidenta Municipal y el número de regidurías y sindicaturas que la ley determine, de conformidad con el principio de paridad. La competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el Ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre éste y el gobierno del Estado.

Las Constituciones de los estados deberán establecer la elección consecutiva para el mismo cargo de presidentes municipales, regidores y síndicos, por un período adicional, siempre y cuando el periodo del mandato de los ayuntamientos no sea superior a tres años. La postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que lo hubieren postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato.

Las Legislaturas locales, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes, podrán suspender ayuntamientos, declarar que éstos han desaparecido y suspender o revocar el mandato a alguno de sus miembros, por alguna de las causas graves que la ley local prevenga, siempre y cuando sus miembros hayan tenido oportunidad suficiente para rendir las pruebas y hacerlos (**sic DOF 03-02-1983**) alegatos que a su juicio convengan.

Si alguno de los miembros dejare de desempeñar su cargo, será sustituido por su suplente, o se procederá según lo disponga la ley.

En caso de declararse desaparecido un Ayuntamiento o por renuncia o falta absoluta de la mayoría de sus miembros, si conforme a la ley no procede que entren en funciones los suplentes ni que se celebren nuevas elecciones, las legislaturas de los Estados designarán de entre los vecinos a los Concejos Municipales que concluirán los períodos respectivos; estos Concejos estarán integrados por el número de miembros que determine la ley, quienes deberán cumplir los requisitos de elegibilidad establecidos para los regidores;

II) Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley.

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones

administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

El objeto de las leyes a que se refiere el párrafo anterior será establecer:

a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad;

b) Los casos en que se requiera el acuerdo de las dos terceras partes de los miembros de los ayuntamientos para dictar resoluciones que afecten el patrimonio inmobiliario municipal o para celebrar actos o convenios que comprometan al Municipio por un plazo mayor al periodo del Ayuntamiento;

c) Las normas de aplicación general para celebrar los convenios a que se refieren tanto las fracciones III y IV de este artículo, como el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 116 de esta Constitución;

d) El procedimiento y condiciones para que el gobierno estatal asuma una función o servicio municipal cuando, al no existir el convenio correspondiente, la legislatura estatal considere que el municipio de que se trate esté imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes; y

e) Las disposiciones aplicables en aquellos municipios que no cuenten con los bandos o reglamentos correspondientes.

Las legislaturas estatales emitirán las normas que establezcan los procedimientos mediante los cuales se resolverán los conflictos que se presenten entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquéllos, con motivo de los actos derivados de los incisos c) y d) anteriores;

III) Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

b) Alumbrado público.

c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;

d) Mercados y centrales de abasto.

e) Panteones.

f) Rastro.

g) Calles, parques y jardines y su equipamiento;

h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito;

i) Los demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Los Municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de municipios de dos o más Estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los Estados respectivas. Así mismo cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el Estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presen o ejerzan coordinadamente por el Estado y el propio municipio;

Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.

IV) Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en todo caso:

a) Percibirán las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que establezcan los Estados sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora, así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles.

Los municipios podrán celebrar convenios con el Estado para que éste se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de esas contribuciones.

b) Las participaciones federales, que serán cubiertas por la Federación a los Municipios con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por las Legislaturas de los Estados.

c) Los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

Las leyes federales no limitarán la facultad de los Estados para establecer las contribuciones a que se refieren los incisos a) y c), ni concederán exenciones en relación con las mismas. Las leyes estatales no establecerán exenciones o subsidios en favor de persona o institución alguna respecto de dichas contribuciones. Sólo estarán exentos los bienes de dominio público de la Federación,

de las entidades federativas o los Municipios, salvo que tales bienes sean utilizados por entidades paraestatales o por particulares, bajo cualquier título, para fines administrativos o propósitos distintos a los de su objeto público.

Los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, propondrán a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria.

Las legislaturas de los Estados aprobarán las leyes de ingresos de los municipios, revisarán y fiscalizarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles, y deberán incluir en los mismos, los tabuladores desglosados de las remuneraciones que perciban los servidores públicos municipales, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 127 de esta Constitución.

Los recursos que integran la hacienda municipal serán ejercidos en forma directa por los ayuntamientos, o bien, por quien ellos autoricen, conforme a la ley;

V) Los Municipios, en los términos de las leyes federales y Estatales relativas, estarán facultados para:

a) Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal;

b) Participar en la creación y administración de sus reservas territoriales;

c) Participar en la formulación de planes de desarrollo regional, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. Cuando la Federación o los Estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios;

d) Autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales;

e) Intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana;

f) Otorgar licencias y permisos para construcciones;

g) Participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia;

h) Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; y

i) Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

En lo conducente y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios. Los bienes inmuebles de la Fed-

ración ubicados en los Municipios estarán exclusivamente bajo la jurisdicción de los poderes federales, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar en términos del inciso i) de esta fracción;

VI) Cuando dos o más centros urbanos situados en territorios municipales de dos o más entidades federativas formen o tiendan a formar una continuidad demográfica, la Federación, las entidades federativas y los Municipios respectivos, en el ámbito de sus competencias, planearán y regularán de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros con apego a la ley federal de la materia.

VII) La policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado. Aquélla acatará las órdenes que el Gobernador del Estado le transmita en aquellos casos que éste juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público.

El Ejecutivo Federal tendrá el mando de la fuerza pública en los lugares donde resida habitual o transitoriamente;

VIII) Las leyes de los estados introducirán el principio de la representación proporcional en la elección de los ayuntamientos de todos los municipios.

Las relaciones de trabajo entre los municipios y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto en el Artículo 123 de esta Constitución, y sus disposiciones reglamentarias.

IX) Derogada.

X) Derogada.

IV. NUEVAS BASES DE ORGANIZACIÓN MUNICIPAL

Así pues, partimos de la base de una reglamentación municipal que ya quedó rebasada y no obedece a la nueva realidad de nuestra geografía política-administrativa en 2020.

Por otra parte, las bases constitucionales y los principios que rigen el reparto de los recursos públicos casi no han sufrido modificación y el municipio sigue siendo el “Orden de Gobierno” menos privilegiado según el criterio establecido en los Convenios de Coordinación Fiscal, al grado que la gran mayoría de los municipios mexicanos sufre penurias económicas y verdaderas crisis, que en muchas ocasiones le impiden hacer frente a sus necesidades inmediatas, cómo es el gasto corriente.

El criterio para integrar la Hacienda Municipal, elevado a categoría de *principio constitucional*, deja al arbitrio de las legislaturas locales la integración de su patrimonio; no obstante, que se le permite administrar libremente sus recursos, mediante la elaboración anual de la ley de Ingresos municipal, al cual es aprobada por la legislatura estatal. vid (fracción IV, art.115) los recursos son insuficientes, dado el criterio del reparto fiscal; el sistema federal mexicano,

que ha sufrido deformaciones a lo largo de 103 años de su consolidación en 1917, ha fortalecido a la Federación quien recibe, según el régimen de competencia fiscal, el mayor volumen de ingresos, el 84% de la captación fiscal, el 11% lo reciben las entidades federativas y el 5% restante los municipios.

Lo anterior, conforme al sistema de competencias, (*artículos 73, 115, 124 de la Constitución General de la República*) se distribuye conforme a los *Convenios de Coordinación Fiscal*, firmados entre la Federación y los Estados federados, sin que los municipios participen.

Lo razonable y equitativo sería reformular nuevos criterios de Coordinación Fiscal, dándole participación a los municipios a través de las organizaciones de representación que existen y ampliar en favor de municipios y Estados federados, las participaciones, adoptando criterios de equidad, subsidiariedad, solidaridad, etc.

El Principio de Subsidiariedad, en materia de programas y proyectos municipales, cuando rebasen su capacidad, debe ser implementado en la nueva normativa constitucional, ésta deberá precisar un porcentaje mayor de participación a los municipios, criterio que deberá adoptarse en los convenios de Coordinación Fiscal adecuados a la nueva realidad municipal.

V. EL PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN MÉXICO

En 1917, solo había dos tipos de municipios, sobre los cuales se concibió la normativa constitucional, el municipio rural y el municipio urbano.

La realidad económica y política, a 103 años de distancia, es enorme.

El municipio actual se puede clasificar en varias categorías; mencionaré algunas, sin pretender limitarlo

- a) Municipio rural indígena
- b) Municipio rural tradicional
- c) Municipio agrícola
- d) Municipio agro industrial
- e) Municipio urbano mixto
- f) Municipio turístico
- g) Municipio Metropolitano
- h) Municipio conurbado interestatal e internacional, etc.

En consecuencia, la enorme diferencia del municipio de principios del siglo pasado no tiene parangón, con el enorme desarrollo de la población y de las actividades que se escenifican en el ámbito municipal actual.

Es vital hacer un nuevo replanteamiento del municipio mexicano, con criterios modernos que abarquen la realidad y la prospectiva municipal del México moderno. No podemos seguir hablando del municipio mexicano, sin modificar las reglas del juego que rigen a este orden de gobierno.

La descentralización territorial, competencia prima del municipio, se refiere a la delimitación de su territorio, dentro de una entidad federativa, situación que no ha tenido mayor problema desde su reconocimiento en 1917.

Pero la descentralización tiene que ver con la responsabilidad de hacer frente al proyecto de atención de servicios y del impulso para el fomento del desarrollo regional; en esta actividad, un municipio activo y participante puede ser el detonante de la riqueza y del desarrollo municipal.

Vgr. - Si un municipio tiene como actividad primordial la agricultura, serán fundamentales los “*camino saca cosechas*”, que promueva el ayuntamiento con sus propios recursos y apoyado con el principio de Subsidiariedad, con apoyos adicionales del Gobierno del Estado y de la Federación. Este criterio moderno, haría que el municipio no sólo promueva el desarrollo regional, sino que lo haga de manera transparente, con programas autorizados previamente, haciendo valer el principio administrativo de “*costo-beneficio*”.

Iguales criterios se aplicarían para los diferentes municipios, de acuerdo a la realidad actual, que tienen necesidades que son atípicas, siguiendo el principio de la Subsidiariedad y mayor participación de la riqueza nacional y por ello se requiere una nueva normativa constitucional.

La situación se complica tratándose de los municipios metropolitanos y los municipios conurbados; en el caso de los primeros, habrá que contemplar la creación de organismos metropolitanos autónomos que se hagan cargo de servicios que por su dimensión escapan de la esfera propia del municipio, pero sí afectan su funcionamiento.

Me referiré a unos cuantos:

- a) Servicios de agua potable
- b) Alcantarillado y redes pluviales y de drenaje
- c) Tratamiento de aguas residuales
- d) Tratamiento de desechos sólidos y hospitalarios
- e) Creación, desarrollo y mantenimiento de vialidades metropolitanas y vías de conexión con carreteras estatales o federales.
- f) Servicios de emergencias, bomberos, protección civil etc.

La nueva realidad, ubica a los mexicanos en poblaciones cada vez más pobladas, habiéndose incrementado exponencialmente el porcentaje de población que vive en grandes ciudades.

A raíz del proceso industrializador, que en nuestro país se dio a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se propició un despoblamiento de las zonas rurales de nuestra geografía, dando lugar a un movimiento migratorio constante e incesante del campo a la ciudad, dando lugar a problemas no experimentados, de transporte, seguridad, agua potable, servicios básicos de salud, vivienda, etc.

En apenas unos cuantos años, de 1950 al 2000 la población de México pasó a ser fundamentalmente urbana. (más del 75% de la población vive en ciudades y metrópolis)

Este fenómeno de migración voluntaria de la población produjo los fenómenos sociales de conurbación y metropolización.

La suma de la ciudad y sus suburbios integran una *metrópolis*, lo que ha devenido en la adopción de un neologismo "*metropolización*", que abarca, tanto el crecimiento como la operación, de las *Metrópolis*.

La Conurbación, por su parte, implica, la unión involuntaria de varios núcleos urbanos, antes independientes quienes al crecer acaban por integrar una nueva unidad poblacional.

*"Así, se registra conurbación intermunicipal en la zona metropolitana de Guadalajara, en la de Monterrey, en la de Puebla y en la de otros, en tanto que se presenta conurbación entre entidades federativas en el caso de la Ciudad de México con municipios del estado de México y del Estado de Hidalgo; conurbación Interestatal en la comarca de la Laguna con municipios de los estados de Coahuila y Durango."*¹

Como se mencionó, tres cuartas partes de la zona de país habita en zonas urbanas, *id est.* cerca de 95 millones de personas viven la nueva realidad urbana. 50 zonas metropolitanas enmarcan esta nueva realidad, por lo que el municipio debe de adaptarse a nuevas reglas del juego.

Es imposible, en consecuencia, tratar de aplicar criterios obsoletos a problemas nuevos que obedecen a una realidad distinta.

VI. CRECIMIENTO DE LOS CENTROS URBANOS

Especial atención merece el grave problema del crecimiento desmedido de los centros urbanos, fenómeno que inicio en la segunda mitad del S. XX y que ha propiciado el crecimiento desmedido y drástico de las grandes urbes metropolitanas.

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Orden jurídico, delegacional y metropolitano*. INAP, UNAM, p. 316.

Ante esta fenomenología social y de impacto global, el municipio poco o nada puede hacer; sus añejas atribuciones y la característica “sui generis” de la tenencia de la tierra en México, con la existencia de tierras ejidales y comunidades indígenas², le impiden actuar para conformar adecuadamente el territorio bajo su jurisdicción.

Al crearse el régimen ejidal de tenencia y disposición de la tierra, de lo que antaño a la revolución de 1910 habían sido las extensiones particulares de las grandes haciendas, llamado el latifundismo porfiriano³, no solo se fragmentó la propiedad y se entregó a los titulares del nuevo parcelamiento (ejidatarios) la misma, sino que, los poblados quedaron rodeados de esta nueva titularidad en la tierra, sin haber recibido terrenos que constituyeran sus reservas territoriales; en consecuencia, en lo sucesivo, aunque las reformas constitucionales al artículo 115 constitucional de 1983 y 1999, le otorgaron a este ORDEN DE GOBIERNO facultades para:

- a)** Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal;
- b)** Participar en la creación y administración de sus reservas territoriales;
- c)** Participar en la formulación de planes de desarrollo regional, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. Cuando la Federación o los Estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios;
- d)** Autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales;
- e)** Intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana;
- f)** Otorgar licencias y permisos para construcciones;
- g)** Participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia;
- h)** Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial;
- i)** Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales. *sic.*

² El régimen de propiedad ejidal se formalizó en nuestro país, después de la Revolución Social de 1917, dando lugar a la liquidación de los grandes latifundios y a las Haciendas en manos de unos pocos detentadores de la tierra.

³ Porfirio Díaz, detentó el poder en México durante más de 30 años, hasta la Revolución Política de 1910, liderada por Francisco I Madero.

Esta posibilidad de accionar en el municipio es nula, ya que, por regla general, ningún municipio mexicano posee reservas territoriales, ni reservas ecológicas suficientes; si las hubiese, éstas pertenecen a la federación, en forma de parques o reservas nacionales.

Una de las consecuencias del crecimiento de los centros urbanos, ha sido la aparición de asentamientos humanos irregulares, que, al crearse sin control alguno de autoridad, se desarrollan sin observar los lineamientos y restricciones que se encuentran en los *Planes Parciales o Generales* de desarrollo de los municipios.

Los asentamientos se dan en terrenos ejidales que circundan los centros de población y al ser consecuencia de la ley de la oferta y la demanda de suelo, son materia de la especulación urbana.

En este tipo de terrenos, la autoridad no tiene facultades de ordenar la sujeción a sus planes de desarrollo urbano o de edificación, además los asentamientos se desarrollan sin contar con los servicios básicos de agua, drenaje, luz, calles, etc.; además, no están sujetos al cobro del impuesto a la propiedad raíz, que es de índole municipal y en consecuencia se genera un círculo vicioso entre la autoridad y estos asentamientos

Una vez consolidados estos centros, comienzan a exigir a la autoridad los servicios básicos y constituyen, en muchos casos zonas marginadas y peligrosas.

El texto constitucional en su artículo 115 fracción V, le otorgó al municipio la facultad de ordenar los asentamientos urbanos y de ejecutar obras públicas y planificar y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.

Ahora bien, estas medidas aplican únicamente y exclusivamente para los desarrolladores que posean tierras de propiedad privada, a quienes se les aplican los ordenamientos y restricciones urbanas para el desarrollo de fraccionamientos o parcelas urbanas y las viviendas horizontales o verticales.

El régimen ejidal tiene una normativa diferente y en consecuencia queda fuera del ámbito de la autoridad municipal.

Ni la constitución, ni las leyes locales o municipales de índole urbano, prevén la facultad del municipio para suspender los asentamientos irregulares, propiciando con ello, un verdadero desorden urbano.

En consecuencia, debe dotarse al municipio de herramientas adecuadas y de potestad, para regular adecuadamente su delimitación territorial y propiciar un crecimiento ordenado de su centro urbano, sobre todo entratándose de

*aquellos terrenos, que siendo ejidales o comunales*⁴, se pretenda incorporarlos a las poblaciones.

Por otra parte, la facultad que ya tiene el ayuntamiento para propiciar la regularización de la tenencia de la tierra ejidal o comunal, urbanizada, robustece nuestra propuesta de que el municipio debe estar facultado para intervenir desde su principio en el proceso y evitar la creación de “*ciudades marginadas*”, llamadas también *cinturones de miseria*.

VII. DEFORMACIÓN DEL SISTEMA FEDERAL EN MÉXICO

El municipio mexicano, a pesar de tener una normativa única, ha desarrollado una práctica diferente, consecuencia de la situación política, seguida a partir de la llamada “*Alternancia Política*”, *id est*, desde la administración del Presidente Vicente Fox, año 2000 a la fecha, época que los *Gobernadores* pertenecientes a partidos políticos diferentes al del Presidente de la República, se convirtieron en amos virtuales de su entorno político (las entidades federativas), propiciando que los presidentes municipales de cada entidad replicaran esa forma de comportamiento.

La disciplina administrativa y presupuestaria que existió hasta el año 2000, se rompió con la alternancia y ello dio lugar a un verdadero desorden administrativo y manejo inapropiado del presupuesto, propiciando a la larga falta de recursos, ausencia de proyectos de desarrollo, desatención a las necesidades de la ciudad o municipio; incremento innecesario de la plantilla municipal, sin criterios de eficiencia o necesidad, etc.

Todo lo anterior ha propiciado un verdadero desorden administrativo en el orden de gobierno municipal

Además, no existe un criterio normativo de cómo debe funcionar un municipio modelo, conforme a la actividad del municipio, número de habitantes, presupuesto que ejerce, tamaño del territorio, etc.

No hay una limitante para consolidar una plantilla de trabajadores municipales, de acuerdo con el tamaño del municipio y su expectativa de ingresos, lo que ha propiciado la contratación clientelar con fines políticos y ha propiciado la quiebra de las finanzas municipales.

Al crear una nueva normativa y reclasificación en el orden constitucional del municipio, se debe optar por un reglamento único del artículo 115 constitucional, y proponer la organización modelo administrativa y política del municipio y el adecuado funcionamiento del ayuntamiento, estableciendo límites en lo que se refiere al número de empleados municipales, número de funcionarios,

⁴ Los terrenos comunales, los constituyen los terrenos de dotación a las comunidades indígenas históricas.

salario de éstos y de los regidores y presidentes municipales; abrir la posibilidad de contratar la realización de ciertos servicios municipales a empresas de la iniciativa privada, especializadas en la materia, privilegiando los principios de orden transparencia y acceso a la información, licitación etc.

Lo anterior permitirá la especialización cualitativa de la administración, enfocada hacia las áreas más sensibles y que no requieran cuantitativamente mano de obra, lo que perjudica a la larga las finanzas del ayuntamiento.

El adelgazamiento de la burocracia, la eficiencia y profesionalización de los cuadros de la administración municipal, deberá ser una preocupación constante en la actividad municipal.

Es ilustrativo lo legislado por el Congreso Constituyente de la Ciudad de México, quien al crear la nueva Constitución para esa entidad federativa *sui generis*, habla en su artículo 60, del derecho a una nueva administración.

Por su parte la nueva ley orgánica del poder ejecutivo y de la administración pública de la ciudad de México estable que *“los seres humanos tienen derecho a una buena administración pública que tengan los principios de atención ciudadana” sic.*

Sobre el particular propongo que el nuevo artículo 115 constitucional, señale como premisa fundamental lo siguiente: *“los habitantes de los municipios de México, sin distinción alguna, tienen derecho a una buena administración pública, la cual deberá contener los principios de: honradez, eficiencia, eficacia, profesionalismo, solidaridad, y subsidiariedad”.*

La nueva normativa deberá contemplar esta necesidad insoslayable.

La Descentralización Territorial del Municipio trajo consigo la Descentralización Administrativa; un nuevo orden de gobierno se consolidó formalmente a partir de 1917, el municipio es administrado por una estructura formada por un presidente municipal, quien es el titular del poder ejecutivo; por un número de Concejales o Regidores electos o asignados por las Instancias electorales, de acuerdo al número de votos de los partidos políticos contendientes; y por los funcionarios municipales designados por el Presidente Municipal y por el cabildo en pleno, en algunos casos, de acuerdo con la Ley Reglamentaria Municipal de cada entidad federativa.

Una multiplicidad de criterios ha afectado la buena marcha del municipio, ya que, al no haber un solo criterio de orden administrativo, cada ayuntamiento se inventa cada tres años, con propuestas que no son institucionales, al arbitrio del Presidente y camarilla en turno.

Existen ayuntamientos que tienen un solo Secretario General otros nombran hasta tres; los hay, que el Secretario tiene las funciones de Síndico; otros tienen hasta tres Síndicos. En unos son de designación; en otros son de elección. En unos priva el criterio de la eficiencia, productividad y profesionalismo, requisito *sine qua non* para designar al *Secretario, Síndico, Secretario o Direc-*

tor de Obras Públicas, los cuales deben ser profesionistas de acuerdo con el puesto y estar certificados; esto, desgraciadamente sucede en una minoría, de los municipios mexicanos; en la gran mayoría se desconocen e ignoran estos principios y priva el amiguismo, influyentísimo y los compromisos políticos.

Hay infinidad de casos de municipios que, sin alterar su índice poblacional, incrementaron en dos décadas, hasta un 100% su nómina de empleados y trabajadores, afectando gravemente el proyecto de desarrollo del municipio, que ahora apenas puede cubrir su gasto corriente. Lo anterior abona al criterio de reformar la concepción del municipio; adecuar su normatividad de acuerdo a principios modernos de administración eficiente; crear un solo reglamento del nuevo artículo 115 constitucional, que permita la profesionalización de esta entidad de gobierno y sobre todo sentar las bases de una nueva estructura administrativa, ordenada, limitada constitucionalmente, debidamente regulada, propensa no sólo al orden, y a la disciplina, sino a la eficiencia y productividad; y que se constituya en un verdadero motor de desarrollo regional.

Solamente ordenando y eficientando el orden municipal, podemos aspirar a legitimar y reivindicar los grandes proyectos que se pueden desarrollar desde lo local.

En una palabra, el municipio sigue siendo la organización básica de la sociedad y la escuela fundamental de la democracia.

VIII. EL MUNICIPIO EN LATINOAMÉRICA

En nuestros países latinoamericanos, de acuerdo a la tradición compartida, y a la cultura heredada, el municipio se ha abierto camino, con muchas dificultades, pero finalmente ha logrado consolidar su existencia, independientemente si nuestros países son Centralistas o Federalistas.

En los avatares del siglo XIX, después del periplo de las guerras de independencia, el municipio, como en la Roma republicana, ayudó a consolidar el sistema político post independentista; nuevos países surgieron a la palestra, el enorme imperio de los reyes castellanos se pulverizó y como consecuencia, surgieron *Países Soberanos*; ésta fue la constante en la América hispana.

La Metrópoli, ocupada por su propia guerra de independencia y por la ceguera monárquica, no pudo contener el afán separatista de los reinos americanos y nunca, pero nunca, estuvo a la altura de las circunstancias para cortar el cordón umbilical, sin consecuencias traumáticas y poder consolidar los fuertes lazos que unían a Madrid con los reinos americanos.

Esto hubiera sido lo ideal, la Metrópoli ayudando a sus reinos de ultramar en el proceso del nuevo parto, la creación de las nuevas naciones americanas; el “*Common Wealth*” de habla hispana; un nuevo entendimiento y apoyo mutuo. Por el contrario, la *Monarquía Castellana* se empeñó en seguir la guerra y recuperar los antiguos territorios, los cuales ya habían cortado los últimos lazos de la esperanza, que aún se concebía en las *Cortes de Cádiz en 1812*.

El siglo XX fue el de la consolidación institucional americana.

Nuestros países ya habían transitado por 80 años o más de vida independiente y ya habían superado invasiones extranjeras, guerras fratricidas, pérdida de territorios, revoluciones, golpes de estado, crisis democráticas, caudillismo, militarismo, dictaduras, etc. Es decir, lo peor había pasado y el camino se nos presentaba con grandes posibilidades.

Desafortunadamente, la cultura de la democracia aún no se afincaba en nuestro horizonte y una vez más, desaprovechamos 100 años de grandes posibilidades.

Llevamos dos décadas del nuevo siglo; nuestros países, sin excepción, transitan por la medianía; nuestra democracia aún no se consolida. Las instituciones están débiles, el populismo sigue siendo un factor importante en los procesos electorales; las grandes desigualdades son el pan de cada día en las estructuras de nuestros países; no existe equidad, la seguridad pública es la gran ausente, el crimen y el narcotráfico son nuestros grandes males y gobiernos y sociedades corruptas, su consecuencia.

Este es el panorama del municipio en el siglo XXI, Ante esta realidad, ¿qué debemos hacer?

Vamos a partir de la base que el municipio es la base del desarrollo democrático; a partir de esa premisa, debemos de plantear nuestra estrategia.

Fortalecer nuestras instituciones. Nuestros estados nacionales, que hoy más que nunca requieren estabilidad y fortaleza, esto les posibilitará gobernabilidad y desarrollo.

La gobernabilidad, que es lo mismo que la acción de gobernar en un entorno democrático, requiere la satisfacción de muchas expectativas sociales de bienestar y seguridad social, la demanda de más y mejores servicios públicos, la satisfacción de requerimientos básicos, empleos, productos de primera necesidad al alcance de todos, transporte, vivienda, tranquilidad social y seguridad.

Hay que resaltar, que la crisis de ingobernabilidad de nuestras democracias, *“no altera los principios constitucionales fundamentales del Estado, ni los valores y principios del régimen democrático, sino en el gobierno, en el gobernar del gobierno.”*⁵

De acuerdo con Luis F. Aguilar, gobernabilidad o ingobernabilidad son atributos y efectos que refieren a la actuación del gobierno. (*op cit*)

En la medida que el gobierno, en su acción de gobernar, exponga limitaciones o insuficiencias financieras, políticas o administrativas, que limiten los

⁵ AGUILAR, Luis F. “legitimidad y efectividad, los dos imperativos del gobernar”, Secretaría General de Gobierno, Guerrero, México, p. 19, 2020.

objetivos de bienestar y seguridad social, en esa misma medida se produce un pesimismo sobre la democracia y una pérdida de confianza sobre el gobierno; esto propicia la ingobernabilidad.

La legitimidad y la efectividad directiva del gobierno democrático son imperativos para la gobernabilidad, *ergo*, debemos trabajar en nuestro modesto entorno, el municipio, para acrecentar la legitimidad y la efectividad directiva de los gobiernos municipales, a partir de ahí, trascender al todo, que es el Estado Nacional.

Se requiere culturizar a la población, en torno a estos valores democráticos; el proceso se debe dar, privilegiando la vida desde *lo local*; la lugarización y el recrear la vida desde nuestros modestos municipios, hasta llegar a las metrópolis modernas, para acostumbrarnos a participar abiertamente en los problemas cercanos, inmediatos y ser parte en la solución; esto será la clave del éxito.

La democracia electoral efectiva y la apertura democrática para ser partícipes de la problemática social, *desde lo local*, nos permitirá abatir, desde la base, el grave problema de la ingobernabilidad y la pérdida de confianza en la democracia.

Fortalecer el régimen municipal, en lo económico, político y organizacional, debe ser prioritario en este nuevo siglo.

Nuestros países latinoamericanos deben de estar atentos a esta premisa fundamental.

Es imperativo volver al municipio, recrear sus valores y paradigmas, fortalecer los principios de la democracia y llevar a la democracia participativa a límites máximos, dentro del ámbito exclusivamente municipal, para de ahí trascender a lo nacional.

Para lograr este proceso democratizador en *lo local*, es imprescindible transformar los instrumentos que han centralizado la acción de gobernar, minimizando al municipio; la forma de hacerlo es a través de la descentralización y el fortalecimiento municipal.

Nuevas reglas del juego se tendrán que reescribir para lograr estos *paradigmas*.

Es en el caso de México, demostré que la normativa constitucional que rige al municipio es obsoleta; la realidad la ha superado. En consecuencia, se requiere una reingeniería constitucional para rehacer al municipio del siglo XXI, que tenga visión de prospectiva. Mejorar, de acuerdo a principios modernos de equidad, transparencia, subsidiariedad y solidaridad, los ingresos municipales deben ser suficientes para satisfacer sus necesidades y le permitan ser promotor del desarrollo local.

La nueva normativa, debe propugnar por establecer principios y directrices que ordenen el municipio; se debe propiciar un modelo de administración eficaz, moderno, económico y eficiente, adecuándolo, de acuerdo a los requerimientos, características y singularidades del municipio.

Es imperativo propiciar la capacitación y profesionalización de sus miembros, y de ser posible, consignar políticas públicas del servicio profesional de carrera.

El ordenamiento debe adecuar las necesidades de la nueva realidad municipal y propiciar nuevos esquemas de participación y de asociación vecinal; además, incrementar esquemas de descentralización en los municipios urbanos, conurbados y metropolitanos a fin de privilegiar la participación ciudadana y la toma de decisiones compartidas.

Ante los enormes retos que nos impone la modernidad, el crecimiento y el riesgo de la ingobernabilidad, por los terribles problemas sociales que afectan a nuestros países, es ineludible recrear al municipio latinoamericano, dotándolo de las herramientas suficientes para revertir la inercia antidemocrática que nos ha afectado como región y como países; es tiempo de renacer, sin las enormes cargas históricas y culturales que nos han estigmatizado; la manera de hacerlo, es voltear a nuestros orígenes y apelar a la escuela prístina de la democracia, el municipio.

V

DERECHOS FUNDAMENTALES

SOBRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD COMO PRESUPUESTOS ONTOLÓGICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DEL COVID-19

Hermann PETZOLD-PERNÍA¹

Individuo de Número de las Academias de Historia y
Ciencias Jurídicas del Estado Zulia

“Hay muchos puntos de vista acerca de cada cosa y de cada naturaleza, que implican una dificultad y requieren un atento examen; de estos puntos de vista, unos dicen referencia tan solo a nuestro conocimiento de la cosa, mientras otros se refieren también a los modos de adquirirla y a las maneras de obrar en relación con ella”.

(ARISTÓTELES, *Ética Eudemiana*-Lib. I, cap. I)

*“Debes decir algo nuevo y sin embargo dices lo viejo.
¡Debes decir, desde luego, sólo algo viejo; y con todo algo nuevo!”*

(WITTGENSTEIN, *Aforismos*, 219)

INTROITO

La Humanidad vive tiempos aciagos entre otros factores por la pandemia del COVID-19 o corona virus que, ya sea como una especie de mortífera plaga bíblica, o, más bien, como una invasión de millones y millones de entes extraterrestres, asola al planeta Tierra buscando aparentemente, el exterminio de los seres humanos que, como una especie grandemente depredadora, ha venido, progresivamente, destruyendo su hábitat natural, a pesar de jactarse ante las demás especies que cohabitan con ella en esta gigantesca nave que surca el espacio sideral de su inteligencia racional y razonable y que, como un demiur-

¹ Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad Libre de Bruselas (Bélgica). Abogado, licenciado en educación y doctor en Derecho por la Universidad del Zulia. Profesor titular (emérito) y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esta última. Individuo de Numero de las Academias de Historia y Ciencias Jurídicas, ambas del Estado Zulia y Ex Presidente de la primera. Ex Fiscal General de la República (1er. Suplente).

go, ha sido capaz de crear entes con inteligencia artificial. Pues bien, en ese contexto, en el cual so pretexto de combatir la referida pandemia, en todos los países del orbe, sus respectivos gobiernos, democrático-constitucionales o tiránicos, según sea la naturaleza de cada régimen político, han venido restringiendo, en mayor o menor medida, algunas importantes libertades individuales y otros derechos humanos fundamentales, invocando el tópico jurídico *Salus populi suprema lex est*, he considerado pertinente realizar un detenido análisis de las nociones de la libertad y de la igualdad, teniendo presente, las acertadas afirmaciones, por una parte, de L. WITTGENSTEIN, cuando dice “*Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo*” (*Tractatus lógico-philosophicus* (Versión española de Enrique Tierno Galvan); Alianza Edit., Madrid, 1973, p.163), y, por la otra, de E. CIORAN cuando expresa “*No dura sino lo que es susceptible de varias interpretaciones*”. (“*Aveux et Anathèmes*” en *Oeuvres*, Ed. Gallimard, Paris, 1997, p.1713).

En consecuencia, debo comenzar por observar que las discusiones sobre los derechos de la persona humana, generalmente, son de naturaleza jurídica, ética y/o política, aunque en última instancia terminan siendo de índole filosófica o metafísica. Es por ello que las respuestas dadas a las cuestiones planteadas con relación a la persona humana y sus derechos esenciales, no son definitivas ni indiscutibles, por lo que los problemas que surgen en este ámbito son más bien *aporías*, ya que suscitan o provocan soluciones tópicas o dialécticas. Por tanto, como diría WITTGENSTEIN: “*No hay que asombrarse que los más profundos problemas no sean propiamente problemas*” (*Ibidem*; p.71)

Valga decir, que si bien la cuestión de los derechos humanos está ligada, indisolublemente, a la naturaleza del hombre como ser político y social (*ubi societas, ibi ius*), es indudable que en el planteamiento del problema, como en la presentación de las soluciones, se puede verificar que éstas son dadas, presuntamente, *sub specie aeterni*, aunque no consigan, realmente, sino consolidarse *sub specie temporis*, es decir, unidas, necesariamente, a la fase de evolución filosófica, jurídica y político-social correspondiente a un espacio-tiempo determinado y destinadas, por ende, a ser superadas -o al menos contradichas- por las respuestas al problema elaboradas conforme a otras concepciones axiológicas vinculadas a otra época y a otra sociedad.

Luego, todas las concepciones de la persona humana están condicionadas espacio-temporalmente y, por ende, toda concepción del ser humano presupone una metafísica que se traduce en una Filosofía del Derecho concebida como una axiología jurídica, que busca responder a interrogantes tales, como por ejemplo: ¿Cuáles son los llamados derechos humanos fundamentales? ¿Hay que ser persona humana para tener esos derechos? (esta pregunta se vincula con la lucha contra el maltrato a los animales irracionales y los experimentos con estos). Y si es así, ¿qué es una persona humana? ¿Existen los derechos humanos independientemente de su reconocimiento por los diversos sistemas jurídicos?, etc.

A mi juicio, todos los seres humanos tenemos una concepción (explícita o implícita) de la idea de humanidad que guía nuestro comportamiento tanto individual como colectivo, y que nos lleva a solamente reconocer derechos a aquellos seres que consideramos iguales a nosotros; es decir, que los derechos humanos que reconocemos son los derechos de los seres que estimamos como nuestros semejantes. En consecuencia, únicamente con relación a éstos, en nuestro trato social cotidiano, admitiremos que detentan los derechos humanos básicos, aunque en teoría proclamemos que todos los miembros de la especie humana son iguales.

Por supuesto que, entre los seres humanos, existen diversos grados de conciencia moral que determinan sus actuaciones éticas y jurídicas, por lo que el reconocimiento personal y social que hagan de los derechos esenciales de los demás hombres y mujeres se encuentra en directa relación con el grado de evolución de dicha conciencia moral.

Empero, es posible verificar, con referencia a dicho problema que, aunque el pensamiento filosófico, político, jurídico y ético está inmerso en el tiempo y societariamente condicionado, se presenta -tanto en su origen como en su evolución- como la realización escalonada de un desarrollo en permanente marcha, por lo que la multiplicidad de las respuestas aportadas y de las formas de enfocar y presentar la cuestión de la libertad y de la igualdad humanas, constituye uno de los mayores éxitos del intelecto de nuestra especie. Por ello, a continuación se analizarán las nociones de la libertad y de la igualdad.

DE LA LIBERTAD

Comenzando con la primera debo señalar que Charles de SECONDAT, barón de la BREDE y de MONTESQUIEU, pertinentemente, dijo: “No hay palabra que tenga más aceptaciones y que de tantas maneras diferentes haya impresionado los espíritus, como la palabra libertad” (Lib. XI, cap. II, de *El Espíritu de las Leyes*. (Versión de Nicolás Estèvez); Ed. Libertad, Buenos Aires, 1944; p. 148.). Así, pues, el “problema” de la libertad humana ha sido siempre una de las cuestiones fundamentalmente de la meditación filosófica y del debate político, pero con la particularidad de que, quiérase o no, la discusión se ha hecho, básicamente, en un plano metafísico.

Luego, como ya se señaló *ut supra*, la diversidad de las respuestas presentadas y de las maneras de enfocar y plantear la cuestión de la libertad es, a mi entender, un logro fundamental, tanto en el campo de la filosofía como en los ámbitos del derecho y la política, que demuestra una profundización del intelecto humano, cada vez mayor, en uno de los enigmas más angustiantes que ante sí tiene el hombre. Y esto sin desechar la veracidad de la afirmación de Max SCHÉLER: “No hay problema filosófico que haya alcanzado tal grado de embrollo por una parte, y de confusión de conceptos y consecuente empleo equívoco de términos por la otra, como el problema de la libertad” (*Metafísica de la Libertad*. (Trad. de Walter Liebling); (Ed. Nova, Buenos Aires, 1960; p.19).

Entonces, es posible sostener que la noción de la libertad -prestigiosa pero también confusa- es eminentemente evolutiva, puesto que está íntimamente ligada a los cambios históricos-sociales. Así, la conciencia de la libertad y su efectiva existencia ha sido un proceso constante –G.W.F. HEGEL ha dicho, justamente, que la “*historia universal es el progreso de la conciencia de la libertad*” (*La Raison dans l’Histoire*. Trad. de Kostas Papaioannou); Paris, U.G.E., 1965; p. 84).-, aunque con frecuentes alteraciones que lo han hecho retroceder o avanzar aceleradamente, desarrollado desde la antigua Grecia hasta hoy en día en que, a pesar de los ingentes esfuerzos de todos los seres humanos, aún no culmina, sino que más bien parece ser que su avance es obstaculizado por las medidas restrictivas de las libertades públicas dictadas por los gobiernos de los países del orbe invocando la necesidad de luchar contra la propagación del letal COVID-19. En consecuencia, para decirlo con palabras del mismo filósofo, “*nunca se ha sabido ni experimentado mejor que en la época actual hasta qué punto esta libertad, tal como ha sido formulada, es indeterminada todavía, hasta qué punto es una palabra infinitamente ambigua, y, siendo lo más alto, trae consigo infinitos equívocos, confusiones y errores y comprende todos los desórdenes posibles*” (HEGEL, G.W.F.; *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, en la antología de Julián MARIAS; *La Filosofía en sus textos*; t. II, Ed. Labor, Barcelona, 1963; p. 804).

Ahora bien, es la conciencia de la libertad y el actuar libre los que hacen factibles la eticidad del obrar humano y la existencia del derecho, pues, “*nuestra voluntad no sería voluntad si no fuera libre*” (SAN AGUSTIN; lib. III, cap. 3, No. 8, de *Del libre albedrío* (Trad. de E. Seijas); B.A.C., t. III, Madrid, 1947; pp. 416-418.). Es decir, que sólo hay comportamiento humano moral (y jurídico) dentro del marco de la libertad y únicamente los actos humanos pueden ser objeto de juicios morales (y jurídicos). También por ello, SANTO TOMAS DE AQUINO declara que “*lo mismo es decir actos morales que actos humanos*” (q. 1, art. 3, del *Tratado de la Bienaventuranza* (versión de Fr. Teófilo Urdanoz, O.P.), en *Suma Teológica*; B.A.C., t. IV, Madrid, 1954; p. 106.).

Así, pues, es la experiencia de la libertad la que *personifica* al ser humano, ya que lo “*que en la vida llamamos una persona, es el ente libre en este sentido. Es el ente al que imputamos sus actos, el ente que porta en sí una responsabilidad, que tiene culpa o méritos; el ente que, según la tendencia o la intención en virtud de la cual se decide, es ‘bueno o malo’. Es el ente que no está nunca forzado a hacer el bien o el mal, pero sí a decidir entre el bien y el mal. Pues no hay, en absoluto, libertad sólo para el bien; únicamente quien es de raíz capaz también del mal, es capaz del bien en sentido moral. Si el hombre no fuese capaz del mal, estaría sometido a la ley del bien como la cosa material a la ley natural. Pero entonces no sería su ser bueno un ser bueno moralmente, no sería un valor moral*” (HARTMANN, Nicolai; *Ontología*. (Trad. de José Gaos); F.C.E., t. I, México-Buenos Aires, 1955; p. 22.).

Por supuesto, que esto no significa que el hombre sea un ser indeterminado, fuera de las leyes causales del universo, incausado. Todo lo contrario: el hombre es el único ente consciente de la necesidad que rige la naturaleza en general y al ser humano en particular. O como certeramente ha expresado Emmanuel MOUNIER: “*Los determinismos, que nos rodean no son una palabra vana. Pero la noción de determinismo, sin ser expulsada de la ciencia, como se ha dicho, ha sido localizada al nivel de los fenómenos materiales de gran escala. Los fenómenos infraatómicos la conmueven. Los fenómenos biológicos la desbordan... El hombre ya no está más bloqueado en su destino por el determinismo. Si bien permanecemos concretamente ligados a numerosos y cerrados determinismos, cada nuevo determinismo que el sabio descubre es una nota más en la gama de nuestra libertad. En tanto las leyes de la aerodinámica fueron ignoradas, los hombres soñaron con volar; cuando su sueño se insertó en una red de necesidades, volaron... Quien se apoya en las fatalidades de la naturaleza para negar las posibilidades del hombre, se abandona a un mito o intenta justificar una dimisión*” (*El Personalismo* (Trad. de Aída Aisenson y Beatriz Dorriots); 2ª. Ed. Eudeba, Buenos Aires. 1965; p.14.). Y es por esto que HEGEL pudo afirmar también que en el hombre esa “*es su independencia: él sabe lo que le determina. Así, él puede tomar como fin el concepto simple, por ejemplo, su libertad positiva*” (*La Raison...*; p.78.). Y, precisamente, “*es solamente la experiencia de la libertad la que libera al Espíritu, aunque en sí y por sí él permanece siempre libre*” (*Ibidem*; p. 76.).

Es consecuencia, la libertad es el *plus*, la característica esencial que distingue al hombre de los demás animales. El ser humano “*está forzado a decidirse libremente. O a la inversa: en el estar forzado a decidirse, es libre*” (HARTMANN, N.; *Op. cit.*; p.22.). Es decir, a la fuerza de los estímulos, de los impulsos, del instinto, se enfrenta en el hombre otra cosa, que le coloca ante la vista, fines, labores, valores, facultades de un tipo peculiar y peso específico. Así, su naturaleza le ofrece un ámbito libre, cuyas varias posibilidades hacen que la dirección que tome en su obrar dependa, estrictamente, de su propia libertad (*Cf. ibidem*; pp. 21-22.).

Ahora bien, aunque tradicionalmente, se ha venido sosteniendo que el ser humano recibe su esencia al nacer, o sea, que la esencia es lógica y ontológicamente anterior a la existencia, o al menos contemporánea, de acuerdo con la filosofía existencialista es todo lo contrario: Ontológicamente, en el caso del hombre, la existencia precede a la esencia. Y a este respecto, plantea Jean-Paul SARTRE: “*¿Qué significa, aquí, que la existencia precede a la esencia? Ello significa que el hombre existe primero, se encuentra, surge en el mundo, y que él se define después. El hombre, tal como le concibe el existencialismo, si no es definible, es porque al comienzo no es nada. El será a continuación y será tal como se habrá hecho... El hombre es solamente, no sólo tal como él se concibe, sino tal como él se quiere, y como él se concibe después de la existencia, como él se quiere después de ese impulso hacia la existencia; el hombre no es nada más que lo que él se hace*” (*L'Existentialisme est un humanisme*, Ed. Ángel, Paris, 1970; pp. 21-22.).

Luego, el hombre es el único ser de la creación que se va fabricando, progresivamente, a sí mismo. La existencia se presenta como una posibilidad de ser, de vivir auténtico, que al ir siendo actualizada, realizada, va creando la esencia del hombre ya “*que el hombre existe primero, es decir, que el hombre es primero lo que se lanza hacia un porvenir, y lo que está consciente de proyectarse en el porvenir. El hombre es primero un proyecto que se vive subjetivamente, en lugar de ser una espuma, una podredumbre o un coliflor; nada existe previamente a ese proyecto;..., y el hombre será, primero, lo que habrá proyectado ser*” (Ibidem; p. 23). La esencia de un hombre no es, pues, más que el sentido de su existencia realizada, permanentemente, hasta su muerte.

Es por eso que Karl JASPERS declara que el “*ser libre del hombre es lo que llamamos su ‘existencia’*” (La Filosofía desde el punto de vista de la existencia. (Trad. de José Gaos); 4ª. Ed. México-Buenos Aires, F.C.E., 1965; p. 38.). Y la vida humana no pasa como la de los animales en el correr de las generaciones, en un repetir bajo las leyes naturales, sino que, por el contrario, “*la libertad del hombre le franquea con la inseguridad de su ser a la vez las oportunidades de llegar a ser aún lo que más propiamente puede ser. Al hombre le es dado manejar con libertad su existencia como si fuese un material. Por eso es el único que tiene historia, es decir, que vive de la tradición en lugar de vivir simplemente de su herencia biológica. La existencia del hombre no transcurre como los procesos naturales*” (Ibidem; p. 56.).

El hombre emplea, pues, su existencia como un barro con el cual moldea su vida es como el alfarero de su pasado como de su porvenir. Y en todo ser humano hay un proyecto vital inmanente que realizar, y cuando éste es realizado plenamente, es cuando aquél adquiere, verdaderamente, la condición de persona. De allí, que, si bien la existencia humana es una simple posibilidad de ser, ésta, al actualizarse, en su plenitud, tiene como resultado una persona. Y como este actualizarse se da en el tiempo y el espacio, el “*ser del hombre es un ser histórico. No hay historia, incluso de la naturaleza, más que con relación a una existencia humana. Y no hay existencia humana más que en la historia. La existencia inauténtica no se desarrolla. Ella se estaca en una serie de presentes congelados, opacos y sucesivos que nunca pueden constituir una existencia. La existencia resuelta, por el contrario, se apodera de su situación original y de las herencias de su pasado en el mundo, ella apoya en sus límites incluso el impulso de su actuación. Ella es historia individual y, en el mismo momento, ella está en la historia*”. (MOUNIER, Emmanuel; *Introduction aux existentialismes*; Gallimard, Paris, 1968; p. 101).

Así, pues, “el hombre es libertad” (SARTRE, J.-P.; *Op. cit.*; p. 37.), y es libertad en sí mismo porque tiene esa posibilidad de ser, de realizarse. El hombre está obligado “*a cada instante* –escribe el mismo SARTRE– *a inventar el hombre*” (Ibidem; p. 38.).

El ser humano, entonces, como ya se dijo, maneja su vida y es responsable de ella. Es historia porque es tiempo en sí mismo, ya que se está permanentemente, realizando. *Es, pues, constitutivamente, historia.* Siempre está constru-

yéndose a sí mismo. El hombre es lo que él hace y lo que él se ha hecho. Y la realización de su ser, es la realización de su libertad.

Pero si la existencia del hombre es una posibilidad de ser, es una posibilidad de ser que se realiza a través de las relaciones sociales y tiene como final una persona. Ahora bien, al lado del proyecto existencial individual hay un proyecto existencial colectivo que a la larga va a establecer restricciones al desarrollo personal, aunque tenga su origen en cada uno de los proyectos vitales individuales. Es decir, el ser humano no está solo, sino que su proyecto individual está incardinado dentro del proyecto colectivo concebido como resultado de todos y cada uno de los proyectos individuales. En este sentido, SARTRE expresa que *“si verdaderamente la existencia precede a la esencia, el hombre es responsable de lo que él es. Así, el primer paso del existencialismo es poner todo el hombre en posesión de lo que él es y de hacer reposar, en él, la responsabilidad total de su existencia. Y, cuando decimos que el hombre es responsable de él mismo, no queremos decir que el hombre es responsable de su estricta individualidad, sino que él es responsable de todos los hombres”* (Ibidem; p. 24.).

En consecuencia, el hombre es el guardián de su semejante y no cabe la excusa de Caín (Gén. 4,9), pues, es su prójimo (Lc. 10, 29-37). Y si la libertad humana existe, debe ser la libertad de todos los hombres, y no de un grupo más o menos numeroso de éstos. Justamente BAKUNIN decía: *“No soy verdaderamente libre, sino cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres....No me vuelvo libre sino por la libertad de los otros”* (BAKUNIN, cit. en MOUNIER, Emmanuel; *El Personalismo...*; p. 37). Y, por su parte SARTRE declara: *“Queremos la libertad por la libertad y a través de cada circunstancia particular. Y queriendo la libertad, descubrimos que ella depende, enteramente, de la libertad de los demás, y que la libertad de los demás depende de la nuestra. Por cierto, la libertad como definición del hombre, no depende de otro, pero desde que hay compromiso, estoy del obligado a querer, al mismo tiempo que mi libertad, la libertad de los demás; no puedo tomar mi libertad como fin, más que si tomo, igualmente, la de los demás como fin. En consecuencia, cuando en el plano de la autenticidad total, he reconocido que el hombre es un ser en el cual la esencia está precedida por la existencia, que es un ser libre que no puede, en circunstancias diversas, más que querer su libertad, he reconocido, al mismo tiempo, que no puedo querer más que la libertad de los demás”* (Op.cit.; pp. 83-84.).

Ese es el mismo punto de vista de MOUNIER, cuando comentando la cita de BAKUNIN, arriba transcrita, escribe que *“la libertad de la persona crea en torno de ella la libertad por una suerte de levedad contagiosa... tal como la alienación, a la inversa, engendra la alienación”* (El Personalismo...; p. 37). Se requiere, pues, la solidaridad activa de todos los seres humanos en pro de la libertad de sus semejantes.

Lo expuesto lleva a una cuestión que le está estrechamente relacionada como es la referente a las condiciones para la realización de la libertad existen-

cial y, por ende, de la persona humana. Al respecto el mismo MOUNIER nos alerta que *“antes de proclamar la libertad en las Constituciones o de exaltarla en discursos, debemos asegurar las condiciones comunes de la libertad –biológicas, económicas, sociales, políticas– que permitan a fuerzas medianas participar en los más altos llamamientos de la humanidad; debemos preocuparnos por las libertades tanto como por la libertad. Defender ‘la libertad’ sin otra precisión, en todo lugar donde un acto de autoridad o un estado de costumbres la limitan, es condenarse a tomar partido por las fuerzas de la inmovilidad contra las fuerzas del movimiento. Las libertades de ayer son siempre sacudidas por las libertades de mañana... La libertad de todos puede comprometer la libertad de algunos. Así, las más bellas declaraciones de derechos, por su generalidad misma, pueden a veces asegurar, como escribía MARX, la sola libertad del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad...”*

“Nuestra libertad es la libertad de una persona en situación, pero es también la libertad de una persona valorizada. No soy libre por el mero hecho de ejercitar mi espontaneidad; me hago libre si inclino esta espontaneidad en el sentido de una liberación, es decir, de una personalización del mundo y de mí mismo” (Ibidem; p. 38).

Ese texto de MOUNIER nos recuerda una realidad harto dolorosa como lo es la comprobación de que si bien, hoy en día, los derechos fundamentales del ser humano han sido reconocidos en varios tratados o convenciones o pactos internacionales y en casi todos los ordenamientos jurídicos nacionales del mundo, desgraciadamente, es factible constatar que, en numerosísimos países –de no importa cual signo ideológico–, las normas jurídicas generales, casi siempre de carácter constitucional, promulgadas con la supuesta finalidad de consagrar las llamadas libertades públicas o los derechos humanos, no son ni desarrolladas por el legislador a objeto de facilitar su aplicación concreta, ni aplicadas por los tribunales –o lo son de una manera conservadora–, ni respetadas por los demás órganos de los poderes públicos, convirtiendo a dichas normas en *normas-fachada* que dan buena conciencia a los que se benefician del *statu quo* y ocultan, ante la opinión pública internacional y hasta nacional, las violaciones a la dignidad humana que se cometen, frecuentemente, en esos países y cuyos gobernantes inicuos, actualmente, se valen del temor colectivo a la pandemia del COVID-19, para mantener o aumentar las restricciones a las libertades públicas.

En síntesis, *la existencia humana es una combinación de la incertidumbre y la esperanza* y el hombre es, pues, un ser que vive, permanentemente, ante alternativas y, constantemente, está eligiendo y respondiendo a las situaciones que el mundo le presenta. En consecuencia, como dice MOUNIER, el *“hombre libre es el hombre a quien el mundo interroga y que responde: es el hombre responsable” (Ibidem; p.40.)*, porque, de acuerdo con SARTRE, cuando *“decimos que el hombre se elige, entendemos que cada uno de entre nosotros se elige, pero con esto, también queremos decir que, al elegirse, él elige todos los hombres. En efecto, no existe ninguno de nuestros actos que, al crear al hom-*

bre que queremos ser, no cree al mismo tiempo, una imagen del hombre tal como estimamos que debe ser... Si la existencia.... precede a la esencia y si nosotros queremos existir al mismo tiempo que fabricamos nuestra imagen, esta imagen es válida para todos y para nuestra época entera. Así nuestra responsabilidad es mucho más grande de lo que podríamos suponer, pues ella compromete la humanidad entera... Así, soy responsable por mi mismo y por todos, y creo una cierta imagen del hombre que elijo; al elegirme, elijo al hombre” (Op. cit.; pp. 25-27).

Empero, aunque el ser humano es, constitutivamente, libertad, ésta “no está clavada en el hombre como una condena” (MOUNIER, E.; *El personalismo....*, p.37), como piensa SARTRE, al declarar “que el hombre está condenado a ser libre” (Op. cit.; p. 37) sino que, como bien dice MOUNIER, la libertad nos “es propuesta como un don” (*Ibidem....*; p. 37).

Ahora bien, estrechamente ligada con la libertad humana se encuentra la noción de la igualdad de todos los seres humanos, a la cual me referiré seguidamente.

DE LA IGUALDAD

La noción de igualdad humana es de raigambre netamente filosófica, aunque aclimatada con singular éxito en el campo jurídico. Constituye una de las nociones jurídicas más íntimamente vinculadas con los cambios histórico-sociales, pudiéndose decir, por ello, que es una noción evolutiva (Cf. BUCH, Henri; “La notion d'égalité dans les principes généraux du droit” en *L'Egalité*, vol. I. E. Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 196-225). Así, su significación abstracta, que le viene dada por su consagración legislativa, como su significación concreta, que es precisada por la interpretación jurisprudencial, dependen de las estructuras políticas, jurídicas, económicas y sociales (comprendiendo aquí las estructuras religiosas, morales, étnicas y de estratificación social) existentes y de los valores socialmente aceptados en una época dada. Por esto es posible afirmar que las normas jurídicas que establecen una desigualdad o, por el contrario, suprimen una y proclaman una determinada igualdad, son la expresión: o bien de una desigualdad social, o bien de una reacción debida al cambio de las valoraciones sociales, que es a su vez el resultado, en gran parte, de una transformación de las estructuras colectivas.

Así, pues, cuando en una comunidad dada, se piensa por la mayoría de sus integrantes, o al menos por la clases o grupos sociales que aspiran al control del poder en la misma, que una determinada desigualdad jurídica y/o social hasta ese momento aceptada, o al menos, soportada o tolerada, se la debe suprimir por sentirse como injusta, se inicia un proceso de lucha social tendiente a cambiar las estructuras de dicha comunidad que hacen posible aquella desigualdad. Pues como ya lo dijo ARISTÓTELES: “*La desigualdad es siempre... la causa de las revoluciones, cuando no tienen ninguna compensación los que, son víctima de ella... y en general puede decirse que las revoluciones se hacen*

para conquistar la igualdad" (Libro VIII, cap. 1, de la "Política" en *Obras Completas de Aristóteles*, (Trad. por Patricio de Azcárate), Anaconda, t. I, Buenos Aires, 1947; pp. 738-739). Es decir, que los "los ciudadanos se sublevarán, ... en defensa de la igualdad cuando considerándose iguales, se ven sacrificados por los privilegiados" (ARISTÓTELES; libro VIII, cap. II, de la "Política" en *Ibidem*; p. 740). Y ya antes PLATÓN había escrito: "...porque lo igual resultaría desigual en desiguales, si no se da, por suerte, en la medida justa; porque por estas dos cosas los regímenes políticos rebosan en escisiones" (Libro VI, 757 a, de "Leyes" en PLATÓN, *Obras Completas* (Trad. del griego por Juan David García Bacca). t. IX, Presidencia de la República - Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982; p. 221).

Mucho más próximo a nosotros, el pensador francés Albert CAMUS también ha escrito: "En sociedad, el espíritu de rebelión no es posible más que en los grupos donde una igualdad teórica recubre grandes desigualdades de hecho" (*L'homme révolté*; Idées-Gallimard, París, 1957; p. 33).

Ello significa, entonces, que nuevos valores se hacen predominantes en la colectividad, aunque es necesario indicar que este cambio axiológico es a la vez factor y resultado de las transformaciones de las estructuras de la sociedad. Es decir, que si se siente como injusta una determinada desigualdad jurídica y/o social y la estructura que la fundamenta, es porque los valores que la hacían soportable han cambiado. Pero esto implica, a su vez, el cambio, al menos, de una estructura. Así la transformación de una estructura económica o religiosa, por ejemplo, puede hacer cambiar las valoraciones populares en vigor y hacer sentir las estructuras políticas, jurídicas u otras, como injustas y viceversa.

Entonces, las relaciones entre la noción de la igualdad humana y la transformación de las estructuras de la sociedad y de los valores vigentes en ésta, llevan a considerar a ciertas desigualdades jurídicas y/o sociales como injustas, y a otras como justas, o al menos, como tolerables.

Se observa, pues, en consecuencia, que las ideas sobre la igualdad y la desigualdad entre los seres humanos han coexistido y evolucionado paralelas, pero en sentido inverso, a través de la larga y cruenta historia de la Humanidad. Así, si en un comienzo, la noción de igualdad fue una excepción con relación a la predominante regla de la desigualdad humana, hoy, gracias a la evolución favorable, en la conciencia del hombre, de la idea de la igualdad de todos los seres humanos, que ha cristalizado en numerosos documentos de derecho internacional (declaraciones, convenciones, pactos, etc.) y la casi totalidad de las constituciones nacionales contemporáneas, vemos que la noción de la igualdad humana se ha convertido en la regla —extendiéndose, por analogía, de las personas naturales a las personas jurídicas (o morales)— y la idea de la desigualdad en la excepción, la cual deberá tener siempre una justificación que sea compatible con el concepto de la dignidad de la persona humana, tal como es reconocido actualmente por la conciencia jurídica universal, independientemente de que se trate de desigualdades que afecten a un ser humano o a un grupo de seres humanos, por sí mismos, o de desigualdades que afecten a una persona jurídica

o varias personas jurídicas, formadas evidentemente por hombres y mujeres. Es decir que, como afirma pertinentemente Ch. PERELMAN, la “*igualdad no tiene que ser justificada, pues se presume justa; por el contrario, la desigualdad sino está justificada parece arbitraria, por tanto injusta*” (“Egalité et justice” en *L'Egalité*, vol. V. E. Bruylant, Bruxelles, 1977; p. 325).

Y ello es así puesto que, como dijo el Papa JUAN XXIII, de feliz memoria, “*en nuestro tiempo resultan anacrónicas las teorías, que duraron tantos siglos, por virtud de las cuales ciertas clases recibían un trato de inferioridad, mientras otras exigían posiciones privilegiadas a causa de la situación económica y social, del sexo o de la categoría política*”.

“*Hoy, por el contrario, se ha extendido y consolidado por doquiera la convicción de que todos los hombres son, por dignidad natural, iguales entre sí*” (Encíclica “*Pacem in Terris*”; Nos. 43-44, en *Ocho grandes mensajes*, 6a. ed B.A.C., Madrid, 1974; p. 222. Cf. en el mismo sentido: Constitución “*Gaudium et spes*”, N° 29, en *Ocho grandes mensajes, ...*, p 415; BAGOLINI, Luigi; *Mito, potere e dialogo*, Il Mulino, Bologna, 1967; pp. 84-86, y RUIZ DEL CASTILLO, Carlos; “*Igualdad*” en *Diccionario de Ciencias Sociales*, t. I (A-I), Instituto de Estudios Políticos-Unesco, Madrid, 1975; p. 1049).

Entonces, en la actualidad y en la gran mayoría de las naciones civilizadas, como lo señala también el jurista inglés H.L.A. HART, se acepta “*el principio de que prima facie los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad*” (*El concepto de Derecho* (Trad. del inglés por Genaro R. Carrió); Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; pp. 201-202), derecho que para nosotros, como para muchos otros, es uno de los pilares fundamentales, junto con el derecho a la libertad, de todos los demás derechos de la persona humana, por más que algunos consideren que las nociones de igualdad y de libertad son opuestas. A este respecto, quisiéramos decir que pensamos lo contrario y que estamos de acuerdo con Harold J. LASKI, cuando declara: “*Los hombres pueden ser ampliamente iguales bajo un régimen despótico y, sin embargo, no ser libres. Pero considero históricamente cierto que en ausencia de ciertas igualdades la libertad carece de perspectivas de realización... La ausencia de igualdad significa privilegios especiales para unos y no para otros, privilegios éstos que, por decirlo así, no nacen de la naturaleza humana sino de una deliberada estrategia de la estructura social... (Así)... cuanto más iguales sean los derechos sociales de los ciudadanos, tanto más capacitados estarán para utilizar su libertad en dominios dignos de exploración. Es indudable que la historia de la abolición de los privilegios especiales ha sido también la historia de la expansión de los derechos del hombre común sobre nuestro patrimonio social. Cuanta más igualdad exista en un Estado, tanto mayor será el empleo que podamos hacer de nuestra libertad*” (*La libertad en el Estado moderno* (Trad. del inglés por Eduardo Warshaver); 2a. ed., Buenos Aires, Abril, 1946, p. 219).

Pero, ¿en qué consiste la igualdad? *Es una relación de “intermutabilidad” entre dos o más seres en, al menos, uno de sus aspectos o elementos. Luego, la igualdad no es absoluta, sino relativa. No hay seres totalmente iguales, o sea,*

en todos sus aspectos o elementos (idénticos), sino seres relativamente iguales, es decir, coincidentes en alguno o algunos de sus aspectos o elementos (semejantes) (Cf. en un sentido parecido: KELSEN, Hans; “Justice et Droit naturel” (Trad. de l’allemand d’Etienne Mazingue) en *Le Droit naturel*; PUF, París, 1959; pp. 47-48, y BAGOLINI, L.; *Op. cit.*; pp. 83-84). Lo contrario, valga decir, la afirmación de la identidad o de la igualdad total entre dos seres significaría que en realidad se trata de un único ser bajo dos nombres diferentes (Cf. FREGE, Gottlob; “Sobre sentido y referencia” en *Estudios sobre semántica*. Trad. del alemán por Ulises Moulines, 3a. ed., Barcelona, bis, 1984; pp. 51-53; PERELMAN, Chaïm; “La règle de justice” en *Justice et Raison*, P.U.B., Bruxelles, 1963; pp. 225-226, y “Cinq leçons sur la justice” en *Droit, morale et philosophie*, 2e. éd., LG.D.J., Paris, 1976; pp. 26-28; VANQUICKENBORNE, Marc; «La structure de la notion d’égalité en droit» en *L’Egalité*, vol. I. E. Bruylant, Bruxelles, 1971; pp. 176-179, y RUIZ DEL CASTILLO. C.; *Op. cit.*; p. 1049).

Tal definición de la igualdad, en su relatividad, es aplicable tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas (o morales). Si la igualdad entre las personas, naturales o jurídicas no es absoluta, tampoco lo es la desigualdad, dado que siempre coincidirán en alguno de sus aspectos o elementos, permitiendo decir que son semejantes. Y es este mínimo de similitud lo que, en las personas humanas, constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano; igualdad que permite justificar las normas jurídicas que prohíben dar relevancia o importancia a ciertas diferencias entre los seres humanos basadas en características naturales (el sexo, la raza, el color, etc.) o culturales (la lengua, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, etc.), puesto que, a pesar de estas diferencias, hay que tratarlos como teniendo un mismo valor, ya que hoy en día, no hay ninguna duda posible, científicamente hablando, sobre la naturaleza original y común de todos los integrantes de la especie humana.

Luego, si lo anteriormente expuesto es cierto, la cuestión fundamental es la determinación de los aspectos o elementos en los cuales son semejantes las personas. O más exactamente, la consideración de ciertos aspectos o elementos de las personas como “esenciales” o “relevantes” y la estimación como “accidentales” o “irrelevantes” de los demás. O como sagazmente lo expresaba el Estagirita: “...se conviene...en que la igualdad debe reinar necesariamente entre iguales; queda por averiguar a qué se aplica la igualdad y a qué la desigualdad” (ARISTÓTELES; libro III, cap. VII, de la “Política” en *Obras...*; t. I, p. 614).

Para tal determinación, en el campo del derecho positivo, se recurre a numerosas reglas de justicia concreta, que ofrecen los criterios de distinción, permitiendo declarar que dos o más personas son iguales a los efectos de aplicarles el tratamiento previsto en una de dichas reglas de justicia concreta. Estas reglas son formuladas y establecidas jurídicamente por los que detentan el poder en la

comunidad, conforme a sus concepciones e intereses a la vez que influenciados por un determinado contexto histórico-social.

De ahí que la utilización de determinados criterios de relevancia, como la consideración de ciertas personas como jurídicamente iguales o desiguales, son cuestiones esencialmente axiológicas, pues implican la formulación de juicios de valor por medio de actos de voluntad de carácter jurídico, a los cuales sirven de vehículos de sentido las normas de una constitución, una ley, un reglamento, una sentencia, etc., en fin, normas jurídicas generales o individualizadas, según los casos.

Ahora bien, las expresiones jurídicas de la noción de igualdad, a través de la historia del derecho, han llegado a “estandarizarse”, es decir, generalizarse y universalizarse. Así, en casi todos los órdenes jurídicos existen, comúnmente a nivel constitucional, una serie de reglas jurídico-generales que se refieren a la igualdad. Por ejemplo: el llamado principio o garantía de la igualdad ante la ley; la prohibición de las distinciones fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualesquiera otras opiniones, la condición social o económica, etc. o principio de no-discriminación o de la igualdad en la ley; la prohibición de crear y gozar de privilegios o fueros; la garantía de la igualdad de acceso a los empleos públicos; el principio de la igualdad en las cargas públicas; la norma de la igualdad entre los cónyuges; la regla de la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el principio de igualdad en los impuestos; la regla “a trabajo igual, salario igual”; la garantía de la igualdad ante las jurisdicciones o ante la justicia; el principio de la igualdad de las partes en el proceso, etc. Tales reglas, u otras semejantes, son consagradas positivamente o admitidas suprapositivamente en los diversos ordenamientos jurídicos del orbe. A este respecto, y como complemento a lo expuesto *ut supra* y de lo que sigue sobre la noción de igualdad, véase mi libro: *La Noción de Igualdad en el Derecho de algunos Estados de América Latina* (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela); Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, 1974. (Prefacio de P. FORIERS y Ch. PERELMAN).

Es necesario señalar aquí, que esas diferentes formulaciones jurídicas de la noción de igualdad están fundamentadas en las dos primeras reglas antes enunciadas, que constituyen los *principios jurídicos de la igualdad ante la ley y de la igualdad en la ley o no-discriminación*. El primero de ellos lo definimos como *el deber de interpretar y aplicar, razonablemente, las normas jurídicas generales a los casos concretos de acuerdo a lo que ellas mismas disponen, aunque esto pudiera ser discriminatorio* (Cf. KELSEN, H.; *Op. cit.*; pp. 52-57); es decir, que este principio significa el respeto a la regla de justicia concreta "A cada uno, según lo que la ley le atribuye" (Cf. PERELMAN, Ch.; "De la Justice" en *Justice et Raison*,..., y "Egalité et Justice" en *L'Egalité*, vol. V...; pp. 325-326).

Y en cuanto al segundo se lo puede definir como la exigencia de que en una norma o un conjunto de normas jurídicas generales no haya distinciones

fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización esté prohibida por normas constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien, por principios jurídicos suprapositivos (principios generales del derecho, tradición de cultura, principios de derecho natural inherentes a un cierto estadio de la evolución de la humanidad y a una determinada región del mundo), ya que precisamente, según H. SIDGWICK “*la característica más evidente y más generalmente reconocida de las leyes justas consiste en el hecho de que son iguales*” (H. Sidgwick cit. por GRIFFIN-COLLART, Evelyne; “Egalité et justice dans l'utilitarisme: Bentham, J.S.Mill, H. Sidgwick” en *L'Egalité*, vol. II. E. Bruylant, Bruxelles, 1974; p. 274).

Ahora bien, el principio de la igualdad ante la ley, *stricto sensu*, puede ser jurídicamente establecido en forma expresa, o bien existir implícitamente en la noción de norma jurídica general (Cf. KELSEN, H.; *Op. cit.*; pp. 52-57; ROSS, Alf; *Sobre el Derecho y la Justicia* (Trad. del inglés por Genaro R. Carrió); Eudeba, Buenos Aires, 1963; pp. 278-279, y VANQUICKENBORNE, M.; *Op. cit.*; pp.179-180), dado que la misma está compuesta por uno o varios supuestos de hecho, formulados de modo general (*in abstracto*), al cual o a los cuales se imputa o coordina una o varias consecuencias jurídicas, también definidas de manera general. Y cuando hay una interpretación y aplicación razonable de una norma jurídica general a un caso concreto (o sea, conforme a las posibilidades hermenéuticas que ella misma ofrece), se acuerda o imputa a dicho caso, pensado o previsto *in abstracto* en el supuesto de hecho, el tratamiento establecido de modo general como consecuencia jurídica imputable al mismo. Así, se puede decir que el principio de la igualdad ante la ley existe en la medida en que la relación jurídica entre antecedente(s) y consecuente(s) (es decir, la imputación de la(s) consecuencia(s) jurídica(s) al o los supuesto(s) de hecho) establecida en una norma jurídica general, sea respetada al interpretar y aplicar ésta a los casos de especie. Por ello, pensamos que la igualdad ante la ley es una exigencia hecha a los operadores jurídicos, valga decir, a todos aquellos que interpretan y aplican las normas jurídicas generales a los casos de especie, mientras que la igualdad en la ley es una exigencia dirigida tanto a los que crean las normas jurídicas generales como a los que las interpretan y aplican a los casos concretos. Por cierto, que hacemos notar, con relación a esta última, que el número de las fuentes jurídicas de tal exigencia variará según quienes sean los destinatarios de la misma. Así, el constituyente se sentirá obligado únicamente por la prohibición de utilizar determinados criterios de relevancia, derivada de principios jurídicos supraconstitucionales; si se trata del legislador ordinario, tal prohibición podrá venir, no sólo de esos principios, sino también de normas constitucionales. Respecto de los órganos que gozan del poder de reglamentar las leyes y de otros órganos facultados para dictar normas jurídicas de carácter general, la obligación de respetar la igualdad en la ley podrá derivarse, tanto de los principios y normas, antes enunciados, como de normas legales, reglamentarias y consuetudinarias, conforme sea la competencia del órgano. Y, en fin, en el caso de los órganos estatales que interpretan y aplican las normas jurídicas generales a los casos particulares, la exigencia de la igualdad en la ley vendrá,

ya sea del orden jurídico-positivo general o de principios jurídicos suprapositivos, pero siendo indispensable señalar con relación a los encargados de interpretar y aplicar las normas jurídicas generales, que es a los jueces a quienes corresponde a hacer respetar tal exigencia, pues, como tales, ejercen el rol de correctores de las leyes, reglamentos y demás conjuntos de normas jurídicas generales. Por ejemplo, deberán declarar la inconstitucionalidad de una ley que consagre una discriminación establecida con base en un criterio de distinción cuyo uso esté prohibido por normas constitucionales, o a falta de una tal prohibición jurídico-positiva general declarar la inaplicabilidad de las normas legales discriminatorias, en nombre de principios jurídicos metapositivos, si la utilización de los criterios de relevancia empleados para crear las distinciones legales está prohibida por esos principios (Cf. Una opinión parecida en PERELMAN, Ch.; “Egalité et intérêt général” en *L’Egalité*, vol. VIII, E. Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 619-620).

Evidentemente, el principio de la igualdad en la ley no implica la igualdad absoluta de todas las personas en las normas jurídicas generales, sino la ausencia de discriminaciones fundadas en criterios de relevancia prohibidos positiva o suprapositivamente. Entonces, en una norma o en un conjunto de normas jurídicas generales pueden existir ciertas desigualdades que tengan por finalidad ayudar a las personas socialmente desfavorecidas (principalmente en el orden económico), estando fundamentadas tales desigualdades jurídicas en lo que denominamos el principio de igualación social, o como expresa Ch. PERELMAN, de “la igualación de las condiciones” (PERELMAN, Ch.; “Egalité et Valeurs” en *L’Egalité*, vol. I, ...; pp. 324-326), o sea, un principio de compensación de las desigualdades sociales.

A este respecto, el referido autor escribe: *“Para disminuir las disparidades, generadoras de desorden, de tensión y aun de rebelión, que existen entre los individuos o los grupos, miembros de una comunidad nacional o internacional, se recurre más y más a un tratamiento desigual, es decir, privilegiado, para favorecer a aquellos que la suerte o la historia ha demasiado tiempo desfavorecido. E invocando para esto, el principio de la igualdad ante la ley, entendido en el sentido de la igualación de las condiciones...”*

“(...).

“...La igualación de las condiciones corresponde a una visión sintética de las situaciones que uno juzga contrarias a la equidad y al equilibrio armonioso, y por ello justo, de una sociedad” (Idem).

En el mismo orden de ideas, John RAWLS, habla de un principio de la compensación o “enderezamiento” (*principle of redress*) que *“afirma que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo. Así, el principio sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen*

menos dones naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad” (Teoría de la Justicia (Trad. del inglés por María Dolores González); 1a. ed., F.C.E., México-Buenos Aires, 1979; p. 123. Cf. A Theory of Justice, Claredon Press, Oxford, 1972; pp. 100-101).

Dicho principio, en el contexto de la teoría sobre la justicia desarrollada por RAWLS, se encuentra estrechamente vinculado con otros principios, entre los cuales vale la pena mencionar el principio de igual libertad y el principio de la diferencia.

El primero de dichos principios, el autor antes citado, lo enuncia así: “*Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos*” (RAWLS, J.; *Teoría...*; p. 286; ver también: pp. 82 y 340).

Y al segundo lo expone diciendo: “*Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto, (a) para proporcionar la mayor expectativa de beneficio a los menos aventajados, como (b) para estar ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades*” (*Ibidem*, p.105; ver también p. 341).

Ahora bien, “*aunque el principio de la diferencia no es igual al de la compensación, alcanza algunos de los objetivos de este último. Transforma de tal modo los fines de la estructura básica que el esquema total de las instituciones no subraya ya la eficacia social y los valores tecnocráticos*” (*Ibidem*; p. 124).

Además, según RAWLS, los referidos principios son la expresión de su concepción general de la justicia: “*Todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases de respeto mutuo–, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados*” (*Ibidem*; p. 241; ver también: p. 84).

Para nosotros, *el principio de igualación social es un principio de compensación de las desigualdades sociales, que se puede realizar por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas socialmente, o por la limitación o la disminución de la riqueza y del poder de las personas socialmente más favorecidas. En el primer caso, significa la concesión u otorgamiento de uno o varios beneficios positivos, a los socialmente desaventajados o desheredados, como por ejemplo: la protección especial que dan las normas jurídicas (constitucionales, legales y reglamentarias) a los trabajadores (limitación de las horas laborables, salario mínimo o vital, indemnizaciones por enfermedad, prestaciones por desempleo, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, maternidad, etc.); el beneficio o la auxilioria de pobreza o asistencia jurídica gratuita; los subsidios familiares, la educación, incluso universitaria, gratuita; las becas de estudios; etc. En el segundo caso, la aplicación del referido principio consiste en exigir, a los socialmente favorecidos, una contribución o aporte económico y social a la colectividad, mayor que*

aquel que se pide a los que se encuentran en la situación social inversa. Esto constituye, entonces, un beneficio negativo (aunque positivo por sus consecuencias) a favor de los desaventajados de la sociedad; por ejemplo: la aplicación razonable de la regla de la proporcionalidad y progresividad de los impuestos, de acuerdo con la capacidad económica o los recursos de los habitantes del país, que puede llevar a la exención o la exoneración de algunas categorías de éstos, y a la redistribución del ingreso nacional en una forma más igualitaria; el control de los precios de los alimentos básicos y de otros productos o servicios necesarios para garantizar el mínimo vital; etc.

*Así, pues, el principio de igualación social es con relación a la exigencia de la igualdad en la ley, como la otra cara de la moneda, ya que, si se trata igualmente a una persona pobre y a una rica o cualesquiera otras personas que se hallen entre sí en una situación fáctica de desigualdad, a las que se encuentren en desventaja -débiles sociales-, se las convierte además en débiles jurídicos, no existiendo entonces, una verdadera igualdad en la ley. Es necesario, por esto, tratarlas diferentemente para compensar las desigualdades sociales en favor de las personas más débiles, a fin de que haya una auténtica igualdad jurídica, en sentido material, no simplemente formal (Cf. en el mismo sentido: OLIVEIRA FARIA, Anacleto de; *Do Princípio da Igualdade, Teoria e Prática*, Sao Paulo, 1967; pp. 60-79).*

Precisamente, Horst SCHÖNBOHM ha dicho que el “*punto de partida de todo Estado Constitucional de Derecho es la premisa de que es el Estado el que está al servicio del hombre y no al revés. La voluntad y las necesidades de las personas deben ser los factores decisivos. Un concepto de esta naturaleza que se basa en la libertad de cada individuo lleva, no obstante, en sí el peligro del abuso, pues no puede suponerse como regla general que cada uno de los miembros de la sociedad esté dispuesto a respetar los derechos y los intereses de sus conciudadanos. Hace falta pues la protección de los débiles ante los fuertes y del ciudadano ante las intervenciones del Estado. Es tarea del Estado de Derecho brindar este tipo de protección*” (*Estado de Derecho y economía en Latinoamérica, en Derechos Humanos, Estado de Derecho, Desarrollo Social en Latinoamérica y Alemania*. Konrad Adenauer Stiftung-Ciedla-Edit. Panapo, Caracas, 1994; p.158). Por tanto, como ha expresado Ulrich KARPEN: “*A la larga, el Estado de derecho puede contar con el apoyo sólido y solidario de sus ciudadanos sólo si ellos aspiran -dicho con una formulación algo anticuada- a practicar las virtudes de la cooperación, la orientación al bien común y la igualdad*” (*Condiciones de la eficiencia del Estado de Derecho, especialmente en los Países en Desarrollo y en Despegue, en Derechos Humanos, Estado de Derecho, Desarrollo Social...*; p. 218).

Ahora bien, todo esto implica la utilización de criterios de distinción, tales como la condición social o económica, cuyo empleo puede estar prohibido por normas constitucionales u otras normas jurídicas generales o por principios jurídicos que estén por encima del Derecho positivo. Sin embargo, esta prohibición se la establece pensando en las posibles discriminaciones que vayan en

perjuicio de los socialmente desfavorecidos, no significando, por lo tanto, que no se puedan hacer distinciones basadas en esos criterios de relevancia, que vayan en contra de las personas que se hallan en una posición de fuerza, en particular económica, en la colectividad, porque entonces, aquella prohibición, no sería más que la consagración, o más exactamente, la reafirmación, por el derecho positivo, de desigualdades sociales, en provecho de los principales beneficiarios del establishment. O como ha dicho M. GINSBERG: “Desde el punto de vista de la justicia social es necesario juzgar de la eficiencia por dos exigencias: debe haber una reducción de las desigualdades no solamente de ingreso, sino de propiedad, y esto debe ser obtenido sin introducir nuevas desigualdades basadas en jerarquías de poder” (*On Justice in Society*, Heinemann, London, 1965, p. 109).

*Por consiguiente, los principios de la igualdad en la ley y de igualación social, tal como los hemos definido, no son verdaderamente eficaces, el uno sin el otro. Así, sin el primero, el segundo sería falseado, tarde o temprano, ya que la prohibición de utilizar determinados criterios de distinción como, por ejemplo, el sexo, la raza, la religión, las opiniones políticas, la condición social o económica, etc., es un instrumento necesario para derribar las barreras que impiden el ascenso social de muchas personas o grupos de personas, y, por ende, una cierta nivelación social. Mientras que el principio de la igualdad en la ley, sin el principio de igualación social, se quedaría, muy probablemente, en una simple declaración o proclama, es decir, a nivel de una igualdad jurídico-formal sin consecuencias en la realidad social, donde continuarían existiendo graves desigualdades sociales, haciendo precaria la vigencia misma del Estado de Derecho. Así, pues, no basta con prohibir determinadas discriminaciones sino que es indispensable, también, igualar a los seres humanos, mediante la promoción o elevación de los socialmente desfavorecidos y la disminución o limitación de los aventajados de la colectividad. Justamente, a este respecto, R. H. TAWNEY ha declarado que “en ausencia de una amplia igualdad de las condiciones, las oportunidades de elevarse serán necesariamente ilusorias” (*Equality*; Allemand Unwin, London, 1952, p. 107).*

Luego, si el primer principio tiende a negarles el carácter de “esenciales” a ciertas diferencias, el segundo, busca poner de relieve determinadas desigualdades sociales, a fin de suprimirlas o compensarlas. Y la acción de ambos hace posible alcanzar una cierta igualdad entre los miembros de la comunidad (Cf. una opinión parecida en: BOLÍVAR, Simón; “Discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, día de su instalación” en *Obras Completas*; Cibema, vol. III, N° 83 (Discursos y Proclamas), Caracas, pp. 682-683).

Por tanto, conviene aquí recordar que el sentido de las normas jurídicas generales, que establecen una regla de igualdad, es aquel que le atribuyen los funcionarios encargados de interpretarlas y aplicarlas *in concreto*, y, entre estos, especialmente los jueces, por lo que la eficacia de tales normas dependerá de la interpretación que los mismos –conforme a sus creencias, concepciones e in-

tereses, y bajo la influencia de un determinado ambiente histórico-social– hagan. Por ello, Ulrich KARPEN apunta que “*en no poca medida, compete a los tribunales (constitucionales) determinar hasta qué punto las tareas sociales del Estado de derecho, su instrumental, se adecua al Estado social*” (“Condiciones de la eficiencia del Estado de Derecho, especialmente en los Países en Desarrollo y en Despegue”, en *Op. cit.*; p. 223).

En conclusión, la consagración legislativa y la realización jurisprudencial y social de los principios de la igualdad en la ley y de igualdad social, acompañadas del respeto del principio de la igualdad ante la ley y teniendo siempre presente la tensión dialéctica entre la seguridad jurídica y la equidad, contribuirán a la vigencia efectiva, no sólo del derecho a la igualdad, sino también del derecho a la libertad como posibilidad de realización y verdadero desarrollo de las virtualidades del ser humano, permitiendo así la consolidación no simplemente del Estado de Derecho (lo que por lo demás sería ya bastante en ciertos países donde hoy no existe o es sumamente precario) sino del Estado de Derecho orientado por la justicia social², valga decir, del Estado Social de Derecho.

² En relación con este concepto, vale la pena recordar la noción de justicia legal que, según santo TOMÁS DE AQUINO, “*es virtud especial en su esencia, en cuanto mira al bien común, como objeto propio*” (q.58, art.6, del “Tratado de la justicia” (Versión de Fr. Teófilo Urdanoz, O.P.) en *Suma Teológica*, Madrid, 1956; t. VIII, p. 283), y que la “*justicia legal ordena suficientemente al hombre en las relaciones a otro: en cuanto al bien común, inmediatamente, y en cuanto al bien de una sola persona singular, mediatamente*” (q.58, art. 7, en *Op. cit.*, p. 285). Ahora bien, respecto a la cuestión sobre de las relaciones entre la moderna noción de la justicia social y la justicia legal de santo TOMÁS DE AQUINO, podemos decir que hay cuatro grandes corrientes de opinión que agrupan a los autores: A) Según una corriente, la justicia social es, en general, igual a la justicia legal del Aquinate. B) Otra sostiene que la justicia social reúne las notas esenciales de la justicia legal y de la distributiva según el conspicuo pensador cristiano. C) Para otra corriente de opinión, la justicia social comprende en sí misma las características propias de la justicia legal, de la distributiva y de la conmutativa. D) En fin, para otro grupo de autores, la justicia social no está ubicada en la división tradicional de la justicia (Cf. UTZ, FRIDOLIN, Arthur. *Ética Social*. (Trad. del alemán por Carlos Latorre Marín); ed., Barcelona, Herder, 1964; t. I, pp. 247-250). Por otra parte, el iusfilósofo A.F. UTZ, O.P., ha hecho una acertada síntesis de las distintas tendencias, cuando expone que “la justicia social tiene por objeto *lo iustum sociale*, esto es, el *Ordo socialis*, que ha de ser determinado y llevado a efecto de manera siempre distinta, según corresponda a la situación concreta y tomando en cuenta el bien común preestatal. En este orden social están contenidos también los derechos y deberes de los miembros de la sociedad. Sin embargo, éstos no se toman en consideración aisladamente, sino como funciones parciales de la totalidad. A partir de este orden social derivan luego las consideraciones particulares de los deberes y derechos: 1. La obligación del individuo respecto del todo (justicia legal en sentido estricto); 2. El deber del que administra la sociedad total respecto del individuo (justicia distributiva); 3.

EPILOGO

Todo lo anteriormente expuesto pareciera haberse escrito para una época anterior al surgimiento y propagación indetenible de la pandemia del corona virus que, con su morbilidad y mortalidad, afecta a millones de habitantes del mundo y, que para emplear palabras de la magistral y premonitoria novela (publicada en 1947) de Albert CAMUS, *La Peste*, “esta invasión brutal de la enfermedad tuvo como primer efecto el obligar a nuestros conciudadanos a obrar como si no tuvieran sentimientos individuales” (Trad. de Rosa Chacel, Buenos Aires, Edit. Suramericana, 1967, p. 56). “Dicho de otro modo, no escogían nada. La peste había suprimido las tablas de valores” (p. 146) y la “única medida que pareció impresionar a todos los habitantes fue la institución del toque de queda” (p. 136). Empero, no es así, pues las normas jurídicas generales, constitucionales y legales, infringidas u obviadas son aquéllas que consagran algunas libertades públicas y las que prohíben las discriminaciones injustificadas, por estar fundamentadas en criterios de relevancia prohibidos, ya sea por el derecho positivo de cada Estado y por los tratados, convenciones y pactos internacionales, suscritos y ratificados por estos, o bien por principios supra positivos. Y, asimismo, las normas jurídicas generales que establecen reglas de igualdad social.

Valga decir, que conocer la naturaleza y definición de los conceptos de libertad e igualdad no es un mero juego intelectual o un análisis teórico erudito sin trascendencia en una época de grandes desafíos para la Humanidad doliente, ya que no se trata de censurar por censurar las medidas gubernamentales que imponen el distanciamiento social, el confinamiento residencial y las restricciones a la circulación intra y extraurbana de las personas, sino de exigir que las mismas sean dictadas de conformidad con las normas constitucionales y legales y su razonabilidad sea evidente. Y esto también supone que el acceso a las instituciones hospitalarias y al debido tratamiento curativo esté garantizado para todas las personas enfermas sin ninguna discriminación de cualquier especie.

En la quinta “*Utopía*”, Maracaibo (Venezuela), un día de enero de 2021, en plena cuarentena (toque de queda desde las 2 p.m.) decretada por el régimen político inicuo.

Los deberes del individuo para con el individuo (justicia conmutativa)” (*Op. cit.*; p. 252).

LA PROPIEDAD EN LA OBRA DE JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela

Carlos PÉREZ FERNÁNDEZ**

Profesora Asistente de la Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

Con las presentes líneas deseamos hacernos partícipes del merecido homenaje al profesor José Luis VILLEGAS MORENO, destacado autor de Derecho Administrativo y en temáticas especiales como el Derecho ambiental y el Derecho municipal, amén de su ardua, constante y extensa labor como Director de una de las Revistas Jurídicas con mayor proyección y continuidad en Venezuela, a saber, la *Revista Tachirense de Derecho*. A ello se agrega, tal vez lo más importante, su personalidad amable y sencilla, de lo cual puede dar fe la coautora cuando tuvo el placer de conocerlo hace unos años en la Universidad Montevía.

A través de las siguientes notas, nos pasaremos por el análisis de un trabajo de nuestro autor homenajeado titulado “*El derecho de propiedad en la Constitución de 1999*”, el cual consideramos de consulta obligatoria para quien pretenda tratar la temática de la propiedad en la Constitución de 1999, el cual fue publicado hace dos décadas¹, pero que presenta sin lugar a dudas, plena actualidad.

* Universidad Central de Venezuela, Abogada; Especialista en Derecho Procesal; Doctora en Ciencias, Mención «Derecho»; Profesora Titular por concurso de oposición; Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado.

** Universidad Central de Venezuela, Abogado; Especialista en Derecho Administrativo; Profesor Asistente por concurso de oposición de Derecho Civil II, Bienes y Derechos Reales. Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Procesal; Cursante del Doctorado en Derecho.

¹ Véase: VILLEGAS MORENO, José Luis: *El derecho de propiedad en la Constitución de 1999*. En: *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad*

No pretendemos entonces, por medio del presente ensayo, hacer un análisis exhaustivo del derecho real por antonomasia, a saber, la propiedad, al cual nos hemos referido en otras ocasiones², sino pasearnos por este a la luz de la obra de nuestro homenajeado, a saber, sus consideraciones en la Constitución de 1999. De allí el título de nuestros comentarios. La temática del derecho de propiedad en general ha sido tratada por otros autores³, algunos con especial enfo-

Central de Venezuela, 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo, FCJP/TSJ, Caracas, 2001, Vol. II, pp. 565-582.

- ² Véanse: “El derecho de propiedad: breves notas para su sistematización”, *Revista Tachirensis de Derecho* N° 31 (N° 6 digital), enero-diciembre 2020, <http://www.ucat.edu.ve> (en prensa); “Aspectos generales de los modos de adquirir la propiedad en el Derecho venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 15, 2020, pp. 71-100, www.rvlj.com.ve; “Notas acerca de los modos de perder la propiedad en el Derecho Venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 12, 2019, pp. 131-165, www.rvlj.com.ve; “Consensualismo y propiedad”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 14, 2020, pp. 227-279, www.rvlj.com.ve
- ³ Véase entre otros: GARCÍA SOTO, Carlos: *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Memoria para optar al título de doctor, Madrid, 2015, L. Martín-Retortillo Baquer (dir.), <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf>; RONDÓN GARCÍA, Andrea: *Propiedad privada y Estado de Derecho: garantías fundamentales de la actividad económica del empresario*, Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en Ciencias, mención Derecho, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Centro de Estudios de Postgrado, Julio 2013, Tutor E. Hernández-Bretón, http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/9618/1/T026800011035-0-AndreaRondon_finalpublicacion-000.pdf; CÁNOVA GONZÁLEZ, Antonio: *El papel de la propiedad privada en el Derecho*. En: Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela. Herrera Orellana, Luis A. (Coordinador). ACIENPOL, Caracas, 2013; RONDÓN GARCÍA, Andrea: *El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico venezolano*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 133, UCV, 2009, pp. 223-231; RONDÓN GARCÍA, Andrea: *Propiedad Privada y Derechos Fundamentales: Nuevamente el Caso Promociones Terra Cardón C.A., Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*. En: Temas de Derecho Constitucional y Administrativo: Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas. Funeda, Caracas, 2010, pp. 193-211; DE LEÓN, Ignacio: *La Propiedad Privada como Causa del Progreso*. CEDICE, Editorial Torino, Caracas, 2008. Véase también en la doctrina extranjera entre otros: ADROGUÉ, Manuel I.: *El derecho de propiedad en la actualidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; Castán Tobeñas, José: *La propiedad y sus problemas actuales*. Instituto Editorial Reus, 2ª edic., Madrid, 1963; CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago: *La propiedad Bases sociológicas del concepto en la sociedad posindustrial*, Tesis doctoral dirigida por el profesor doctor José Iturmendí Morales, catedrático de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994,

que constitucional⁴ a propósito de la expropiación⁵, toda vez que es bien sabido que se trata del derecho patrimonial más pleno y de mayor alcance para la persona.

El 115 de la Constitución señala: “*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*”⁶.

<http://webs.ucm.es/BUCM/tesis/19911996/S/0/S0003501.pdf>; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Problemas actuales del Derecho de Propiedad*, Derecho Urbanístico N° 1, Editorial Urbanitas, Caracas, Enero-Abril 1993, pp. 7-48, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDU/1/rdu_1993_1_7-48.pdf; Novoa Monreal, Eduardo: *El derecho de propiedad en las sucesivas constituciones y leyes sustantivas venezolanas*, Revista de la Facultad de Derecho N° 58, UCV, Facultad de Derecho, Caracas, 1976, pp. 103-114, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto;/RDUCV/58/rucv_1976_58_103-114.pdf; RODOTA, Stefano: *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Civitas, Madrid, 1986; Lasarte, Carlos: *Propiedad y derechos reales de goce*, Principios de Derecho Civil, Marcial Pons, 9ª edic., Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, T. IV, pp. 7 y ss.

⁴ Véase: PACHECO MEDINA, William y NÚÑEZ MARTÍNEZ, Juan Jacobo: *Regulación del derecho de propiedad en Venezuela y la gobernabilidad del Estado a partir de la Constitución Nacional de 1999*, Revista de Derecho UNED N° 17, 2015, pp. 1161-1186, http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5180/Regulacion_derecho_propiedad.pdf

⁵ Véase *infra* N° 4.

⁶ Véase: PEÑA SOLÍS, José: *Lecciones de Derecho Constitucional General*, Los Derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales. Paredes, Caracas, 2014, T. II, pp. 238-252. El artículo 98 *eiusdem* conforma un complemento del derecho en estudio a propósito de la propiedad intelectual: “*La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia*”. En torno a los artículos (98 y 115) de la Constitución: RONDÓN GARCÍA, Andrea y HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: *Independencia Judicial y Libertad: El Tribunal Supremo de Justicia contra la propiedad privada*. En: *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Aciempol/Acceso a la Justicia/ Funeda/Unimet, Caracas, 2012, T. I, pp. 110-111, contienen “un régimen amplio y garantista de respeto y protección a la pro-

Al efecto acota VILLEGAS MORENO: “Entre nosotros la Constitución de 1999 no considera el derecho de propiedad como un derecho fundamental, de naturaleza preconstitucional, sino que, siguiendo la tradición de la Constitución de 1961, la incluye entre los derechos económicos. Esta línea es seguida en otras constituciones europeas y americanas que no catalogan la propiedad entre los derechos fundamentales e inviolables, sino entre los derechos económicos subordinados a los intereses generales y regulados por la ley”⁷. Para el autor: “Así queda establecido en el texto constitucional vigente que al lado del reconocimiento explícito de la propiedad privada y del carácter garantista de la expropiación, se afirma el fin de utilidad pública o interés general y/o social de la propiedad. Por tanto, el derecho de propiedad queda como un derecho constitucional menor incluido en los derechos económicos”⁸.

Por su parte, entre los instrumentos internacionales que consagran este importante derecho se ubica el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU en fecha 10 de diciembre de 1948, refiriendo que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente⁹, «es decir, el derecho de los hombres a acceder a aquellos bienes y recursos que permitirán su libre desarrollo personal»¹⁰. También el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José¹¹. De allí que se afirme que la propiedad en su aspecto general configura un derecho humano¹².

propiedad privada, tanto material como inmaterial, estableciendo incluso la expropiación no solo como una potestad del Estado, sino también como un conjunto de garantías a la propiedad privada”.

⁷ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, p. 568.

⁸ *Ibid.*, p. 569.

⁹ NIKKEN, Pedro: «Estudio preliminar». En: *Código de derechos humanos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 65 y 68.

¹⁰ DE LA CRUZ FERRER, Juan: «La intervención de la Administración Pública en la libertad económica: funciones y regulación del derecho de propiedad», En: Congreso internacional de Derecho Administrativo en homenaje al prof. Luis H. Farías Mata, T. I, UCAB, Caracas, 2006, p. 132.

¹¹ «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. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley».

¹² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Editorial Jurídica Venezolana-Cidep, Caracas, 2018, pp. 137-39; MELEAN BRITO, Jorge: «Acerca de las bases conceptua-

1. *Aproximación*

La propiedad es el derecho real¹³ más pleno o amplio en sus facultades, esto es, constituye el derecho real por excelencia¹⁴. El derecho real viene asociado a la idea de una persona y una cosa u objeto para la satisfacción de sus necesidades económicas¹⁵. Configura “el centro de irradiación de todas las categorías” de los derechos reales y ocupa una posición nuclear dentro de éstos. De allí que haya sido calificada como un derecho real pleno de disposición y goce, definitivo y principal¹⁶. La propiedad se configura como el derecho real por antono-

les del patrimonio». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 14. Caracas, 2020, p. 175, El derecho de propiedad es un derecho humano reconocido en la Revolución Francesa, así como en instrumentos más recientes como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969; PERRONE, Nicolás: «Artículo 21: Derecho a la propiedad privada». En: *La Convención americana de Derechos humanos y su proyección en el Derecho argentino*. La Ley. E. Alonso Regueira, director. Buenos Aires, 2012, p. 356, el derecho de propiedad debe ser considerado dentro de los derechos humanos en la medida que constituye un medio para realizar un proyecto de vida asociado a la dignidad; Prat, Pilar: *El derecho a la propiedad privada ¿un derecho humano?* Universidad de San Andrés. (J. S. Elías, tutor). Victoria, 2012, pp. 49 y 50, debe ser considerado como derecho humano indispensable para que las personas logren una vida plena; LEVENZON, Fernanda: *La propiedad privada en perspectiva de derechos humanos: de las teorías de la justicia con base en derechos a la protección internacional*. Universidad de Palermo. Maestría en Derechos Humanos y Derecho Constitucional (M. Alegre, director). Buenos Aires, 2011, p. 67, <http://dspace.palermo.edu>; Herrera Orellana, Luis Alfonso: «Las tensiones entre la propiedad privada y el Derecho Administrativo». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.ºs 65-66. UCAB. Caracas, 2011, p. 165.

- ¹³ Véase sobre el derecho real, a saber, aquel que propicia una relación entre los sujetos con ocasión de una cosa: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. Cenlae. Caracas, 2019, pp. 143-181. Véase también de la autora: “Entre los derechos reales y los derechos de crédito”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N.º 9, 2017, pp. 51-81, www.rvlj.com.ve
- ¹⁴ Véase: O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y PEDREIRA ANDRADE, Antonio: *Introducción al Derecho Civil patrimonial*. 4ª, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1996, p. 287, los cultivadores del Derecho Civil conceptúan mayoritariamente el derecho de propiedad como un poder unitario, un señorío global del que las facultades son simples manifestaciones. La doctrina acostumbra a definir la propiedad como el más amplio poder de dominación que el ordenamiento jurídico permite sobre las cosas.
- ¹⁵ Véase DOMÍNGUEZ, Guillén, *Instituciones fundamentales...*, p. 144.
- ¹⁶ KUMMEROW, Gert: *Bienes y Derechos Reales*. Mac Graw Hill, 5ª edic., Colombia, 2001, Revisión técnica: Luisa Sánchez, p. 228.

masía, el más amplio y perfecto¹⁷. La propiedad es el arquetipo del derecho subjetivo patrimonial¹⁸; constituye el principal derecho subjetivo patrimonial, si atendemos a la magnitud y variedad de poderes y facultades que congrega¹⁹. El Código Civil dispone: “*La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley*”. Se indica que la norma se ha mantenido a lo largo de los distintos textos sustantivos²⁰. Se afirma que la «propiedad» es a los Derechos Reales como el «contrato» es a las Obligaciones²¹. Para denotar su carácter de institución protagonista en cada una de las asignaturas: “propiedad” y “contrato” constituyen las figuras más relevantes o al menos recurrentes del Derecho Civil Patrimonial.

Pero saliendo del ámbito del Derecho Civil, la propiedad presenta una proyección más amplia. Afirma atinadamente VILLEGAS MORENO: “La profunda trascendencia social y política que se encierra en el derecho de propiedad podría hacer pensar que nos encontramos ante un tema suficientemente estudiado, e incluso, casi agotado. Lo cierto es que el debate continúa, si bien no se centra

¹⁷ Véase: LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*. Dykinson, 5ª edic., Madrid, 2006. Revisión por: Jesús Delgado Echeverría y María Ángeles Parra Lucán, p. 133, la propiedad es el derecho más pleno que se puede tener sobre una cosa, comprendiendo en principio, todas las posibilidades de actuación autorizadas por la ley.

¹⁸ Adrogué, *ob. cit.*, pp. 51 y 71.

¹⁹ *Ibid.*, p. 41.

²⁰ MONREAL, Novoa, *ob. cit.*, p. 106, El CC de 1862, “Art. 1 del Título II, Ley I: El dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. El Código Civil de 1867, pareciera acentuar menos el carácter absoluto del derecho de propiedad que fluye de la disposición precedente, en su art. 351, “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que provienen de las leyes o reglamentos”. Pero el Código de 1873, no deja duda alguna en cuanto a ese absolutismo, según el texto de su art. 444 “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley”. Esta última fórmula va a perdurar a través de sucesivos códigos, para transformarse finalmente, ya avanzado el siglo XX, en la que proporciona el Código de 1942, art. 545, que se mantiene en la Reforma de 1982.

²¹ DE HEREDIA, Beltrán y ONIS, Pablo: *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 106; SERRANO ALONSO, Eduardo y SERRANO GÓMEZ, Eduardo: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, T. ii, Edisofer, Madrid, 2008, p. 13, no resulta exagerado afirmar que el contrato es el motor –junto al derecho de propiedad– de la economía de cada país; DOMÍNGUEZ, Guillén: *Instituciones fundamentales...*, p. 215.

ya el núcleo de la discusión sobre si existe un derecho de propiedad según el cual todo hombre tendría derecho a los bienes que precisa para satisfacer sus necesidades. El principal conflicto surge a la hora de saber cómo se ha de repartir la escasa, y por tanto valiosa, propiedad existente”²².

Luego de pasearse por una sintética pero interesante aproximación histórica del derecho de propiedad²³, nuestro homenajeado concluye “La importancia del concepto de propiedad trasciende ampliamente el campo del derecho, pues se transforma en el elemento irreductible del sistema económico que rige en una sociedad concreta y en la variable más esencial de su régimen social. Con ello aparecen manifiestas sus vinculaciones con el proyecto político que recibe acogida en esa sociedad. Son evidentes, por otra parte, sus implicaciones filosóficas y éticas”²⁴. Y en efecto, la doctrina filosófica reconoce que se trata de un derecho con soporte en el Derecho natural²⁵. Ciertamente, la propiedad constituye el derecho patrimonial de mayor proyección que trasciende lo jurídico: provoca o inspira un sentimiento en su titular que no precisa conocimiento jurídico: desde el niño de corta edad hasta el adulto tiene presente el sentimiento de posesión o dominio sobre las cosas que le pertenecen.

El derecho de propiedad siempre ha sido una pieza clave de nuestra cultura y civilización. Es comprensible, por tanto, que se afirme que la propiedad no sería sólo un derecho, sino que es “el derecho”, pues nuestro universo jurídico

²² Villegas Moreno, p. 566.

²³ Véase: *Ibid.*, pp. 566-567.

²⁴ *Ibid.*, p. 567. Véase también sobre el tema: CARRILLO L., Cruz O. y MÁRQUEZ DE KRUPIJ, Florencia: *Relevancia histórica y actual de la propiedad*, Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes N° 19, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, 1995-1996, pp. 37-82; CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “Evolución jurídica del concepto de propiedad”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 30, Valparaíso, 2008, pp. 345 – 385, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013; Grossi, Paolo: *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Civitas, Madrid, 1992; GROSSI, Paolo y LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: *Propiedad: otras perspectivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

²⁵ Véase: CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 2, hay una idea del Derecho de Propiedad como derivado del Derecho Natural, anterior a la ley, que se limitó a reconocerlo, y lo cierto es que tal antecedente puede encontrarse en Las Partidas; BUSTILLOS PEÑA, Ángel: *El concepto de propiedad privada en el Derecho Constitucional venezolano*, *Revista de Filosofía*, Vol. 11, N° 19, 1994, 81-90; HATTENHAUER, Hans: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Ariel, Barcelona, 1987, p. 112, la labor más importante con relación al concepto moderno de propiedad corresponde al Derecho natural.

es de imposible explicación sin él²⁶. La propiedad es el paradigma de los derechos reales y por tanto en el que con más marcado énfasis se ponen de manifiesto los atributos de exclusividad, oponibilidad *erga omnes*, persecutoriedad y carácter fundante (en este caso exclusivo de la propiedad) propio de estos derechos²⁷.

La doctrina discute acerca de la evolución jurídica del concepto de propiedad²⁸. La propiedad como institución jurídico-política no aparece sino muy tarde en Grecia y Roma, porque en tales sociedades en sus comienzos existía una relación íntima entre familia y propiedad²⁹. En los tiempos modernos, la propiedad tenía un contenido diferente a los pueblos primitivos. Posiblemente la propiedad privada estaba poco extendida, porque la actividad económica era incipiente. La evolución de la propiedad no ha seguido una tendencia uniforme³⁰. La propiedad no es por su propia naturaleza la misma en todas las culturas jurídicas³¹. En todo caso, como bien afirma nuestro homenajeado: “La idea de propiedad que tenga efectiva vigencia en determinado país refleja mejor que ninguna otra el sistema de relaciones interhumanas que en él impera”³².

Durante la modernidad jurídica, cuyo apogeo se produjo en el siglo de las grandes codificaciones civilistas, y que en sí misma es el reflejo de la ideología dominante del Estado monoclasista, la propiedad era completamente intolerante a las *funciones*. Ahora, sin embargo, en pleno siglo XX y su clima posmoderno,

²⁶ CORDERO QUINZACARA, Eduardo: De la propiedad a las propiedades. La evolución del concepto liberal de propiedad, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 31, Chile, 2° Semestre de 2008, pp. 493-525-https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200014 “El derecho de propiedad siempre ha sido una pieza clave de nuestra cultura y civilización. Es comprensible, por tanto, que se afirme que la propiedad no sería sólo un derecho, sino que es “el derecho”, pues nuestro universo jurídico es de imposible explicación sin él”.

²⁷ CABANES ESPINO, Iris: “La propiedad y su adquisición: especial referencia al ordenamiento jurídico cubano”. En: *El Código Civil Cubano de 1987, veinticinco años después. Libro Homenaje al profesor Dr. Tirso A. Clemente Díaz*, Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, Cuba, 2014, p. 306, <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/Libro%20H%20al%20Dr.%20Tirso%20A.%20CLEMENTE%20D%C3%8DAZ.pdf>

²⁸ CORDERO QUINZACARA y Aldunate Lizana: *ob. cit.*, pp. 345 - 385, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013

²⁹ BUSTILLOS PEÑA, *ob. cit.*, p. 83.

³⁰ ADROGUÉ, *ob. cit.*, p. 20.

³¹ HATTENHAUER, Hans: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Ariel, Barcelona, 1987, p. 111.

³² VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, pp. 567 y 568.

no solo se enseña que la propiedad tiene funciones, sino que para algunos, es ella misma una función. Se trata, este de función, de un término –y de un concepto– que, como se ha expuesto más arriba, nació y se perfeccionó entre y por los científicos pertenecientes al ámbito del derecho público, de ahí se incorporó al terreno iuscivilista donde arraigó profusamente³³.

En Venezuela el derecho de la propiedad privada también ha existido desde los orígenes de la República, sin perjuicio de que han existido otros tipos de propiedad como la pública y la de los indígenas. La evolución constitucional desde el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho en el primer tercio del siglo XX ha permitido que la propiedad privada haya pasado de no tener mayores limitaciones o restricciones en su ejercicio, a constituir un derecho sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que se impongan por razones de utilidad pública o interés general³⁴.

2. *Facultades*

Una de las innovaciones más llamativas de la Constitución de 1999 es haberle dado rango constitucional al reconocimiento de las facultades que contiene (lo cual no ocurría con la Constitución de 1961), y ello tiene importantes consecuencias. El reconocimiento constitucional de las facultades del titular como identificativo del derecho de propiedad, resulta relevante, dado que la esencia del citado derecho radica en las posibilidades de actuación de dicho titular, y no en la circunstancia admitida por la propia Constitución de que pueda ser sometido a limi-

³³ GROSSI, Paolo: *Los bienes: itinerarios entre la “modernidad” y la “posmodernidad*. En: Grossi, Paolo y Ángel M. López y López: *Propiedad: otras perspectivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 41-42, Tal y como nos indica quien quizá es el más grande cultivador italiano de derecho público del siglo XX, Santi Romano, en los “Fragmentos de un diccionario jurídico”, que escribió en los últimos años de su vida, función es un poder que no se ejerce en interés propio, o no exclusivamente propio, o por un interés objetivo. Si se admite esta acepción, se puede aplicar al nuevo propietario la sugerente imagen con la que, muchos años antes, el filósofo del derecho italiano Giuseppe Capograssi había descrito el débil Estado novecentesco: “un pobre gigante destronado”. Porque la verdad es que aquel individuo, concebido y diseñado como perfectamente auto-referencial, va tirando ahora a duras penas, condicionado como está por dos fuerzas cada vez más gigantescas: el bien y la colectividad.

³⁴ HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *Réquien por la libertad de empresa y el derecho de propiedad*, *Revista de Derecho Público* N° 112, octubre-diciembre 2007, p. 218, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB /112/rdpub_2007_112_215-225.pdf

taciones, dado que esto es predicable de cualquier derecho fundamental, y en el caso de la propiedad ello no constituye ninguna novedad³⁵.

La doctrina en general ha resaltado este importante reconocimiento constitucional³⁶.

Al efecto indica nuestro homenajeado, en relación con la consagración del derecho de propiedad en la Constitución de 1999, respecto a la de 1961, que “Se enumeran los atributos del derecho de propiedad (uso, goce, disposición), que era materia de rango legal”³⁷. Pero agrega VILLEGAS MORENO a propósito del contenido del máximo de los derechos reales consagrado en el artículo 115 de la Carta Fundamental: “no es sólo un conjunto de facultades suficiente o convenientemente delimitadas, sino también una fuente de especiales deberes de conducta que recaen sobre el propietario”³⁸.

³⁵ Véase: CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, p. 41, ni siquiera en la época clásica del Derecho romano, “a partir del Siglo I de nuestra Era, cuando el dominio romano ostenta como su más destacada cualidad su carácter absoluto, cabía interpretar esta nota en el sentido de que el dominio careciera de límites, permitiendo ejercitar sobre la cosa toda clase de facultades sin ninguna restricción”, aclarando que “el sentido liberal de los romanos exigía que no sufriera aquél más limitaciones que las precisas e indispensables, con la finalidad de que la iniciativa individual pudiera desarrollarse ampliamente”.

³⁶ Véase: GALLARDO VAUDO, Catherina y SALDARRIAGA LÓPEZ, Néstor: “La desnaturalización del derecho de propiedad privada en la jurisprudencia agraria”. En: *La Propiedad Privada en Venezuela Situación y Perspectivas*. Louza Scognamiglio, Laura (Coordinadora), Funeda, Caracas, 2016, p. 90, de la consagración constitucional de la propiedad en el artículo 115 de la Constitución “se desprende, en primer lugar, que a los fines de garantizar una amplia protección a este derecho, se ha querido proteger en el propio texto constitucional los atributos que constituyen el mismo, es decir, el uso, goce, disfrute y disposición de los bienes, atributos éstos que resultan inherentes al contenido esencial de este derecho”.

³⁷ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, pp. 569 y 570. Véase también: Fernández, Gerardo en el epílogo del libro: PEREIRA PIZANI, Isabel y QUIÑONES, Rafael: *Por un país de propietarios*. Cedice Libertad. Caracas, 2016, p. 198, la propiedad, en Venezuela se ha regulado, como un derecho limitado, desde 1914 y hasta el vigente artículo 115 de la Constitución de 1999, la cual les dio rango constitucional a sus atributos («uso, goce, disfrute y disposición»), que pueden ser limitados en atención a la función social –noción que se introduce en la Constitución de 1947– y el interés público. Véase previamente: SÁNCHEZ MIRALLES, Samantha: “Breve reseña histórica de la evolución del concepto de propiedad y expropiación en Venezuela en la normativa constitucional desde 1811 hasta 1961”, *Revista de Derecho Público* N° 131, 2012, pp. 119-141, <https://cidep.com.ve/files/papers/ssmrdp131.pdf>

³⁸ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, pp. 572 y 573, “El reconocimiento de la existencia de intereses distintos de los del propietario en la situación de propiedad, impone la existencia de límites o de limitaciones, a los que directamente alude el artículo 115 de la

Se admite que la consagración expresa de las facultades del derecho de propiedad como la disposición, el uso y el goce, configura un supuesto de “constitucionalización” en sentido estricto. Toda vez que el constituyente incorpora expresamente a su texto derechos o instituciones típicas o características del Derecho Civil³⁹, como fue el caso de las facultades que conforman el derecho de propiedad⁴⁰. En la génesis del Derecho Civil Constitucional subyace la idea de la incidencia de la Constitución en el Derecho Civil⁴¹, con un carácter fundamental o superior⁴². La referencia constitucional expresa a las facultades del derecho de propiedad, confiere un carácter enteramente imperativo a dichas instituciones, que solo podrían ser afectadas por vía de enmienda o de Reforma Constitucional. Ello amén, de la constitucionalización en sentido amplio o interpretativa del Derecho Civil Patrimonial, según la cual las instituciones civi-

Constitución de 1999. El ejercicio del derecho de propiedad no debe lesionar intereses sociales y el ámbito de sus facultades se ve reducido por no poder ejercerse en detrimento de los intereses colectivos. A esta óptica, que entiende la función social como un límite externo, se contrapone, según Lino Rodríguez-Arias otra dirección doctrinal, que a él le parece más acorde con la disciplina surgida del constitucionalismo social, que considera la función social como interiorizada en el derecho”.

³⁹ Véanse todos de DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Cidep/EJV, Caracas, 2018; «Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela», *Jurisprudencia Argentina* N° 13, Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; «Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10, Idibe, Valencia/España, 2019, pp. 52-91, <http://idibe.org> ; “La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano”, *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, N° 15, Brasil, set/diez. 2019, pp. 93-136, <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/928>; *Primacía de la Constitución y Constitucionalización del Derecho Civil*. En: Principios Fundamentales del Derecho Público, Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999. Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (Coords.), Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Panamá, 2020, pp. 429-446.

⁴⁰ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Derecho Civil Constitucional...*, pp. 134 y 135.

⁴¹ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín: *El Derecho Civil Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, reimp. 1991, p. 13. Véase sobre la constitucionalización del Derecho Administrativo: HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael: “Prólogo” en: Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional...*, pp. 9-22.

⁴² Véase: GRANJA ZURITA, Diego Francisco y PAREDES LÓPEZ, Julio Alfredo: *Acercamiento a la constitucionalización del Derecho Privado*. Universidad y Sociedad Vol. 12 N° 3, *Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, mayo-junio 2020, pp. 376-384.

les han de ser interpretadas bajo el prisma de la Carta fundamental y de la que no escapa el Derecho de Bienes y en particular el Derecho de propiedad⁴³.

3. *Función social*

La función social de la propiedad en general es de vieja data⁴⁴: ya se encontraba en la previa Constitución de 1961⁴⁵. En la Constitución de 1999 desapare-

⁴³ Véase: *Ibid.*, p. 379, “La Corte Constitucional puede revisar el apego constitucional de los fallos casacionales ejecutoriados en procesos de vía ordinaria civil, en torno al dominio, posesión o tenencia de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, o los de vía ordinaria administrativa en los que se discuta el precio expropiatorio de un bien, cuando de la resolución judicial no se ha obtenido una respuesta favorable para hacer frente a la vulneración del derecho; o cuando se trata de sentencias definitivas consecuentes de un procedimiento ordinario no constitucional (el resultante de deducir la acción de protección) en las que se ha vulnerado derechos constitucionalmente reconocidos -el derecho a la propiedad”.

⁴⁴ Véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *A propósito de una pretendida función social de la propiedad en el derecho romano: Una visión actual bajo el prisma del análisis económico del derecho*, AED, RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano N° 23, 2019, pp. 46-150.

⁴⁵ Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 318 (nota al pie), En ocasión de las discusiones en la Cámara de Diputados de la reforma del Código Civil de 1942 en la sesión de fecha 3 de julio de 1942, los Diputados Alfonso Espinosa y Rafael Caldera, aluden a la función social de la propiedad al establecerse en el artículo del Código Civil que define la propiedad el que ésta pueda ser sometida a «obligaciones establecidas por la Ley». La Constitución Nacional de 1961, reconociendo que la propiedad tiene una función social, disponía que «estará sometida a las contribuciones, restricciones, y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general». La Constitución Nacional eliminó el carácter de la «función social» de la propiedad, es decir, su capacidad de acción por lo social, dejándole un carácter propenso al individualismo; Sánchez Miralles, *ob. cit.*, pp. 139 y 140, en el artículo 99 de la Constitución de 1961, se refuerza la función social de la propiedad. Artículo 99. “Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”; DELGADO RIVAS, Fernando Javier: *Breves consideraciones sobre la noción de función social y su utilización para justificar la vulneración del derecho de propiedad privada a través de normas de Derecho Público*, Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV, CIDEP, Caracas, 2016, pp. 91, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIODAUCV/2016/DAUCV_2016_89-98.pdf , Todas nuestras Constituciones, desde la primera promulgada en 1811, ha establecido el derecho de propiedad expresamente, dándole de este modo el rango normativo de mayor jerarquía y en consecuencia otorgándole al mismo tiempo categoría de derecho fundamental. No es sino hasta la constitución de 1947, que la noción de “función social” es agregada a la institución de la propiedad privada. Véase

ció la expresa referencia a la función social social de la propiedad. Ello propició la duda de la doctrina sobre si dicha función había quedado atrás⁴⁶. Pero atinadamente VILLEGAS MORENO aclaró que el cambio de redacción en modo alguno suprimía tan importante función, reconocida desde antaño en nuestro y

también indicando que la referencia a la propiedad se consagró desde la Constitución de 1811, art. 155: RIEBER DE BENTATA, Judith: *La propiedad en Venezuela a partir de 1999. Especial referencia a la propiedad agraria*, Anuario de Derecho Público N° 1, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2007, p. 112, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ADPUB-MONTEAVILA/1/ADPUB_2007_1_107-134.pdf; NOVOA MONREAL, *ob. cit.*, p. 108, Un último paso se da en las constituciones siguientes, de 1947, 1953 y la de 1961, al asignarle al derecho de propiedad una “función social” enteramente antagónica a la idea antigua de un derecho absoluto. Es esta función social la que aparece como fundamento de las nuevas restricciones y obligaciones que se imponen al propietario y que llegan hasta la pérdida, sin indemnización alguna, de ciertos bienes de propiedad de concesionarios de minas, comprendidos los yacimientos de hidrocarburos, en beneficio de la Nación, al extinguirse la concesión por cualquier causa; RODRÍGUEZ, Niniska: *Patrimonio Cultural. Aspectos jurídicos sobre su naturaleza y regulación*. Universidad Católica Andrés Bello, abediciones, Caracas, 2020, p. 32, desde la etapa de 1811 a 1914 se aprecia en los textos plenitud del derecho de propiedad. A partir de tal fecha queda restringida por las limitaciones al derecho de propiedad.

⁴⁶ Véase: RAFFALLI A., Juan M.: “La afectación del derecho de propiedad mediante Decretos-Leyes dictados en ejercicio de Leyes Habilitantes”. En: *Estudios de Derecho Civil: Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Fernando Parra Aranguren (Editor), TSJ, Caracas, 2002, pp. 317-319 y 322; BADELL MADRID, Rafael: “Limitaciones legales al derecho de propiedad”. En: *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Colección Libros Homenaje N° 7, Fernando Parra Aranguren (Editor), TSJ, Caracas, 2002, Vol. I, p. 96; FERNÁNDEZ, Gerardo en el epílogo del libro: Pereira Pizani, Isabel y Rafael Quiñones: *Por un País de Propietarios*. Centro de Divulgación del Conocimiento Económico A. C. “CEDICE Libertad”, Caracas, 2016, p. 198; FARÍA VILLARREAL, Innes: “Las limitaciones administrativas a la propiedad privada en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario”. En: *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Colección Libros Homenaje N° 7. Fernando Parra Aranguren (Editor), TSJ, Caracas, 2002, Vol. I, p. 673; BAUMEISTER TOLEDO, Alberto: “Consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de algunas instituciones del derecho agrario venezolano”. En: *Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*. Colección Libros Homenaje N° 16. Fernando Parra Aranguren (Editor), TSJ, Caracas, 2004, pp. 73-74, se ubica entre quienes identifican la utilidad pública y el interés general con el concepto de función social; GARCÍA SOTO, *ob. cit.*, pp. 157-158; GARCÍA DE FLEURY, María: *La Doctrina Social de la Iglesia en el Tercer Milenio*. Organización Gráficas Capriles, 4ª edic., Caracas, 2016, pp. 285-286; MORLES, Alfredo y otros: *Rafael Caldera, Jurista Integral*. EJV, Caracas, 2017, pp. 36-37; CALDERA, Rafael: *Apuntes de Sociología Jurídica*. Maracaibo, juris/mar, 1985, pp. 180-183; PEÑA SOLÍS, *ob. cit.*, pp. 243-245.

otros ordenamientos: “Pero de cualquier forma creemos que subyace en la norma constitucional la cláusula de la función social de la propiedad»⁴⁷. Y tal criterio hemos adherido⁴⁸ porque no siempre la supresión expresa de una frase cambia el sentido de las instituciones.

Afirma nuestro homenajeado: “La función social de la propiedad, aún siendo un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones, implica la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modula su ejercicio, que a su vez debe orientarse a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular. Esta función social de la propiedad presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual del titular del derecho, están llamados a satisfacer a los bienes objeto de dominio privado. Creemos que las Constituciones modernas han seguido, en relación a la cláusula de la función social de la propiedad, la fórmula contenida en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, artículo 14, apartado 2, que dice: «La propiedad obliga, y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general». La idea de la función social de la propiedad procede de la doctrina social de la Iglesia católica y se encuentra muy emparentada con los movimientos doctrinales tendentes a poner límite a la tradicional absolutividad del derecho de dominio. La visión ferozmente individualista e insolidaria del derecho de propiedad comenzó a quebrar, por lo menos en alguna medida, como consecuencia de esta doctrina social católica”⁴⁹.

Agrega que: “Por diferentes vías, se había llegado a este punto. Una de ellas, de necesario recordatorio, es la idea del abuso del derecho, que surgió precisamente para poner coto a los actos del propietario, caracterizables como actos de emulación, esto es, actos realizados con el fin de perjudicar a otro y sin propia utilidad, así como para poner coto a los posibles actos de contenido anti-social”⁵⁰. Señala atinadamente: “El reconocimiento de la existencia de intereses distintos de los del propietario en la situación de propiedad, impone la existencia de límites o de limitaciones, a los que directamente alude el artículo 115 de la Constitución de 1999. El ejercicio del derecho de propiedad no debe lesionar intereses sociales y el ámbito de sus facultades se ve reducido por no poder ejercerse en detrimento de los intereses colectivos”⁵¹.

⁴⁷ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, p. 571, agrega “tan manida y distorsionada”.

⁴⁸ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Derecho Civil Constitucional...*, pp. 134 y 135, con inclusión de nota 563, que cita a nuestro homenajeado; PÉREZ FERNÁNDEZ y DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *El derecho de propiedad: breves notas para su sistematización*”, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, (en prensa).

⁴⁹ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, p. 571.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 571 y 572.

⁵¹ *Ibid.*, p. 572.

Expresa VILLEGAS MORENO: La función social del derecho y de los bienes sobre que recae, es el criterio delimitador del contenido de la situación jurídica de propiedad y el criterio de surgimiento de los deberes legales del propietario. Es por ello, puede decirse, la clave de la configuración legal o el principio ordenador de las intervenciones legales. La aplicación en concreto de este principio ordenador puede llevar a un planteamiento público del goce de los bienes en propiedad, que, realizado con carácter general y sin la imposición de sacrificios especiales, parece conforme con los dictados de la Constitución. Se encuentra en esta línea, sobre todo, la limitación que pueda imponerse al goce de la propiedad en atención al destino económico asignable a los bienes. En el sistema absolutista de la propiedad, propio de la tradición liberal, determinar el destino económico del bien era obra de la individual acción del propietario⁵². De allí que se admita a pesar de los posibles excesos en que pueda incurrir el Estado, la función social de la propiedad⁵³.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Constitucional⁵⁴ y de la Sala Político Administrativa⁵⁵, han considerado acertadamente en el mismo sentido que la referida “función social” se encuentra implícita en las nociones de utilidad pública e interés social. En torno a la naturaleza jurídica de la función social de

⁵² *Ibid.*, p. 573.

⁵³ Véase: DUQUE CORREDOR, Román José: “La Reforma Constitucional y la desnaturalización del derecho de propiedad y su transformación en una simple relación de hecho permitida por el Estado”, *Revista de Derecho Público* N° 112, 2007. p. 241, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/112/rdpub_2007_112_241-248.pdf no puede negarse ni su carácter individual y familiar, ni su carácter social. Finalmente, la propiedad tiene un sentido personalista porque es una manifestación o expresión plena de la persona humana y del su ejercicio de su libertad en el área económica, social, cultural y política. Y tiene un sentido social, porque mira también a los intereses de la sociedad, por lo que igualmente a la propiedad le es ínsita una función social que corrige su ejercicio pero que no la elimina como derecho. De tal modo que por esa función social, mediante las garantías del debido proceso y el pago de una justa y oportuna indemnización, más la reserva legal de la utilidad pública, el Estado puede, entre otros supuestos, expropiar bienes inutilizados e imprescindibles cuando el beneficio colectivo justifica el sacrificio del interés particular de los propietarios individuales. Véase también: PERLINGIERI, Pietro: “Por un derecho civil constitucional español”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, N° 1, 1983, p. 4, en la Constitución española no hay un reconocimiento de la propiedad en cuanto tal, sino de la propiedad privada en cuanto tiene función social.

⁵⁴ Véase entre otras, todas de: TSJ/SConst., Números 1178 de 13-8-09, 881 de 26-6-12, 403 de 24-2-06, 1267 del 27-10-00, 2855 de 20-11-12, 462 de 6-4-01, 1092 de 13-7-11, 952 de 9-8-00.

⁵⁵ Números 126 de 13-2-01, 4517 de 22-6-05 y 1523 de 28-10-09.

la propiedad⁵⁶, la Sala Constitucional asumió posición con la evidente intención de reforzarla, al calificarla como “*un principio general del Derecho y una fórmula técnica del ámbito jurídico. Se trata de lo que se ha llamado un ‘principio político’, un principio organizador de la comunidad social que se inserta en el orden público económico para justificar el contenido y ejercicio de la propiedad*”⁵⁷.

Otra visión diferente, aunque minoritaria, es sostenida por OCHOA GÓMEZ, para quien la Constitución de 1999 “eliminó el carácter de la ‘función social’ de la propiedad, es decir, su capacidad de acción por lo social, dejándole un carácter propenso al individualismo”⁵⁸. En sentido semejante se pronuncian HERNÁNDEZ⁵⁹, RONDÓN⁶⁰, CÁNOVA⁶¹ y LOUZA⁶². Ello sin perjuicio, de que poste-

⁵⁶ Véase: GARCÍA SOTO, *ob. cit.*, pp. 150-152, la naturaleza jurídica del concepto “*función social de la propiedad*” ha sido objeto de amplia discusión y al respecto se han formulado diversas posturas: a) El concepto de función social como título habilitante o cláusula general y la negación de su carácter de concepto jurídico indeterminado, b) El concepto de función social como concepto jurídico indeterminado, c) El concepto de función social como un principio general del Derecho, y, d) La prevalencia de los intereses públicos sobre los privados en el derecho de propiedad.

⁵⁷ TSJ/SConst., Sent. 1178 de 13-8-09.

⁵⁸ OCHOA GÓMEZ, Oscar E. *Bienes y Derechos Reales Derecho Civil II*. UCAB, Caracas, 2008, p. 318 (nota al pie).

⁵⁹ HERNÁNDEZ, José Ignacio: “Repensando La Expropiación Pública en el Derecho Venezolano. A propósito de la deconstrucción jurídica de la propiedad privada”. En: *La Propiedad Privada en Venezuela. Situación y Perspectivas*. Louza Scognamiglio, Laura (Coordinadora), Funeda, Caracas, 2016, pp. 31, 159 y nota al pie número 50 de la página 17; HERNÁNDEZ, José Ignacio: *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano*. UCAB, Caracas, 2014, pp. 33 y 36; HERNÁNDEZ, José Ignacio: *Administración Pública, Desarrollo y Libertad en Venezuela. Algunas ideas en torno a la reforma administrativa en Venezuela*. Funeda, Caracas, 2012, p. 188. Véase también: Guerrero, Eugenio A., y Luis Alfonso Herrera Orellana: *La Cultura Política del Fracaso: Estatismo, socialdemocracia y los orígenes de la hecatombe republicana en Venezuela*. Editorial Galipán, Caracas, 2018, p. 318, “el Tribunal Supremo, pero también la doctrina jurídica venezolana, en su mayoría socialdemócrata y social cristiana en ideas políticas, afirman que la ‘función social’ de la propiedad privada debe mantenerse, aunque no se mencione en la Constitución de 1999” y esto “añade una vía más para que, de facto y pseudoconstitucionalmente, el chavismo haya hecho de la propiedad privada un instrumento de su proyecto autoritario”.

⁶⁰ RONDÓN GARCÍA, *Propiedad privada...*, pp. 184 y 224. Véase tesis dominante en la doctrina y en la jurisprudencia (*Ibid.*, pp. 156-158).

⁶¹ CÁNOVA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 67.

⁶² LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura: “La Pretendida Función Socialista de la Propiedad Privada en Venezuela”. En: *XVII Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados*

riormente se volviera sobre el mismo tópico⁶³, pues la temática de la función social de la propiedad es recurrente en la doctrina de Derecho Público⁶⁴.

Decían los MAZEAUD que, si bien “el derecho de propiedad debe ser individual, su ejercicio debe ser social. Es decir, el propietario debe tener en cuenta el interés de los demás”. El legislador puede compeler a ello si se olvida⁶⁵. El derecho de propiedad concede a su titular los poderes más amplios. Pero el interés social ha obligado al Legislador ha asestar algunos golpes muy serios contra esos poderes⁶⁶. Algunos de tales vienen dados por las limitaciones que veremos de seguidas.

4. *Limitaciones*

La temática de las limitaciones al derecho de propiedad es hartamente conocida y debatida, pues efectivamente no se trata de un derecho absoluto⁶⁷. Nuestro homenajeado lo ha referido con tino expresamente: “En la mayoría de las Constituciones modernas es fácil encontrar reconocida la necesidad de límites en el

del Estado Carabobo Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: Vigencia Reforma e Innovación. Funeda, Caracas, 2014, pp. 577, 578 y 585.

⁶³ Véase sobre el Proyecto de Reforma de Constitución de 2007 que incluía referencia a la propiedad social, colectiva, mixta y privada: GARCÍA SOTO, Carlos: “Notas sobre el derecho de propiedad en el proyecto de Reforma de Constitución de 1999”, *Anuario de Derecho Público* N° 1, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2007, pp. 78-81 http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/articulo/texto/ADPUB-MONTEAVILA/1/ADPUB_2007_1_77-82.pdf. Véase también: Ojer, Uxúa *La propiedad en la propuesta de cambio constitucional*, En: *Revista de Derecho Público* N° 112, octubre-diciembre 2007, pp. 257-260.

⁶⁴ Véase: DELGADO RIVAS, *ob. cit.*, pp. 89-98.

⁶⁵ MAZEAUD, Henri y otros (Léon y Jean): *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Parte Segunda, Vol. IV, p. 22.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁷ Véase: CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 44, la nota de absoluto no puede entenderse en el sentido de que puede oponerse a que el dominio tenga limitaciones impuestas por el interés general. Para algunos autores este carácter es pretendido, pero no es real, pues la propiedad, no obstante ser el derecho más pleno que puede ostentar el hombre sobre las cosas, nunca ha sido ni será históricamente un derecho absoluto ni ilimitado, sino que ha estado “delimitado” por el ordenamiento jurídico; TSJ/SPA, Sent. N° 1201 de 6-8-09, la propiedad no es un derecho absoluto por lo que “*Suponiendo que el demandante fuese el propietario (...) el derecho a la propiedad (...) puede ser legalmente limitado, y que aun cuando se encuentre protegido por el Texto Fundamental, ello no significa su trascendencia por sobre el interés general*” (Ver sentencia de esta Sala N° 01641 28 junio 2006).

derecho de propiedad. Así en la Constitución de 1961, artículo 99, se reconocía la función social del derecho de propiedad expresamente, pero con la frialdad que progresivamente ha ido adquiriendo este concepto en el ámbito jurídico: «...en virtud de su función social la propiedad estará sometida...». La mayoría de las Constituciones latinoamericanas tienen un contenido similar en cuanto a este sometimiento de la propiedad a esa función social. Actualmente el reconocimiento de este carácter ha perdido el sentido reivindicador que pudo tener en sus inicios”⁶⁸.

Agrega que “El artículo 115 de la Constitución de 1999 con referencia a la propiedad privada dice que la misma estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que determine la ley «con fines de utilidad pública o de interés general». A diferencia de la Constitución de 1961 que utilizaba la terminología «función social de la propiedad», encontramos que el Constituyente acude a dos conceptos jurídicos indeterminados para establecer las limitaciones a la propiedad privada: utilidad pública e interés general”⁶⁹.

Advierte la Sala Político Administrativo del Máximo Tribunal que el derecho a la propiedad, tanto a la luz del Texto Constitucional de 1961 como del vigente, constituye uno de aquellos derechos que se entienden como no absolutos, pues se encuentra sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en la Ley, por causas de utilidad pública o social. Así pues, que tales restricciones o limitaciones legales a la propiedad no generan *per se* una violación a tal derecho, dado que el propio Texto Constitucional, consciente de la función social de la propiedad, permite que legalmente tal derecho se vea limitado⁷⁰. Se afirma que siempre ha de existir un interés social para relativizar un derecho, pero ha de ser de una entidad suficiente que justifique la deci-

⁶⁸ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, p. 570.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 571.

⁷⁰ TSJ/SPA, Sent. N° 126 de 13-2-01; TSJ/SPA N° 4517 de 22-6-05, Advierte la Sala que el derecho a la propiedad, a la luz del Texto Constitucional vigente, constituye uno de aquellos derechos que se entienden como no absolutos, pues se encuentra sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en la Ley, por causas de utilidad pública o social. Así pues, que tales restricciones o limitaciones legales a la propiedad no generan *per se* una violación a tal derecho, dado que el propio Texto Constitucional, consciente de la función social de la propiedad, permite que legalmente tal derecho se vea limitado; TSJ/SPA Sent. N° 1523 de 28-10-09, nuestra Carta Fundamental está inmersa en un nuevo concepto social de la propiedad que enfatiza la decisión del soberano de constituirse en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en el cual la tierra está al servicio de toda la población, dentro de los valores de solidaridad e igualdad de oportunidades. Así lo ha señalado la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en su sentencia N° 1178 de 13-8-09 (Caso: Alfredo Travesio Passios).

sión⁷¹. La función social de la propiedad no ha dejado de ser criticada por ser un concepto jurídico indeterminado que puede en la práctica limitar el derecho en estudio⁷², así como sucede con el “interés social”⁷³.

De allí que, como ocurre con cualquier derecho constitucional, resulta indiscutible la existencia de límites a la actividad del legislador, cuando dicta regulaciones en materia de un derecho fundamental como lo es la propiedad, y para determinar su núcleo inviolable es necesario “identificar los aspectos esenciales que permiten reconocer la subsistencia de una institución que merezca el nombre de propiedad, cuya posición jurídica medular ha sido vinculada con la posibilidad de aprovechamiento privado y las facultades de disposición del titular”⁷⁴. El núcleo o contenido esencial del derecho es intangible, solamente pueden establecerse limitaciones que no desnaturalicen o vacíen de contenido el derecho hasta el punto de hacerlo irreconocible.

En Venezuela la doctrina, incluyendo a nuestro homenajeado, ha aceptado que el derecho de propiedad tiene una vertiente subjetiva y otra objetiva, al igual que se admite para el resto de los derechos constitucionales⁷⁵. Cuando

⁷¹ Véase: PERRONE, *Artículo 21, ob. cit.*, p. 362, según lo ha indicado la CIDH a propósito del derecho de propiedad.

⁷² Véase: RAMÍREZ RAMOS, Francisco: *La Ley de Tierras Urbanas y el derecho de propiedad*, Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV, CIDEP, Caracas, 2016, p. 101, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIODAUCV/2016/DAUCV_2016_99-107.pdf “El problema surge de la indeterminación del concepto de función social. Así, según lo juzgue el legislador de turno, el derecho de propiedad individual deberá ceder atributos a favor de la sociedad, por causa de utilidad pública o interés social, para lograr armonizar ese interés social con el interés individual del propietario”.

⁷³ Véase: MERINO ACUÑA, Roger Arturo: *La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado*, El Derecho Civil patrimonial en la Constitución, T. C. Guía 2, Gaceta Jurídica, Perú, 2009, p. 100, No hay duda de que los términos “interés social”, “interés general”, “interés público”, “interés ético”, etc., son ambiguos y peligrosos; en nombre del interés social se han realizado muchas injusticias, por ello el análisis de sus límites debe ser muy cuidadoso.

⁷⁴ CASAL, Jesús María: *Estudio Preliminar: El papel del legislador y de los jueces en el ámbito de los derechos fundamentales*. En: Interpretación Evolutiva de la Constitución y Teorías de la Interpretación Constitucional. Márquez Luzardo, Carmen M. (coord.), UCAB, Caracas, 2014, p. 21. Véase: Peña Solís, *ob. cit.*, pp. 246-248, “el legislador no puede suprimir los atributos de la propiedad, pero sí está facultado para limitarlos”; GARCÍA SOTO, *La garantía del contenido...* *ob. cit.*, p. 260; CÁNOVA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 46 y 54; HERNÁNDEZ, *La Expropiación...*, *ob. cit.*, p. 49.

⁷⁵ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, p. 570; GARCÍA SOTO, Carlos: *Notas sobre la Doble Valencia del Derecho de Propiedad. Comentarios a la Sentencia del TSJ-SC de 24 de Febrero de 2006, caso Municipio Baruta del Estado Miranda*. En: Temas de Dere-

cumplen su función de garantía de la libertad individual, se traducen en la existencia de límites a las limitaciones que se le pueden imponer a un derecho constitucional mediante la actividad legislativa, pero además de ello, el Legislador debe protegerlo y ampliar, en la medida de lo posible, la factibilidad de su disfrute⁷⁶.

El citado artículo 115 constitucional admite la posibilidad de *expropiación*⁷⁷. Al efecto nos comenta VILLEGAS MORENO: “La Constitución de 1999 recoge la doctrina que determina dos aspectos fundamentales de la institución expropiatoria. Por un lado, se puede distinguir una potestad expropiatoria, y por otro una garantía patrimonial. La primera es una potestad administrativa característica de la clase de las potestades innovativas, dotada de una especial energía y gravedad, la de sacrificar situaciones patrimoniales privadas. La garantía del particular, que, como es común en todas las instituciones de Derecho Administrativo, balancea y contrapesa esa potestad de la Administración, hace valer los límites y condiciones de tal potestad y reduce esa potestad a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin que implique el empeoramiento patrimonial de su valor, que ha de restablecerse con la indemnización expropiatoria⁷⁸. La garantía constitucional del artículo 115 es la existencia de la causa de utilidad pública o de interés social y la indemnización correspondiente. Que esta indemnización sea justa y el pago de la misma

cho Constitucional y Administrativo: Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas. Funeda, Caracas, 2010, pp. 213-235; Hernández G., José Ignacio: *Reflexiones sobre la reforma de la Constitución Económica*. En: Temas Constitucionales. Planteamientos ante una Reforma. Funeda, Caracas, 2007, p. 158.

⁷⁶ Véase: RONDÓN GARCÍA, *Propiedad privada...*, *ob. cit.*, pp. 133-134, “de la ley como garantía de la propiedad privada, en tanto condición para la libertad individual, la explicó Frédéric Bastiat en una de sus conocidas obras, La Ley (...) Esa idea de legítima defensa, más allá de la connotación beligerante que pueda tener, refleja con precisión lo que la ley, en un Estado de Derecho, debe asegurar para que la propiedad privada y con ella libertad individual no sean desconocidas por la autoridad o el resto de la sociedad”.

⁷⁷ Véase referencia a bibliografía de la expropiación en nuestro trabajo: *Notas acerca de los modos de perder la propiedad en el Derecho Venezolano*, *ob. cit.*, p. 153, nota 91, www.rvlj.com.ve. Véase también: HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael: “La expropiación en Venezuela. Marco constitucional, legal y jurisprudencial”, (Eds. Julián Pimiento Echeverri y Héctor Santaella Quintero), *La expropiación forzosa en América y Europa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 527-582; Sánchez Miralles, *ob. cit.*, pp. 119-141; GHAZZAOUÍ PIÑA, Ramsis: *La Garantía Constitucional de la Expropiación y el Derecho de Propiedad en Venezuela y España*, Universidad Carlos III de Madrid, presentada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de Doctor en Derecho, Madrid, febrero de 2019, Dr. Luciano Parejo Alfonso (direct), <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/28597>

⁷⁸ VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, p. 579.

oportuno, refuerzan la garantía aquí establecida. También la necesidad de un proceso judicial para la procedencia de la expropiación constituye una tutela efectiva para el expropiado⁷⁹. La doctrina igualmente se ha referido a la expropiación indirecta en aquellos casos en que las limitaciones prácticas a la propiedad terminan mermando el contenido esencial de la misma⁸⁰. De tal suerte, que la expropiación –aunque referida por el citado artículo 115 constitucional– constituye una excepción al más pleno de los derechos reales, que debe acontecer bajo el marco de las debidas garantías, so pena de desnaturalizar el derecho en estudio, al que especial atención otorgó nuestro homenajeado.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El régimen de la propiedad y de los bienes en general, ha alcanzado cambios vertiginosos⁸¹. La propiedad en el ámbito constitucional no fue la excepción en el texto de 1999. VILLEGAS MORENO hizo un excelente pero sencillo análisis del derecho patrimonial por antonomasia en la Constitución actual, señalando en relación con la consagración del derecho de propiedad en la Constitución de 1999, que se enumeran los atributos del derecho de propiedad (uso, goce, disposición), lo que antes era materia de rango legal, tratándose de un cambio que, como lo destaca en su trabajo, tiene implicaciones muy importantes. En cuanto a la expropiación, se exige que el pago de la justa indemnización sea oportuno. Pero, de cualquier forma, subyace en la norma constitucional, la

⁷⁹ *Ibid.*, p. 580. Agrega: “la garantía respecto a la confiscación como medida restrictiva de la propiedad por razones de orden público que implica su transferencia forzosa al Estado, sin indemnización alguna. Así, la Constitución de 1999 formula la garantía general prevista en el artículo 116, de que «...no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por esta Constitución...». Pero se establecen tres excepciones a dicha prohibición; es decir, podrán ser objeto de confiscación: —Los bienes de personas responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público. — Los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público. — Los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”. Véase también: HERNÁNDEZ MENDIBLE, “La expropiación”, *ob. cit.*, p. 582, concluye el autor: “Establecidas en la Constitución y la Ley las competencias, condiciones y formalidades para la realización de una expropiación con sujeción al ordenamiento jurídico, cualquier otra actuación de los órganos que ejercen el Poder Público que no se encuentre ajustada a ellas, puede ser catalogada como otra figura jurídica –comiso, confiscación, vía de hecho-, pero en ningún caso puede ser considerada como una expropiación ajustada al Estado de Derecho reconocido en la Constitución”.

⁸⁰ Véase: BRICEÑO PÉREZ, Luis David: “Breves notas sobre la expropiación indirecta”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N°16 edición homenaje a Jesús Caballero Ortiz, 2021, www.rvlj.com.ve (en prensa).

⁸¹ Adrogué, *ob. cit.*, p. 16.

cláusula de la función social de la propiedad⁸². De tales consideraciones nos hicimos partícipes, no por su merecida condición de homenajeados, sino porque así lo hemos hecho previamente⁸³.

VILLEGAS MORENO arribó además a otras interesantes conclusiones que siguen encontrando plena vigencia⁸⁴. Resulta sencillo así adherirse a la doctrina calificada que nos ha facilitado el camino para el estudio de la institución más relevante del Derecho de Bienes. Enhorabuena por nuestro homenajeados. Felizmente calificado como un profesor titular “novel maestro” de indudable “solidez académica”⁸⁵.

⁸² Véase: VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, pp. 569-573.

⁸³ Véanse nuestros trabajos: “*Aspectos generales de los modos de adquirir la propiedad...*”, *ob. cit.*, pp. 75 y 76, nota 16; “*El derecho de propiedad*” Véase también: Domínguez G., *Derecho Civil Constitucional...*, p. 135, nota 563.

⁸⁴ Véase: ADROGUÉ, *ob. cit.*, p. 16. Véase: VILLEGAS MORENO, *ob. cit.*, p. 581, “— El reto de dar el salto del derecho de propiedad al derecho a la propiedad. Es imprescindible la intervención legislativa del Estado para articular los deberes de los propietarios y para posibilitar el acceso a la propiedad de los no propietarios. — Que la condición de propietario se exprese más en un conjunto de deberes que una serie de facultades. — Que la propiedad cumple funciones, como la de la tutela de la libertad, más que entenderla como uso y abuso de las cosas. — Sacar todas las consecuencias posibles del principio de prioridad del trabajo sobre el capital.— Entender que el derecho tiene que ver con la propiedad, y ésta con el progreso. — Preguntar al neoliberalismo sin rostro ni corazón que ronda en nuestras sociedades: Quiénes progresan, qué progresan y a costa de qué y de quiénes progresan ? — Sin cambiar los hábitos consumistas y hedonistas, sin una opción clara por el ser frente al tener, no se puede garantizar la función de interés general de los bienes. —No estatalizar los grandes medios de producción, pero sí de garantizar con la ayuda del Estado, su función comunitaria; de expropiar los bienes improductivos; de potenciar la autogestión y la participación de las personas y de los grupos sociales en la dirección de las empresas, haciendo realidad la primacía del trabajo sobre el capital; y de garantizar un mínimo vital, adecuado y digno, a todas las personas. —Reconocer con generosidad el derecho de todos los hombres a percibir un subsidio de desempleo cuando están desocupados, y el derecho a emigrar a aquellos países en los que su trabajo puede ser más fecundo. —La Constitución de 1999, al consagrar el Estado como Social y Democrático de Derecho y de Justicia, garantiza la propiedad y apuesta por un sistema de propiedad funcional en un contexto de justicia social. Por ello, para terminar, transcribo el artículo 299 de la Constitución que, de manera generosa, ingenua y/o utópica, consagró el Constituyente para referirse a los principios orientadores y valores fundamentales del régimen socioeconómico del país”.

⁸⁵ Véase: HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael: “Prólogo” En: VILLEGAS MORENO, José Luis: *Derecho Administrativo Ambiental*, Colección Textos, Sin Limite, San Cristóbal, 2009 p, 12.

NACIONALIDAD VS APATRIDIA. CASO DE HIJOS DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS NACIDOS EN TERRITORIO COLOMBIANO*

María Inés Milagros HIGUEREY CORTÉS**
Profesora en la Universidad Católica del Táchira

INTRODUCCIÓN

La masiva migración forzosa que ha afectado en los últimos años al pueblo venezolano, ha convertido a los países más cercanos en receptores de millones de migrantes y generado problemas políticos, económicos, sociales, culturales, entre otros aspectos. Como dice Villegas (2019) “Al pueblo venezolano le ha tocado huir, emigrar, ir al exilio, en una gran diáspora, en un éxodo sin prece-

* Antes de iniciar el desarrollo del presente texto, he de manifestar una palabra de agradecimiento a los Doctores: José Araujo Juárez y Víctor Hernández-Mendible, importantes representantes del estudio del Derecho Administrativo en Venezuela, por la invitación a participar en este homenaje a quien quiero denominar “mi maestro:” José Luís Villegas Moreno, de él aprendí no solo en pregrado y postgrado el amor al Derecho Administrativo, sino en la vida diaria y en el ejercicio cotidiano muchas estrategias, instituciones, consejos y ejemplos del ejercicio de las profesiones que desempeñamos, porque no solo somos abogados, también enseñamos los conocimientos de nuestra profesión.

Durante las jornadas de Derecho Administrativo, dirigidas por él en la Universidad Católica del Táchira, nuestro segundo hogar, se lograba el acoplamiento perfecto de la teoría y la práctica de los distintos temas que integran al Derecho Administrativo como hijo del Derecho Público. Solía mencionar al dar las palabras de bienvenida y clausura de las jornadas, que el Táchira a diferencia de lo que muchos piensan, no es, donde termina Venezuela, por el contrario, es donde comienza, y en este sentido, nuestro estado se ha convertido en la puerta de salida forzosa, sufrida y traumática de muchos de nuestros compatriotas.

** Abogado, Universidad Católica del Táchira (2004). Abogado, Universidad Simón Bolívar, Colombia (2014). Especialista Derecho Administrativo Universidad Católica del Táchira (2010). Docente Universidad Católica del Táchira: áreas relacionadas con Derecho Público. Doctorando en Ciencias de la Educación, Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2019).

denes, de manera forzada expulsados por un régimen que ha impuesto el terror y ha generado una crisis humanitaria gravísima.”¹ Con el paso del tiempo, distintos organismos internacionales y los gobiernos de los Estados receptores, han ideado instrumentos y estrategias para sobrellevar estas situaciones y poder brindar protección especial a los débiles jurídicos.

En el caso específico de Colombia, su gobierno mantiene las diversas visas ya existentes previa solicitud de ciudadanos de cualquier país, y por vía de decretos, produce una serie de permisos adicionales con la finalidad de regularizar la estadía de los migrantes venezolanos en su territorio. A pesar de todos estos esfuerzos, aún existen una gran cantidad de migrantes ilegales, sin ninguna clase de documentación, lo cual no solo los afecta a ellos y al Estado receptor, sino que puede llegar a afectar a los hijos de los migrantes bien sea ya nacidos o por nacer en territorio extranjero.

En el caso de los niños por nacer de estos migrantes, específicamente en Colombia preocupa el tema de la nacionalidad y los derechos que de ella se deriva, puesto que, en la actualidad las relaciones diplomáticas entre ambos países se encuentran rotas. Por lo tanto, los hijos de los migrantes venezolanos, que tendrían la nacionalidad de los padres, no pueden ser presentados ante los representantes de su país de origen, y Colombia, en su ordenamiento jurídico, para otorgar la nacionalidad se toma en cuenta la llamada permanencia (legal) de los padres. En consecuencia, en el caso de ser hijo de migrante con visa o en su defecto permiso especial, no existiría ningún inconveniente.

El obstáculo se presenta para los hijos nacidos de progenitores, que no tienen ningún vínculo, ni documento que acredite esa permanencia en Colombia, y que adicionalmente, sus padres tampoco tienen pensado regresar a Venezuela para tramitar la documentación respectiva. Por lo tanto, esos niños en realidad no tienen vínculos jurídicos con ningún Estado, de manera que carecen de protección. Es por todo lo anteriormente señalado, que el Gobierno de Colombia previa revisión de su ordenamiento jurídico y de consultas con distintos organismos gubernamentales, asume un desafío del Derecho Público de la tercera década del siglo XXI, la protección frente a la apatridia generada en nuevos contextos, como modo de resolver este problema humanitario como se verá en el presente texto.

¹ VILLEGAS MORENO, J. La Protección internacional de nacionales venezolanos en España: la justicia administrativa en desafío a la parálisis de la Administración migratoria. 2019. Decisión de vanguardia. [Documento en Línea]. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/42275/INFORME_OBIMID_Septiembre_2019.pdf?sequence=-1&isAllowed=y [Consulta: 2020, noviembre 29]

I. ORIGEN DE LA SITUACIÓN

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2015)², la migración como fenómeno está creando grandes cambios en la sociedad, puesto que contribuye a la diversificación étnica, cultural y religiosa de las poblaciones en países de todo el mundo, produciendo interrogantes sobre la identidad en la mayoría de las sociedades. Esto puede considerarse como un factor positivo, cuando esa migración es voluntaria, organizada, programada, solo que no en todos los casos se presenta de esa manera, y, en algunas oportunidades, es una de las pocas acciones que pueden intentar personas desesperadas por las condiciones en sus países de origen.

El fenómeno migratorio venezolano de los últimos años se ha convertido en objeto de estudio de innumerables trabajos académicos, científicos, sociales, religiosos. Por múltiples razones, este desplazamiento sin precedentes del pueblo venezolano hacia países vecinos y más lejanos se ha presentado en varias etapas y estratos sociales. Venezuela país receptor de migrantes se convirtió en exportador de su recurso más valioso (su gente), en unas cifras tan altas, que los distintos países elegidos como destino han tenido que implementar múltiples herramientas e instituciones para controlar esa oleada humana y a la vez para poder brindar apoyo a los migrantes.

Al 20 de noviembre del 2020, según la plataforma de coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela³ existen 5.448.441 personas fuera de su país, “esta cifra representa la suma de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo venezolanos reportados por los gobiernos anfitriones” (s/p). Cifra superior a la presentada por el ACNUR⁴ de más de 4.700.000 personas refugiadas y migrantes en todo el mundo al 7 de junio de 2019. En el caso específico de Colombia, según el Director General de Migración Colombia⁵, la cifra de vene-

² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. (2015). Migración, derechos humanos y Gobernanza. Manual para parlamentarios Número 24. [Documento en Línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf [Consulta: 2020, diciembre 4]

³ Plataforma de Coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela. (2020). Refugiados y migrantes de Venezuela. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://r4v.info/es/situations/platform> [Consulta: 2020, noviembre 17]

⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. (s/f). Situación en Venezuela. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html> [Consulta: 2020, diciembre 3]

⁵ Migración Colombia. (2020). Disminución de Venezolanos Radicados en Colombia. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/noticias/durante-la-emergencia-sanitaria-cifra-devenezolanos-radicados-en-colombia-ha>

zolanos asentados en Colombia se redujo, ubicándose 1.722.919 para el mes de agosto del corriente año, esto por el fenómeno de retorno producido como consecuencia de la pandemia Covid-19. Sin embargo, a diciembre se observa nuevamente el flujo migratorio, como emigración de Venezuela, y su reactivación, aunque Migración Colombia no ha actualizado las cifras de manera oficial.

Llama la atención ¿cómo se ha llegado a las mencionadas cifras?, la principal causa del fenómeno migratorio más grande y reciente en la región obedece a consecuencias de erradas políticas sociales, políticas y económicas, tal como señalan organismos como el Banco Mundial y la ACNUR⁶. En este sentido Wu (2020)⁷, presenta un resumen de las fases de este fenómeno: la primera motivada por el llamado “Modelo del Socialismo del Siglo XXI” que presentó la intervención del Estado en la economía, en la seguridad jurídica y ciudadana, generando la migración⁸ de empresarios y profesionales, especialmente personas integradas en las clases sociales medias y altas hacia países europeos y los Estados Unidos.

La segunda fase se ubica, temporalmente hablando, a partir del año 2012, caracterizada por una alta represión política, seguida de escasez de alimentos y medicinas, un empobrecimiento general de la población, junto con la incapacidad de satisfacer sus necesidades básicas, en consecuencia, en esta oportunidad se ampliaron tanto los países de destino como los perfiles migratorios (profesionales universitarios y sus familias). Por último, la tercera etapa a partir del año 2015, denominada “migración de la desesperación” por Páez y Vivas⁹,

disminuido-en-un-1-16-mensualmente-migracion-colombia [Consulta: 2020, Noviembre 17]

⁶ Grupo Banco Mundial (2019). Más allá de las fronteras: Una mirada al éxodo venezolano. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/539171556250072529/pdf/Beyond-Borders-A-Look-at-the-Venezuelan-Exodus.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 3]

⁷ WU, M. La respuesta regional a la migración venezolana. Un análisis comparativo de las medidas excepcionales de recepción entre Colombia, Argentina y Chile (2015-2019). Tesis Universidad de Salamanca. 2020. Master en Estudios Latinoamericanos [Documento en Línea]. <https://gredos.usal.es/handle/10366/144128> [Consulta: 2020, noviembre 24]

⁸ Migración: movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un país. Definición tomada de: Organización Internacional para las Migraciones. (2020). Términos fundamentales sobre migración. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.iom.int/es/términos-fundamentales-sobre-migracion#migracion> [Consulta: 2020, diciembre 3]

⁹ Páez y Vivas, The Venezuelan Diaspora: Another Impending Crisis? Freedom House Report, *Apud.* Wu (2020) *Op. cit.* 2017, p. 23

Adicionalmente, ha de señalarse al respecto como el término de migraciones forzadas hace referencia a movimientos de refugiados, desplazados internos, así como a perso-

siendo una migración forzada¹⁰, respondiendo a factores ajenos a la voluntad del migrante (cualquier ciudadano con o sin preparación profesional y sin recursos económicos) que lo empujan a abandonar su lugar de origen.

En este último caso, la vulnerabilidad es tan alta que existe inclusive la imposibilidad de solicitar y presentar documentos de identidad o de viaje vigentes en el caso de muchos migrantes venezolanos, esto se constituye en un obstáculo para el acceso a prestaciones sociales, es por ello que la Declaración de Quito¹¹. manifestó su preocupación por la falta de documentos mencionados y abogó para atender la situación de personas migrantes y refugiadas venezolanas, siendo suscrita por once Estados y seguida de un plan de acción acordado en noviembre por ocho de ellos: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.

Desde hace muchos años había existido un alto tráfico migratorio libre entre Venezuela y Colombia a través de los puntos fronterizos especialmente en el Estado Táchira, una costumbre ejercida por décadas por las estrechas relaciones y vínculos entre ambas naciones, de manera que esa migración perpendicular era un hábito arraigado en las poblaciones fronterizas, por lo que, para ellos era normal ir y venir de un país a otro, sin mayores controles ni documentos. La denominada frontera más viva de Suramérica, no se detiene a pesar de restricciones, los migrantes encuentran la manera de pasar en búsqueda de mejores oportunidades para su familia.

A este respecto la Organización Mundial de Migración¹², señala que un migrante es: "...toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones." Así pues, no queda duda de que en la frontera colombo-venezolana ha existido una migración perpendicular:

nas que migran por desastres naturales, ambientales, nucleares, químicos, por causas de hambruna o proyectos de desarrollo.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Resolución sobre migración forzada de personas venezolanas. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/048.asp> [Consulta: 2020, noviembre 17]

¹¹ Organización de Naciones Unidas. Asamblea General (2019). Declaración conjunta de la III Reunión Técnica Internacional sobre movilidad humana de ciudadanos venezolanos en la región. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/73/874> [Consulta: 2020, noviembre 17]

¹² Organización Internacional para las Migraciones (2020). Términos fundamentales sobre migración. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.iom.int/es/quienes-un-migrante> [Consulta: 2020, diciembre 4]

...aquella que se da en las zonas de frontera entre los dos países. Se caracteriza por la continua entrada y salida de viajeros a lo largo del día, e incluso registrándose varios movimientos migratorios de una sola persona durante el transcurso de la jornada (*omissis*) Los principales motivos de ingreso al país de ciudadanos venezolanos en la frontera son los siguientes: compra de víveres, visita familiar, turismo en zona de frontera, actividades no remuneradas, trabajadores agrícolas e industriales, así como la compra de medicamentos y la atención médica. (2020. p. 30)¹³

No obstante, esta no es la única clase de migración que ha recibido Colombia de Venezuela, se ha presentado la situación de tránsito hacia terceros países como el caso de Ecuador, Chile, Argentina, entre otros y la migración irregular, en el caso de quienes han ingresado como turistas y han permanecido con otros fines en el vecino país, e inclusive los que ingresan, sin ninguna clase de documentos, ni registro legal de tal situación. Estas últimas han sido las principales razones por las cuales Colombia se ha visto en la necesidad de adoptar medidas especiales para las personas en zona de frontera, como hemos anunciado y se seguirá tratando.

II. PRIMERAS MEDIDAS POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO

En este sentido, a través de Migración Colombia¹⁴ se empiezan a practicar medidas fundamentales con el fin de regularizar la migración venezolana en el territorio: una autorización de tránsito fronterizo, conocida como Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF), los Permisos de Ingreso y Permanencia (PIP) y los Permisos Temporales de Permanencias (PTP)¹⁵. La Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF), cuya finalidad es regular la migración perpendicular, estableciendo límites temporales y espaciales de uso, con una expedición gratuita e inmediata, que permite la circulación terrestre por zonas fronterizas, sin ser una identificación, por lo tanto, debe estar acompañada de documentos oficiales de Venezuela.

¹³ Wu (2020) Op. cit. p.30

¹⁴ Migración Colombia es la entidad que ejerce actividades de vigilancia, control migratorio y extranjería en el país. Es un Departamento Administrativo Especial, adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores. Anteriormente, las funciones de control migratorio eran ejercidas por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Migración Colombia. (2020). Página de inicio. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/index.php> [Consulta: 2020, Noviembre 18]

¹⁵ Resolución número 1220 de 2016, por la cual se establecen los Permisos de Ingreso y Permanencia, Permisos Temporales de Permanencia, y se reglamenta el Tránsito Fronterizo en el territorio nacional. Resolución número 1220 de 2016. (2016, Enero 24), [Transcripción en línea]. Disponible: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_uaemc_1220_2016.htm [Consulta: 2020, diciembre 5].

A continuación, el Permiso Especial de Permanencia (PEP)¹⁶, creado por Resolución 5797 del 25 de julio del 2017, permite establecer algunas pautas a la migración irregular, puesto que uno de los requisitos es el ingreso legal con pasaporte, no se acepta como documento de viaje, permite trabajar, acceder a servicios de salud, apertura de cuentas y permanecer por noventa días continuos prorrogables hasta por dos años, tiempo en el que se debía tramitar una visa. Sin embargo, en la actualidad sí se permite la renovación por periodos de tiempo adicional, tal como se desprende de la Resolución 2634 del 28 de mayo 2019¹⁷ y se han seguido otorgando distintas modalidades y denominaciones de estos permisos especiales de permanencia.

En efecto, este mismo instrumento cuenta con una segunda edición, establecida a partir de la Resolución 0740 del 5 febrero del 2018¹⁸ con requisitos, condiciones y beneficios similares. Consecutivamente, se realizó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en Colombia (RAMV¹⁹), cuyo objetivo era expandir la información acerca de los migrantes y, en consecuencia, poder plantear políticas de cuidado humanitario. Este no otorgaba permanencia, ni regularización, tampoco reemplazaría los documentos de identificación y su público eran los venezolanos que estuviesen en Colombia sin ningún tipo de registro en ese país. Finalmente, se realizó una emisión de PEP- RAMV, según

¹⁶ Resolución número 5797 de 2017. (2017, julio 25), [Transcripción en línea]. Disponible: <https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202017/resolucion%205797-PEP%20venezolanos.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 5].

¹⁷ Resolución número 2634 de 2019. (2019, mayo 29), [Transcripción en línea]. Disponible: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_2634_2019.htm [Consulta: 2020, diciembre 5].

¹⁸ Resolución número 0740 de 2018. (2018, febrero 5), [Transcripción en línea]. Disponible: <https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202018/RESOLUCION%200740%20DE%202018%20PEP.pdf> [Consulta: 2020 diciembre 5].

¹⁹ El Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos -RAMV- en Colombia es un proceso que buscó ampliar la información sobre la migración de venezolanos en el país. La información recaudada sirvió como soporte para la formulación y elaboración de la política integral de atención humanitaria con el fin de que la oferta de servicios se haga con la información más acertada, según el decreto 542 del 21 de marzo de 2018.

Decreto número 542 de 2018. (2018, marzo 21), [Transcripción en línea]. Disponible: <http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/RAMV/Documentos%20compartidos/DECRETO%20542%20DEL%2021%20MARZO%20DE%202018.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 5].

Resolución 2033 del 2 de agosto del 2018²⁰ con las mismas condiciones de los PEP anteriores, todos con renovaciones e informaciones actualizadas en el portal web de Migración Colombia.²¹

De igual modo, se han expedido Permisos Especiales Complementarios de Permanencia (PECP), otros permisos expedidos a los funcionarios policiales y de las fuerzas armadas de Venezuela que se encuentran en Colombia, así como los Permisos Especiales de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF)²². Todos estos instrumentos, funcionan como mecanismos reguladores, que pretenden proteger a los migrantes más desvalidos, puesto que al contrario de las distintas clases de visas (negocios, temporal y residente) no generan costo alguno, ni está presente en su otorgamiento la discrecionalidad, aclarando que esa permanencia legal dentro del territorio no será imputable a ningún cómputo para trámites de residencia, ni de nacionalidad.

III. DE LA NACIONALIDAD: GENERALIDADES Y NORMATIVA LEGAL APLICABLE

Hay que comenzar recordando que la nacionalidad, consiste en un atributo personal derivado de la realización de un supuesto jurídico, y los efectos que puede generar, entre ellos: el reconocimiento de derechos, deberes y protección especial por parte del Estado con el que se tiene un vínculo. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³, la nacionalidad es "... el vínculo jurídico que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática." (s/p). Al mismo tiempo, el ACNUR²⁴ la define como:

...el derecho humano fundamental que establece el vínculo jurídico esencial entre el individuo y el Estado, en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que un Estado constituye según el Derecho Interno y el

²⁰ Resolución número 2033 de 2018. (2018, agosto 2), [Transcripción en línea]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b648c4e4.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 4].

²¹ Migración Colombia. (2020). Sección del PEP. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep> [Consulta: 2020, Noviembre 18]

²² Estoy en la frontera. (2019). Oficializan el PEPFF. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://estoyenlafrontera.com/regularizacion-migratoria/oficializan-el-pepff-permisos-para-migrantes-irregulares-en-colombia> [Consulta: 2020, Noviembre 18]

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros c/Perú. Sentencia 1/5/1999. [Documento en Línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/seriec/seriec_52_esp.doc [Consulta: 2020, Noviembre 19]

²⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. (1998). Nacionalidad y apatridia. Rol del ACNUR. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/0173.pdf?view=1> [Consulta: 2020, noviembre 19]

Derecho Internacional. La Nacionalidad constituye un elemento fundamental para la seguridad del Individuo, ya que, además de conferir a la persona un cierto sentido de pertenencia e identidad, le otorga el derecho a disfrutar de la protección del Estado y le aporta un fundamento legal para el ejercicio de diversos derechos civiles y políticos. (1998, s/p)

Mientras que Ferrer Rojas (2009)²⁵, señala que la nacionalidad le confiere al individuo un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer su vinculación con un Estado determinado, por lo tanto, la nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico-político que liga a una persona con un Estado. En ese mismo sentido opina Brewer-Carías²⁶ (2005), para quien el régimen de la nacionalidad es de total importancia para el Estado y su soberanía, puesto que origina el vínculo político de las personas con el Estado.

Dentro de ese marco de ideas y entendiendo que el Derecho Público se encarga de regular las relaciones entre el Estado y los elementos que lo conforman, así como de establecer y controlar los vínculos de este con otras personas jurídicas similares a él, hay que examinar a partir del Derecho Constitucional, todo lo concerniente con los derechos y deberes de los particulares, que posteriormente han de ampliarse por medio de la legislación nacional dentro de sus diversas jerarquías. Es el hecho, que, en Colombia, la nacionalidad no se otorga por el hecho del nacimiento en su territorio como en el caso de Venezuela, sino por la vinculación de los padres con dicho Estado, lo que ha generado múltiples dificultades a los hijos de estos migrantes venezolanos ilegales, que han nacido en tierras colombianas.

La situación que se viene describiendo, no debería ser ningún desafío, puesto que por normas del Derecho Internacional tanto público como privado, cada Estado tiene sus representaciones dentro de otros y se establecen relaciones acerca de los actos del estado civil de las personas. El problema se genera para estos niños, por varias causas: primero: en la vida real no existen relaciones diplomáticas entre los dos Estados; segundo, la falta de intención de los padres de cruzar la frontera de regreso a Venezuela para presentarlos en su país y, finalmente, en la actualidad el cierre total de las fronteras entre los dos países por la actual pandemia Covid-19, sin dejar de mencionar los cierres parciales que han sufrido las fronteras de Venezuela y Colombia desde el 19 de agosto del año 2015.

²⁵ FERRER, L. La doble nacionalidad en el ordenamiento constitucional venezolano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* [Revista en línea], 2009, (5). Disponible: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/5-2009/5-6.pd> [Consulta: 2020, noviembre 19]

²⁶ BREWER CARIAS, A.R. Régimen legal de nacionalidad, ciudadanía y extranjería. 2005. [Libro en línea]. Disponible: [http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/content/ii.1.108%20reg.legal%20de%20la%20nac.ciud.%20y%20ext.%20\(2005\).pdf](http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/content/ii.1.108%20reg.legal%20de%20la%20nac.ciud.%20y%20ext.%20(2005).pdf) [Consulta: 2020, noviembre 20]

En consecuencia, todos estos sucesos crean el peligro de apátrida, sujeto no calificado como nacional de ningún Estado, conforme a su legislación. No es solamente un problema legal sino más bien humano, puesto que impactará negativamente aspectos fundamentales de la persona. En este caso concreto, estos niños, no son reconocidos ni protegidos por ningún Estado violando de esta manera derechos tan elementales como la salud, educación, identidad, nacionalidad, desplazamiento, libre desenvolvimiento de su personalidad, entre otros. Ellos en principio son venezolanos por nacimiento, pero no existen para su país de origen, y en Colombia (donde nacieron) se les otorgaba únicamente documento probatorio del hecho de su nacimiento.

Desde la perspectiva más general y por principios del Derecho Público, se entiende que la nacionalidad es un Derecho Humano fundamental²⁷, inherente a la persona humana y que debe ser garantizado por los Estados. Sin duda, puede definirse como el vínculo jurídico que une a la persona con el Estado, le permite a la persona pertenecer a un grupo y ejercer sus derechos conforme a las normas jurídicas del mismo. Así la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)²⁸ establece los criterios atributivos de la nacionalidad: Sección Primera: De la Nacionalidad.

Artículo 32. Son venezolanos y venezolanas por nacimiento:

1. Toda persona nacida en el territorio de la República.
2. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento.
3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.
4. Toda persona nacida en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad, establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

Dicho de otro modo, la norma anteriormente transcrita, indica que los niños hijos de migrantes venezolanos en territorio colombiano, son venezolanos por nacimiento, y según sus tres últimos numerales se muestra el modo de pro-

²⁷ Organización de Naciones Unidas. Asamblea General (s/f). Declaración Universal de los Derechos Humanos. [Documento en Línea]. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf [Consulta: 2020, noviembre 20]

²⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con enmienda número 01 (2009, febrero 15). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5908 (Extraordinario) febrero 19 de 2009.

ceder para cada caso concreto, para que el niño sea presentado ante una autoridad de la República con la finalidad de su inscripción en el Registro Civil de Nacimiento, cuando sea posible, pero: ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿dónde? Seguidamente, ha de afirmarse, que esos niños no tienen legalmente obstáculos, solo hechos para acceder a la nacionalidad venezolana, puesto que, en el caso del derecho venezolano, la nacionalidad originaria se transmite por los conocidos principios de *ius solis* y de *ius sanguinis*, aunque la doctrina distingue otros como el *ius domicili* (derecho de domicilio) y el *ius optandi* (optar a una nacionalidad distinta de la que se ostenta).

Seguidamente, ha de observarse, como el vínculo que permite adquirir la nacionalidad en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, es diferente, tal y como se desprende de la Constitución Política (1991)²⁹:

CAPITULO 1 DE LA NACIONALIDAD DE LOS HABITANTES Y DEL TERRITORIO

Artículo 96. Son nacionales colombianos.

1. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

(*omissis*)

2. Por adopción:

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron,...

Vista la transcripción anterior de la norma plasmada en la Constitución Política, no queda duda de su claridad, señala como la nacionalidad colombiana por nacimiento estará reservadas a los hijos de sus naturales o, a quienes, siendo hijos de extranjeros, cuenten con domicilio en la República, hecho que no ocurre, por lo menos de manera legal, con los niños cuya situación se ha venido

²⁹ Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991 (Colombia) Disponible: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas> [Consulta: 2020, noviembre 20]

comentando hasta ahora. En este punto, es necesario verificar entonces, qué entiende el Derecho colombiano por domicilio en su Código Civil³⁰.

CAPITULO II.
DEL DOMICILIO EN CUANTO DEPENDE DE LA RESIDENCIA Y
DEL ANIMO DE PERMANECER EN ELLA

ARTICULO 76. El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella

ARTICULO 79. No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante.

ARTICULO 80. Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análoga.

En lo esencial las normas del Código Civil colombiano, entienden por domicilio la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en ese territorio, hecho que en el caso de los migrantes pareciera verse sin mayor dificultad, no existe interés en regresar a su país de origen, puesto que ahora en Colombia cuentan con una serie de situaciones más beneficiosas que las que tenían en Venezuela. De igual manera, las presunciones anteriormente transcritas se encuadran así mismo en los hechos actuales. Ahora bien, hay que revisar la Ley 43 del 1 de febrero de 1993³¹ donde se establecen en principio las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana.

CAPÍTULO I
De la nacionalidad colombiana

Artículo 1º.- Son nacionales colombianos de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución Política:

1. Por nacimiento:

³⁰ Ley 57 de 1887 (1887, abril 15). Disponible: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535> [Consulta: 2020, noviembre 22]

³¹ Ley 43 de 1993 (1993, febrero 1). Diario Oficial de la República de Colombia, 40.735, febrero 1, 1993. Disponible: https://www.redjurista.com/Documents/ley_43_de_1993_congreso_de_la_republica.aspx#/ [Consulta: 2020, noviembre 20]

Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones; que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento;

Los hijos de padre o madre colombianos, que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaran en la República.

(omissis)

CAPÍTULO II

De la nacionalidad colombiana por nacimiento

Artículo 2º.- De los requisitos para la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento. Son naturales de Colombia los nacidos dentro de los límites del territorio nacional tal como quedó señalado en el artículo 101 de la Constitución Política, o en aquellos lugares del exterior asimilados al territorio nacional según lo dispuesto en tratados internacionales o la costumbre internacional.

(omissis)

Por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil.

En esta perspectiva, las normas reproducidas confirman la necesidad de permanencia a los fines del domicilio, cuando se trate de temas de nacionalidad. Entonces todo pareciera estar claro, si el niño hijo de migrante venezolano nace en suelo colombiano, podrá ser venezolano por nacimiento, si es presentado ante la autoridad respectiva de su país, o podrá ser colombiano por nacimiento cuando alguno de sus progenitores tenga domicilio en Colombia, o según las normas de permanencia, tal como otorgan algunos de los permisos especiales otorgados por Colombia y desarrollado anteriormente.

Ahora bien, como ya se ha mencionado, el problema surge para los niños hijos de padres venezolanos, nacidos en territorio colombiano, cuyos progenitores no tienen ninguna documentación que acredite permanencia, ni vínculo alguno con el Estado colombiano, y que, por las condiciones fácticas señaladas al principio de este escrito, tampoco pueden presentarse ante las autoridades del país de origen de sus ascendientes.

IV. NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS CON EL TEMA Y EL CONFLICTO PARA COLOMBIA

El desafío del Derecho Público de la tercera década del siglo XXI, se le presenta en ese momento al Estado colombiano, en el cumplir con el bloque de la constitucionalidad, sin violentar su ordenamiento jurídico, ni cercenar derecho alguno, para brindar protección a esos niños que corren un riesgo inminente de apatridia, que son invisibles. Ellos legalmente no existen ni en Venezuela

ni en Colombia, entonces, surge para ellos un limbo jurídico que los afectara en toda su esfera individual y los coloca al margen de poder ejercer derechos fundamentales y satisfacer sus necesidades.

En Colombia independientemente del lugar (público o privado) en donde se produzca el nacimiento del niño, la autoridad respectiva, entrega en el centros de salud la denominada Constancia de Nacido Vivo, documento que es indispensable para el trámite del Registro Civil de Nacimiento y que lleva los datos del hecho acontecido y de los progenitores, quienes con ella deben acudir ante la autoridad respectiva para efectuar el trámite de presentación del recién nacido y poder obtener el registro civil de nacimiento.

Pero cuando los padres, desconociendo las normas jurídicas de nacionalidad colombiana, acudían a las oficinas de Registro Civil a inscribir a sus hijos, la sorpresa para ellos era que el documento otorgado solo dejaba constancia del lugar y fecha de nacimiento y del parentesco, añadiendo la coletilla que solo certificaba el natalicio y que no era válida para ningún trámite de nacionalidad. Esos niños, eran víctimas, sin saberlo, de dos Estados, que se encuentran comprometidos a protegerlos de conformidad con la Convención Americana de los Derechos Humanos³².

Artículo 19. Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. (1969, s/p)

Por supuesto que este fenómeno, pasa por encima de las normas protectoras en materia de los niños sobre nacionalidad e identidad, establecidas en la Convención sobre los Derechos del niño³³.

Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad (*omissis*)

³² Organización de Naciones Unidas. Asamblea General (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/73/874> [Consulta: 2020, noviembre 20]

³³ Organización de Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>[Consulta: 2020, noviembre 21]

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. (1989, s/p)

Y finalmente, de hecho, se violarían los preceptos protectores en el caso de los niños hijos de padres venezolanos nacidos en Colombia establecidos en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961)³⁴

Artículo 1.

1. Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida. Esta nacionalidad se concederá:

(a) de pleno derecho en el momento del nacimiento, o

(b) mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, la solicitud no podrá ser rechazada.

Todo Estado contratante cuya legislación prevea la concesión de su nacionalidad mediante solicitud, según el apartado (b) del presente párrafo, podrá asimismo conceder su nacionalidad de pleno derecho a la edad y en las condiciones que prescriba su legislación nacional.

Todas estas normas obligan a los Estados que las han ratificado, a velar por su cumplimiento, a desarrollarlas plenamente en sus territorios y a garantizar sus ejercicios, de allí el compromiso para Colombia, ¿cómo proteger a los niños nacidos en su territorio hijos de migrantes venezolanos sin estatus legal y de qué manera salvaguardarlos al otorgarles la nacionalidad? cuando pareciera que la norma fundamental de dicho país no lo permitía.

³⁴ Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (1961). Convención para reducir los casos de apatridia. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b43d0e44.pd> [Consulta: 2020, noviembre 21]

V. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En un principio, al verificar el texto de la Constitución Política, pareciera que la norma es clara, tajante, al momento de señalar bajo qué condiciones se puede optar a la nacionalidad colombiana, bien sea por nacimiento o por adopción. Colombia es uno de los países latinoamericanos que no aplica en su ordenamiento jurídico el principio del *ius soli* (derecho del suelo), por lo tanto, no otorga nacionalidad por el simple hecho del nacimiento. De manera que, visto solo desde esa perspectiva, el otorgamiento de nacionalidad a través de circunstancias distintas a las allí descritas sería una violación a la norma de normas, y evidentemente, cualquier acto que choque, colida, viole o la trasgreda será totalmente nulo.

Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (1991)³⁵

Conviene destacar que la ciencia del Derecho como un todo, se conforma por todas las ramas, materias, principios y normas de todos los rangos y orígenes, según esto, cada Estado tendrá las potestades de organización, jerarquía entre otras, que considere pertinentes para su funcionamiento, dando paso a los llamados bloques de legalidad y de constitucionalidad. Entendiendo por estos últimos según Sueli (2016)³⁶ “un parámetro de control que incorpora los tratados de derechos humanos y que no puede suspenderse en estados de excepción” (p. 306).

Añade la precitada autora como los parámetros del control de constitucionalidad, determinan cuales son tratados y nuevos derechos que amplían la interpretación constitucional. En este sentido, el bloque de constitucionalidad será garantía de los derechos humanos en la legislación interna y su coherencia con las normas internacionales, especialmente, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Su aplicación viene de la sentencia C-225-95³⁷

³⁵ Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991 (Colombia) Disponible: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 21]

³⁶ SUELT-COCK, V. El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia. 2016. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi> [Consulta: 2020, noviembre 21]

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-225-95, 18 de mayo de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero, [Documento en Línea]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> [Consulta: 2020, noviembre 21]

resolutoria de un problema de interpretación entre el principio de supremacía constitucional, contemplado en el artículo 4 de la Constitución, y el de prevalencia de ciertos tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93).

El bloque definido en la sentencia C-225-95 está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución³⁸.

Conviene destacar, algunos instrumentos que forman parte del bloque: los tratados de límites; los artículos de los tratados de derechos humanos, los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, y algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, todos ellos suscritos y ratificados por Colombia, y a muchos de ellos hasta ahora se ha hecho mención. Siendo necesario, añadir la sentencia T-078-10³⁹, donde en relación con los derechos de los niños, la Corte menciona los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad tal y como se puede constatar en la mencionada sentencia.

VI. DE LA SOLUCIÓN A LA SITUACIÓN PLANTEADA

Aclarado el tema del bloque de la constitucionalidad, se entiende como el Estado Colombiano, para darle cumplimiento, ha decretado por ley, el otorgamiento de la nacionalidad colombiana por Nacimiento a los hijos de, por lo menos, un progenitor que demuestre ser venezolano y que hayan nacido en su territorio, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones tal y como se señalará más adelante. Para de esta manera, garantizarles protección a esos débiles jurídicos y asegurarle el derecho a la nacionalidad y todos los demás que de ella se pueden derivar, puesto que la permanencia de alguno de sus padres en Colombia no se ajusta a las posibilidades legalmente establecidas hasta ese momento.

En esta perspectiva, todas estas normas que se estaban dejando sin efecto, por parte del Estado Colombiano, y que perjudicaban a los débiles jurídicos en comento, forman parte del bloque de la constitucionalidad y evidencian situaciones graves, así como sancionables, al concatenarse a su vez con el artículo 44 de la Constitución Política (1991) que señala:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor,

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-078-10, 11 de febrero de 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas-Silva. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-078-10.htm>. [Consulta: 2020, noviembre 21]

la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la *sociedad* y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Como consecuencia de todas las normas señaladas, de la necesidad de solucionar las situaciones fácticas que se estaban presentando y sobre todo con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales para estos débiles jurídicos, Colombia a través de sus poderes públicos, comenzó a trabajar sobre el tema y de esta manera el Congreso de la República aprobó un proyecto de ley para nacionalizar a los hijos de padres venezolanos nacidos en Colombia. Mientras que Migración Colombia dictó resolución al respecto⁴⁰, con el objeto de incluir la nota válida, para demostrar nacionalidad en los Registros Civiles de Nacimiento de niños nacidos en Colombia desde el 19 de agosto de 2015, hijos de padres venezolanos que ya han sido registrados.

Siendo, así las cosas, resulta claro que, la mencionada resolución tenía por finalidad resolver la situación de la nota que anteriormente, se le había colocado a los Registros Civiles de nacimiento donde se señalaba que no eran válidos para acreditar nacionalidad, realizando los ajustes necesarios en los documentos y bases de datos ya emitidos, otorgando por una vez una copia gratuita del mencionado documento. En paralelo se discutía y aprobaba un proyecto de ley al respecto.

El mencionado proyecto fue promulgado por el Presidente de la República Iván Duque, Ley 1997, del 16 de septiembre de 2019⁴¹, y en virtud de ella considera colombianos a todos los menores que hayan nacido en el país desde el 1 de enero de 2015 hasta el 16 de septiembre de 2021, como parte de las medidas para garantizar los derechos de los niños, especialmente, que no sigan corriendo el riesgo de apatridia y que no se vean vulnerados, ni desprotegidos en los próximos años. En principio es una medida urgente, temporal y excepcional, no

⁴⁰ Resolución número 8470 de 2019. (2019, agosto 5), [Transcripción en línea]. Disponible: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b648c4e4.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 21].

⁴¹ Ley 1997 de 2019 (2019, septiembre 16. septiembre 16, 2019. Disponible: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201997%20de%202019.pdf [Consulta: 2020, noviembre 22]

obstante, el Presidente Duque⁴² indicó: que podría extenderse de continuar la situación actual en Venezuela, por los múltiples obstáculos para que los menores obtengan la nacionalidad venezolana, recalcando en todo lo dicho hasta ahora que la medida se encuentra apegada plenamente a la normativa colombiana.

Debe señalarse de manera específica, que se le da un carácter temporal y adiciona un párrafo a la ley reguladora del tema de la nacionalidad en los siguientes términos:

Parágrafo. Excepcionalmente se presumirá la residencia y ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas en situación migratoria *regular* o irregular, o solicitantes de refugio, cuyos hijos e hijas hayan nacido en territorio colombiano desde el 1 de enero de 2015 y hasta 2 años después de la promulgación de esta ley. (s/p)

VII. PROCESO DE EXPEDICIÓN DE DOCUMENTOS

En atención a la problemática expuesta, se determina un proceso gratuito, en dos etapas, según lo explicó la Registraduría Nacional del Estado Civil⁴³. La primera inició el 20 de agosto de 2019, los niños nacidos en Colombia y sin registro civil, hijos de padres venezolanos (por lo menos uno que demuestre serlo), debían acudir a la sede de la Registraduría o Notaría más cercana para realizar el respectivo trámite de registro, esta normativa será aplicada hasta dos años después de entrada en vigencia de la ley. Los requisitos para que un menor hijo de ciudadanos venezolanos pueda adquirir la nacionalidad son los siguientes: Haber nacido en Colombia y dentro de las fechas establecidas, ser hijo de, por lo menos, un venezolano.

Por su parte, el segundo ciclo está encaminado para resolver la situación de los documentos que corresponden a niños que nacieron en Colombia, hijos de padres venezolanos y que ya cuentan con un registro civil de nacimiento colombiano que incluye en la parte inferior una anotación que dice: no válido para demostrar nacionalidad. En este sentido, el organismo respectivo, de oficio, sin necesidad de actuación por parte de los progenitores, hará las correcciones necesarias en el documento, con la finalidad que indique su validez para demostrar nacionalidad, en sustitución del documento anterior que no lo permitía.

⁴² Presidencia de la República. (2019). Colombia nacionalidad. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2019/190805-Estado-colombiano-nacionalidad-ninos-nacidos-Colombia-hijos-migrantes-venezolanos-protger-sus-derechos.aspx> [Consulta: 2020, Noviembre 22]

⁴³ Registraduría Nacional del Estado Civil. (s/f). Colombia nacionalidad. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d49bbb54.pdf> [Consulta: 2020, Noviembre 22]

En efecto, todas las actividades señaladas, enmarcadas en la medida: Primero la Niñez⁴⁴, y las normas descritas, son parte de la respuesta de Colombia al desafío en comento dentro de las normas de la Constitución Política y los tratados internacionales garantes de los derechos. Igualmente, de esta manera, mantiene su liderazgo en la atención de la crisis de Venezuela y avanza en la prevención de la apatridia, en especial referida a los niños, confirmando su intención de alinear sus acciones al objetivo global de erradicar esa situación en el mundo.

De allí pues, que con la inscripción en el Registro Civil y la consiguiente concesión de la nacionalidad esos sujetos, serán reconocidos como miembros del Estado colombiano y, por lo tanto, tendrán una serie de derechos y obligaciones. Así como acceso a los diferentes servicios necesarios para desarrollarse y construir su vida y su porvenir, como la educación y la sanidad. Con esto también le garantiza el derecho a la identidad, beneficiándose de la protección legal, siendo amparados por el Estado, quien con ello les protege contra las diferentes muestras de maltrato y explotación.

Evidentemente, son muchos los desafíos que origina la migración venezolana a Colombia, de igual manera, cantidad de situaciones que se encuentran por regular, existen numerosas personas se mantienen aún en un limbo jurídico, incluyendo menores de edad, que se encuentran en la misma situación que los niños protegidos, pero que su fecha de nacimiento es previa a la de las normas generadas recientemente y aquí comentadas, o el caso de niños pertenecientes a familias territorialmente separadas. A pesar de todo lo faltante, es importante agradecer a Colombia todos los esfuerzos humanos y económicos realizados para ayudar a los migrantes venezolanos.

VIII. CONCLUSIÓN

Todos los hechos, normas y explicaciones señaladas anteriormente, buscan dar una solución jurídica a un hecho producido por sujetos externos al Estado donde se presenta y se resuelve. Sin duda, las acciones de Colombia en materia de ayuda humanitaria, protección de los migrantes venezolanos, la han colocado en el primer país colaborador del pueblo venezolano, teniendo por ello reconocimiento a nivel mundial por dicha labor.

El problema comentado y estudiado se encuentra resuelto, de momento, y, aunque algunos pudieran pensar que legalmente, no existe el riesgo de apatridia para tales niños, la realidad cambiante demuestra otra situación. El problema de los niños no se agota, ¿qué pasará con los que nacieron en circunstancias similares, pero en fechas anteriores o posteriores?, ¿qué pasará con aquellos, que

⁴⁴ Migración Colombia. (s/f). Primero la niñez. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/primerolaninez/documentos/abce-medios.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 22]

habiendo nacido en territorio venezolano sus padres no los presentaron oportunamente y se los llevaron a Colombia?, ¿Cómo garantizar que, esos niños ahora colombianos, no sean separados de sus familias?

Esas y muchas otras interrogantes se van a seguir planteando en los próximos tiempos, y sin duda alguna, el Derecho, como ciencia que se adecua a la realidad de la sociedad, poco a poco, irá estudiando todos esos fenómenos con la finalidad de darles las soluciones más adecuadas a los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (1961). Convención para reducir los casos de apatridia. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b43d0e44.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 21]

BREWER CARIAS, A.R, (2005). Régimen legal de nacionalidad, ciudadanía y extranjería. [Libro en línea]. Disponible: [http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/content/ii.1.108%20reg.legal%20de%20la%20nac.ciud.%20y%20ext.%20\(2005\).pdf](http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/content/ii.1.108%20reg.legal%20de%20la%20nac.ciud.%20y%20ext.%20(2005).pdf) [Consulta: 2020, noviembre 20]

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Resolución sobre migración forzada de personas venezolanas. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/048.asp> [Consulta: 2020, noviembre 17]

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con enmienda número 01 (2009, febrero 15). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5908 (Extraordinario) febrero 19 de 2009.

Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991 (Colombia) Disponible: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 21]

Corte Constitucional, Sentencia C-225-95, 18 de mayo de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero, [Documento en Línea]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> [Consulta: 2020, noviembre 21]

Corte Constitucional, Sentencia T-078-10, 11 de febrero de 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas-Silva. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-078-10.htm>. [Consulta: 2020, noviembre 21]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros c/Perú. Sentencia 1/5/1999. [Documento en Línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/seriec/seriec_52_esp.doc [Consulta: 2020, Noviembre 19]

Decreto número 542 de 2018. (2018, marzo 21), [Transcripción en línea]. Disponible: <http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/RAMV/Documentos%20compartidos/DECRETO%20542%20DEL%2021%20MARZO%20DE%202018.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 5].

Estoy en la frontera. Oficializan el PEPFF. 2019. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://estoyenlafrontera.com/regularizacion-migratoria/oficializan-el-pepff-permiso-para-migrantes-irregulares-en-colombia> [Consulta: 2020, Noviembre 18]

FERRER, L. “La doble nacionalidad en el ordenamiento constitucional venezolano”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* [Revista en línea], 2009. (5). Disponible: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/5-2009/5-6.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 19]

Grupo Banco Mundial. Más allá de las fronteras: Una mirada al éxodo venezolano. 2019. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/539171556250072529/pdf/Beyond-Borders-A-Look-at-the-Venezuelan-Exodus.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 3]

Ley 57 de 1887 (1887, abril 15). Disponible: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535> [Consulta: 2020, noviembre 22]

Ley 43 de 1993 (1993, Febrero 1). Diario Oficial de la República de Colombia, 40.735, Febrero 1, 1993. Disponible: https://www.redjurista.com/Documents/ley_43_de_1993_congreso_de_la_republica.aspx#/[Consulta: 2020, noviembre 20]

Ley 1997 de 2019 (2019, septiembre 16. septiembre 16, 2019. Disponible: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201997%20de%202019.pdf [Consulta: 2020, noviembre 22]

Migración Colombia. (s/f). Primero la niñez. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/primerolaninez/documentos/abce-medios.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 22]

Migración Colombia. (2020). Disminución de Venezolanos Radicados en Colombia. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/noticias/durante-la-emergencia-sanitaria-cifra-devenezolanos-radicados-en-colombia-ha-disminuido-en-un-1-16-mensualmente-migracion-colombia> [Consulta: 2020, Noviembre 17]

Migración Colombia. (2020). Página de inicio. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/index.php> [Consulta: 2020, Noviembre 18]

Migración Colombia. (2020). Sección del PEP. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep> [Consulta: 2020, Noviembre 18]

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. (s/f). Situación en Venezuela. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html> [Consulta: 2020, diciembre 3]

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. (1998). Nacionalidad y apatridia. Rol del ACNUR. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/0173.pdf?view=1> [Consulta: 2020, noviembre 19]

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. (2015). Migración, derechos humanos y Gobernanza. Manual para parlamentarios Número 24. [Documento en Línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf [Consulta: 2020, diciembre 4]

Organización Internacional para las Migraciones (2020). Términos fundamentales sobre migración. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion#migracion> [Consulta: 2020, diciembre 3]

Organización Internacional para las Migraciones (2020). Términos fundamentales sobre migración. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante> [Consulta: 2020, diciembre 4]

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General (s/f). Declaración Universal de los Derechos Humanos. [Documento en Línea]. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf [Consulta: 2020, noviembre 20]

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/73/874> [Consulta: 2020, noviembre 20]

Organización de Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> [Consulta: 2020, noviembre 21]

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General (2019). Declaración conjunta de la III Reunión Técnica Internacional sobre movilidad humana de ciudadanos venezolanos en la región. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/73/874> [Consulta: 2020, noviembre 17]

Plataforma de Coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela. (2020). Refugiados y migrantes de Venezuela. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://r4v.info/es/situations/platform> [Consulta: 2020, noviembre 17]

Presidencia de la República. (2019). Colombia nacionalidad. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2019/190805-Estado-colombiano-nacionalidad-ninos-nacidos-Colombia-hijos-migrantes-venezolanos-protoger-sus-derechos.aspx> [Consulta: 2020, Noviembre 22]

Registraduría Nacional del Estado Civil. (s/f). Colombia nacionalidad. [Página web en Línea]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d49bbb54.pdf> [Consulta: 2020, Noviembre 22]

Resolución número 1220 de 2016. (2016, Enero 24), [Transcripción en línea]. Disponible: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_uaemc_1220_2016.htm [Consulta: 2020, diciembre 5].

Resolución número 5797 de 2017. (2017, julio 25), [Transcripción en línea]. Disponible: <https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202017/resolucion%205797-PEP%20venezolanos.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 5].

Resolución número 0740 de 2018. (2018, febrero 5), [Transcripción en línea]. Disponible: <https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202018/RESOLUCION%200740%20DE%202018%20PEP.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 5].

Resolución número 2033 de 2018. (2018, agosto 2), [Transcripción en línea]. Disponible: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b648c4e4.pdf> [Consulta: 2020, diciembre 4].

Resolución número 2634 de 2019. (2019, mayo 29), [Transcripción en línea]. Disponible: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_2634_2019.htm [Consulta: 2020, diciembre 5].

Resolución número 8470 de 2019. (2019, agosto 5), [Transcripción en línea]. Disponible: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b648c4e4.pdf> [Consulta: 2020, noviembre 21].

SUÉLT-COCK, V. El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia. 2016. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi> [Consulta: 2020, noviembre 21]

VILLEGAS MORENO, J. La Protección internacional de nacionales venezolanos en España: la justicia administrativa en desafío a la parálisis de la Administración migratoria. Decisión de vanguardia. 2019. [Documento en Línea]. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/42275/INFORME_OBIMID_Septiembre_2019.pdf?sequence=-1&isAllowed=y [Consulta: 2020, noviembre 29]

WU, M. “La respuesta regional a la migración venezolana. Un análisis comparativo de las medidas excepcionales de recepción entre Colombia, Argentina y Chile (2015-2019)”. Tesis Universidad de Salamanca. Master en Estudios Latinoamericanos [Documento en Línea]. <https://gedos.usal.es/handle/10366/144128> [Consulta: 2020, noviembre 24]

TUTELA DEL DERECHO HUMANO AL PAISAJE

Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO*

Profesor en la Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

Ante todo, conviene destacar que nos encontramos en la honrosa situación de rendir homenaje a un jurista de aguda reflexión y a una persona de valores nobles, como lo es el profesor José Luis Villegas Moreno. Lo primero lo afirmo por haber tenido ocasión de leer parte de su obra y asistir a varias de sus conferencias en temas de derecho administrativo, de derecho urbanístico, de derecho municipal y, sobre todo, que fue lo que nos acercó intelectualmente, de derecho ambiental. Y lo segundo, por cuanto en nuestro devenir común de algunas décadas, aunque geográficamente lejanos, pudimos coincidir, colaborar, compartir y tener oportunidad de observar su carácter afable, humilde y generoso. Merecido tributo a un amigo.

Y es precisamente por haber sido lo jurídico ambiental lo que nos puso en contacto en la vida académica, por lo que hemos optado por elegir un aspecto cercano e íntimamente relacionado, como lo es el paisaje. Como el ambiente, el paisaje no es únicamente naturaleza, es también cultura. Y no lo decimos solo por el hecho de que dentro de la noción de ambiente se suela hablar de ambiente natural o prístino, de ambiente rural y de ambiente urbano, entrando el componente humano en los dos últimos y con él la cultura, y la evidencia de que al igual el paisaje lo hay natural, rural y urbano, sino porque ambas nociones, ambiente y paisaje, se construyen, se sienten y se perciben desde los postulados hasta inconscientes de las diversas identidades culturales, dando así paso a lo que hoy se denomina patrimonio natural y patrimonio cultural, y muy en concreto paisajes patrimoniales y paisajes bioculturales, y un sinfín de instituciones tratadas por separado desde hace mucho, tales como hábitats, nichos ecológi-

* Abogado “Magna cum Laude” y especialista en derecho administrativo, Universidad Central de Venezuela; especialista en derecho ambiental y de la ordenación del territorio y en derecho público, Universidad de Estrasburgo (Francia); y especialista en justicia constitucional y en derechos humanos y garantías, Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor de derechos humanos, Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. albertoblancouribe@gmail.com / @AlbertoBUQ

cos, ecosistemas, geografía, territorio, espacios, monumentos naturales, áreas protegidas, cascos históricos, comunidades, ciudades y un largo etcétera.

Dentro de la perspectiva que hemos asumido, que es la de los derechos humanos, hemos dejado entrever que este nuevo derecho humano al paisaje se deriva de necesidades humanas que han requerido generar interpretaciones extensivas en aplicación del principio de progresividad directamente sobre los derechos humanos al ambiente y al patrimonio cultural, todo ello motivado en el principio “*pro homine*”, enriquecido por los principios del “*favor libertatis*” y de “*in dubio pro libertas*”, y en el fundamento central de la dignidad humana¹. Y esto en algunos casos ha conducido a una solución de reconocimiento explícito de ese derecho al paisaje en constituciones o en leyes en diversos países, y en otros casos de reconocimiento tácito se ha arribado allí gracias a tres métodos algunas veces combinados, como lo son la cláusula del “*numerus apertus*”, cuando ella está prevista; el “*ius constitutionale commune*” (o fenómeno de la interamericanización de los principios dogmáticos del derecho constitucional, que en mi concepto es aplicable al mundo occidental); y la pura progresividad de derechos expresamente presentes, como esos al ambiente y al patrimonio cultural. La obra de la doctrina y de la jurisprudencia, haciéndose eco de las comunidades y su clamor social por mejor calidad de vida, ha sido determinante en esta ruta.

Empero, no nos proponemos en estas líneas mostrar el detalle de ese decurso conceptual y normativo, pues ello ya lo hemos hecho en otros espacios a los que invitamos al lector². Ahora ilustraremos con ejemplos concretos de tutela

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (consultada febrero 2021). Artículo 1: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”.

² 1) VI Congreso de Ciencia y Arte del Paisaje “Entornos desde el Interior”. Ponencia: “El Paisaje: Puente entre el Derecho al Ambiente y el Derecho al Patrimonio”. ACAMPA, Academia Mexicana de Paisaje, A.C. y Universidad de Guadalajara, México, octubre, 2018.

https://www.youtube.com/watch?v=w_lEsEm75s8&t=8s (consultada febrero 2021).

2) Paisajeurbe 2020 – 12 Edición “Ciudad Hoy”. “Vivir la ciudad y derecho a la ciudad y al paisaje”. Conferencia: “El Paisaje: Puente entre Naturaleza (Ambiente) y Cultura (Ciudad y Patrimonio). De los derechos humanos al ambiente, al patrimonio de la humanidad, a la cultura y a la ciudad, al derecho humano al paisaje”. Red Argentina del Paisaje y Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina, septiembre 2020.

https://www.youtube.com/watch?v=_EN_u8ZO3fo&t=3163s (consultada febrero 2021) (a partir del minute 51).

3) “El Paisaje: Puente entre el Derecho al Ambiente y el Derecho al Patrimonio”.

legal y judicial del derecho humano al paisaje, con alguna normatividad comparada, y énfasis en la experiencia jurídica española, pero de validez conceptual general.

PAISAJE Y DERECHO HUMANO AL PAISAJE

Habiendo advertido en la introducción que no es este el espacio ni el momento de entrar en la construcción de la conceptualización de las ideas de paisaje y derecho humano al paisaje, entendemos que resulta necesario, sin embargo, solo por razones de mejor entendimiento del fenómeno paisajístico, al menos partir de las manifestaciones sintéticas de ambas nociones, para lo cual nos serviremos de dos textos internacionales fundamentales, uno vigente y otro en estado de proyecto, los cuales han venido sirviendo de modelo a muchos países en la materia. Veamos:

En este orden de ideas, en primer lugar, conviene tener muy presente lo previsto en el Convenio Europeo del Paisaje³, suscrito en el marco del Consejo de Europa, en la ciudad de Florencia, Italia, en octubre de 2000, en cuyo preámbulo, al bien jurídico tutelado paisaje se le reconoce el carácter de bien común (“*res communis omnium*”), incluso transfronterizo, lo cual general obligaciones adicionales a los Estados en el campo del principio de cooperación internacional⁴.

Además, este tratado también le reconoce al bien jurídico tutelado paisaje el carácter de interés general, lo cual es obvio por la presencia conjunta en su seno no solo de intereses individuales, sino igualmente de intereses supraindividuales, de naturaleza colectiva y en muchos casos difusa, siendo por encima y en adición a ello una conjugación de aspectos simbióticos en los campos cultu-

En el libro colectivo “Entornos desde el Interior: Estudios sobre el Paisaje”, Compiladores Luz Elena Claudio García y Roberto Novelo González, ACAMPA, Academia Mexicana de Paisaje, A.C., Zapopan, Jalisco, México, 2019.

4) “El Derecho Humano al Paisaje y la Calidad de Vida”. (Saldrá en el *Libro Homenaje a Pedro Nikken*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas).

³ <https://rm.coe.int/16802f3fbd>

⁴ 1. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Principios/RESOLUCI%202625.pdf (consultada febrero 2021).

2. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, de 16 de junio de 1972 <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf> (consultada febrero 2021).

3. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (consultada febrero 2021).

ral, ecológico, ambiental y social, sin olvidar su crucial contribución con el bienestar y la salud física y mental de los seres humanos.

Con fundamento en semejantes postulados de trascendencia, su artículo 1.a define al paisaje como: *“cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”*.

A continuación seguida, los puntos d, e y f se consagran a delimitar medidas fundamentales en el ámbito de la protección de los paisajes, como aquellas *“acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje, justificados por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o la acción del hombre”*; de la gestión de los paisajes, como las *“acciones encaminadas, desde una perspectiva de desarrollo sostenible, a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales”*; y de la ordenación paisajística, como *“las acciones que presenten un carácter prospectivo particularmente acentuado con vistas a mejorar, restaurar o crear paisajes”*.

Y, en segundo lugar, en el mismo orden de ideas, pero profundizando explícitamente en el dominio de los derechos humanos, el proyecto de Convenio Latinoamericano del Paisaje⁵, propuesto por la Iniciativa Latinoamericana del Paisaje (LALI), en 2016, reconoce en su exposición de motivos el derecho humano al paisaje: *“El Derecho al Paisaje es un conjunto de derechos y obligaciones de carácter ambiental, social, económico, colectivo y fundamental para el buen vivir de los hombres”*.

Luego, en su artículo 2.1 define al paisaje: *“es el espacio-tiempo resultado de factores naturales y humanos, tangibles e intangibles que al ser percibido y modelado por la sociedad refleja la diversidad de las culturas”*; y en su artículo 4 dispone medidas para *“preservar el derecho de la sociedad a vivir en un entorno culturalmente significativo, con acceso y disfrute del mismo, favoreciendo su evolución armónica de acuerdo al concepto de utilización y ordenamiento racional y responsable del territorio y sus recursos, la funcionalidad de los ecosistemas y el desarrollo urbanístico sostenible. La educación, la información y la participación sobre el paisaje serán prioritarios para el logro de los objetivos del presente Convenio Marco”*.

En consecuencia, más que un derecho humano el paisaje es una amalgama de derechos humanos, como en efecto lo es también el ambiente, que se colocan en interdependencia para generar en conjunto más y mejor calidad de vida (principio de progresividad y principio de no regresión), en provecho de la dignidad humana.

⁵ <https://www.redargentinelpaisaje.com/index.php?b=w> (consultada febrero 2021).

De allí que, al igual que el derecho al ambiente, el derecho al paisaje es de índole procedural, pues su contenido esencial viene dado por esa sumatoria de otros derechos humanos que se materializan por medio de la implementación de procedimientos legales y de diversa naturaleza que le sirven de canal de manifestación y garantía. Se prevén de ese modo los derechos humanos instrumentales, como lo son el derecho a la participación ciudadana; la libertad asociativa; el derecho a la educación, particularmente a la educación para la ciudadanía, a la educación patrimonial, a la educación ambiental y a la educación en derechos humanos, tendentes a la sensibilización, en interdependencia con el derecho a la información, que permitan a las personas actuar en los procedimientos tendentes a la identificación, calificación, gestión sostenible y salvaguarda de los paisajes. En esta línea es fundamental convocar a quienes se interesan en estos temas a tomar en cuenta el Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, suscrito en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998⁶, y el Acuerdo de Escazú o Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, suscrito de Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018⁷.

Por otra parte, el derecho al paisaje vincula y propulsa en conjunto el goce efectivo de los derechos al ambiente, al patrimonio cultural, a la identidad cultural, a la ciudad, a la salud, a la calidad de vida, a la democracia, a la educación para la ciudadanía, a la información, a la participación ciudadana, a la libertad asociativa y, entre muchos otros, al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en interdependencia y progresividad.

Por tanto, el Estado debe proteger, conservar, rehabilitar, gestionar de forma racional y sustentable y transmitir a las generaciones futuras la naturaleza y la cultura, el ambiente o patrimonio natural y el patrimonio cultural, la ciudad y, en definitiva, el paisaje, bien tutelado querido y estimado por una comunidad.

EL PAISAJE EN LA NORMATIVA AMBIENTAL VENEZOLANA

La palabra paisaje no aparece ni una sola vez en la Constitución de 1999⁸. En cambio, es obvia su presencia implícita en la voz ambiente, que encontra-

⁶ https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aarhus.pdf (consultada febrero 2021).

⁷ <https://www.escritosdederecho.net/2019/12/acuerdo-de-escazu-descargar-en-pdf.html> (consultada febrero 2021).

⁸ <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf> (consultada febrero 2021).

mos doce veces, y en la de cultura o cultural, ligada a identidad cultural, patrimonio cultural, derechos culturales, desarrollo cultural, etc., cuarenta veces.

Por otra parte, al reconocerse el derecho al ambiente en el artículo 127: *“Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado”*, se obliga al Estado a proteger *“el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica”*, dentro de todo lo cual es evidente la consideración paisajística, en cuya definición ha de intervenir activamente la comunidad por medio de la herramienta de la ordenación del territorio, prevista en el 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 la información, consulta y participación ciudadana”*.

Y allí resulta patente el enlace con el elemento cultural de forma expresa, que además ha de ser asociado al reconocimiento concreto del derecho a la cultura, en el artículo 99: *“Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará.... El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible”*.

Recordemos que, dentro de la comprensión plena y contemporánea de la idea de paisaje, desde la perspectiva cultural, lo intangible, hábitos, costumbres, tradiciones, cocina, danzas, etc., se suma en la identidad cultural y en el paisaje patrimonial, tanto a la geografía natural como a la geografía construida.

Llevando ahora la mirada a la legislación, comenzamos por lamentar la ausencia de ese vocablo en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983⁹, aunque es obvio su entendimiento fáctico y progresivo al considerar la variable geográfica y territorial, y pasamos a la Ley Orgánica del Ambiente de 2006¹⁰, la cual no le dedica mucho espacio al paisaje, pues lo menciona solo dos veces. Una en su artículo 48, de manera fuertemente específica, previendo la toma de medidas con fines de conservación de ecosistemas, recursos naturales y diversidad biológica, especialmente en *“Los ecosistemas ... que constituyan áreas de paisajes naturales de singular belleza o ecosistemas prístinos, poco intervenidos y lugares con presencia de especies endémicas y aquéllos que constituyen hábitat y tierras de pueblos indígenas susceptibles de ser afectados en su integridad cultural”*. Y la segunda, en el artículo 62, referido a la conservación del suelo y del subsuelo, en función de *“La adopción de medidas*

⁹ <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/instrument/files/1983.%20Ley%20Org%C3%A1nica%20OT%20Venezuela.pdf> (consultada febrero 2021).

¹⁰ <https://es.calameo.com/read/00192306851717cad8077> (consultada febrero 2021).

tendientes a evitar y corregir las acciones que generen erosión, salinización, desertificación o modificación de las características topográficas y otras formas de degradación del suelo y del paisaje”.

Ahora bien, curiosamente la entrada explícita del paisaje a la normatividad venezolana se hizo por medio de un viejo tratado internacional, plenamente vigente, como lo es la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América¹¹, firmada en Washington, U.S.A., en 1940, representativa de un gran aporte a la configuración de los sistemas de áreas naturales protegidas, especialmente los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales, las reservas de regiones vírgenes y los asentos de aves migratorias.

Por lo que nos concierne en estas líneas, este tratado internacional a más de hacer referencia a “bellezas escénicas”, rescatando el trascendental valor estético intrínseco a la idea misma de paisaje, es muy claro su preámbulo al expresar “*deseosos de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico*”.

Si bien se queda en lo monumental y excepcional, al menos como de mejor forma se regula en la Convención sobre el Patrimonio Mundial Cultural y Natural¹², firmada en el marco de la UNESCO en París, Francia, en 1972, se extiende a lo cultural.

Por su parte, la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993¹³ y la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas de 2009¹⁴ no emplean una sola vez la palabra paisaje, pero igualmente se asume interpretativamente la inclusión del elemento paisajístico dentro del patrimonio cultural, como hemos evidenciado.

Una muy breve mirada al paisaje en la normativa comparada:

Argentina:

Ante el Poder Legislativo argentino cursa el Proyecto de Ley Nacional del Paisaje¹⁵, presentado a la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2019, por la Red Argentina del Paisaje (RAP), que define al paisaje en su artículo 1 como “*el espacio territorial, vital, percibido en forma colectiva o individual por su*

¹¹ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html> (consultada febrero 2021).

¹² <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf> (consultada febrero 2021).

¹³ <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve053es.pdf> (consultada febrero 2021).

¹⁴ https://en.unesco.org/sites/default/files/venezuela_leypatrimoniopuebloindigeno_2009_spaorof.pdf (consultada febrero 2021).

¹⁵ https://www.redargentinelpaisaje.com/fotos/ley_paisaje06.pdf (consultada febrero 2021).

población, donde la sociedad actúa en él, con connotaciones sociales, culturales, económicas, históricas y políticas”.

Al contrario del contenido de su Constitución, que no reconoce expresamente este derecho humano, el artículo 4 y los objetivos de este proyecto ley lo plantean explícitamente y en interdependencia con el derecho a la educación para la ciudadanía, con la necesidad de “*promover la inclusión, dentro de los sistemas educativos formales e informales, del ejercicio al derecho al paisaje como forma de participación ciudadana*”, y de “*establecer un sistema de información sobre paisajes y su libre acceso de la población a los mismos*”.

Asimismo, se prevén mecanismos concretos de protección como los catálogos, las directrices y las cartas de paisaje, y la novedosa figura del estudio de impacto e integración paisajística, que se suma al estudio de impacto ambiental y sociocultural.

Francia:

La primera ley moderna en regular de manera global el ambiente es la Ley Nro. 76-629 del 10 de julio de 1976 relativa a la protección de la naturaleza¹⁶, en cuyo artículo 1, ya desde aquel entonces, se hizo explícita referencia al paisaje: “*La protección de los espacios naturales y de los paisajes, la preservación de las especies animales y vegetales, el mantenimiento de los equilibrios biológicos en los que participan y la protección de los recursos naturales contra todas las causas de degradación que los amenace, son de interés público*”.

Por ello no puede causar extrañeza el hecho de que leyes sucesivas y complementarias hayan todavía ido más lejos en el tema de la protección específica del paisaje, como es el caso de la Ley Nro. 93-24 del 8 de enero de 1993 sobre la protección y la revalorización de los paisajes¹⁷, conocida como “ley paisaje”, que se suma a su vez a la Ley del 9 de enero de 1985 relativa al desarrollo y protección de la montaña¹⁸, o “ley montaña”, y a la Ley del 5 de enero de 1986 relativa al acondicionamiento, la protección y la revalorización del litoral¹⁹, o “ley litoral”.

Pues bien, la “ley paisaje” prevé en su artículo 1 que “*Sobre territorios remarcables por su interés paisajístico, definidos en concertación con las colectividades territoriales concernidas, y cuando tales territorios no se encuentren*

¹⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068553/> (consultada febrero 2021).

¹⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006080808/2009-11-20/> (consultada febrero 2021).

¹⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000317293/> (consultada febrero 2021).

¹⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000317531/> (consultada febrero 2021).

sujetos a disposiciones del Código del Urbanismo, el Estado podrá dictar directivas de protección y de revalorización de los paisajes”.

Igualmente, el dispositivo indica que para la definición de tales espacios la concertación incluirá a las asociaciones de defensa del ambiente y de los paisajes, entre otras organizaciones sociales.

Cabe citar la Ley Nro. 2016-1087 del 8 de agosto de 2016 para la reconquista de la biodiversidad, de la naturaleza y de los paisajes²⁰, que desarrolla ampliamente la institución de la compensación ecológica en casos de daños ambientales, con trascendente participación de las comunidades.

Finalmente, la Ley del 7 de julio de 2016 relativa a la libertad de creación cultural, a la arquitectura y al patrimonio²¹, entre varios textos sobre la materia que también existen, pone su acento en la protección de los sitios patrimoniales, revalorizando los territorios.

Cerremos echando un vistazo a la ley constitucional del 23 de julio de 2008, de reforma de la Constitución de 1958, reforma conocida como “Carta del Ambiente”²², que no obstante no mencionar la palabra paisaje y no abarcar en lo explícito lo cultural, prevé el derecho humano al ambiente y sus derechos humanos instrumentales a la información, a la educación y a la participación ciudadana, que de suyo terminan en su ejercicio, en provecho de la calidad de vida, incluyendo el patrimonio cultural con el patrimonio natural, y por tanto los paisajes patrimoniales.

España:

Abundante es la legislación española en temas paisajísticos, particularmente a nivel de las comunidades autónomas, y es precisamente por ello, seguido de la extraordinaria experiencia jurisprudencial que existe, que, a pesar de limitarnos a citar un texto muy importante, luego comentaremos algunas de las sentencias a título ilustrativo, en cuanto a la tutela judicial del paisaje.

Se trata de la Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje de Cataluña²³, que ha servido de modelo a muchos países en América Latina, la cual, siguiendo las pautas centrales del Convenio Europeo del Paisaje, comienza afirmando que el paisaje es “*un elemento esencial para*

²⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033016237/> (consultada febrero 2021).

²¹ <file:///C:/Users/Alberto/Downloads/Loi%20n%C2%B02016-925%20du%207%20juillet%202016%20relative%20%C3%A0%20la%20libert%C3%A9%20de%20l'ac%20tion,%20%C3%A0%20l'architecture%20et%20au%20patrimoine.pdf> (consultada febrero 2021).

²² https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/constitution_espagnol.pdf (consultada febrero 2021).

²³ [https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-11753-consolidado.pdf_\(consultada febrero 2021\).](https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-11753-consolidado.pdf_(consultada febrero 2021))

el bienestar individual y social, cuya protección, gestión y planeamiento comportan derechos y deberes para todos”.

Luego, colaborando con la interpretación auténtica del vocablo y bien jurídico paisaje, su artículo 3 lo define como “*cualquier parte del territorio, tal y como la colectividad la percibe, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales o humanos y de sus interrelaciones*”. Se encuentran entonces presentes es esta conceptualización, ante todo el infaltable componente geográfico o espacial, pero ineluctablemente asociado a la identidad cultural, vía percepción, concepción y hasta cosmovisión de los individuos y sus comunidades de pertenencia, y ello como amalgama de interacciones específicas y diferenciables entre aspectos naturales o ambientales y humanos o culturales.

En ese orden de ideas, previamente este texto de ley establece su objeto en su artículo 1, aludiendo al “*reconocimiento, protección, gestión y ordenación del paisaje, a fin de preservar sus valores naturales, patrimoniales, culturales, sociales y económicos en un marco de desarrollo sostenible*”, donde se incorpora en consecuencia lo relativo a la toma en consideración de la variable del bienestar de las generaciones presentes y futuras, dentro del marco global de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas, contentiva de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS)²⁴.

Siguiendo este espíritu del legislador catalán, así como todo cuanto con anterioridad hemos expuesto en estas líneas, particularmente en cuanto concierne a los principios de interdependencia de los derechos humanos y el carácter instrumental de unos en provecho de otros, dentro de los principios esenciales a que se contrae su artículo 2, nos topamos con los conceptos de utilización racional y desarrollo sostenible, la formación (información y educación) en materia de paisaje, la participación ciudadana (especialmente con ocasión de los métodos de protección: catálogos y directrices del paisaje, y las cartas del paisaje como medios de concertación y sensibilización) y, de manera crucial, con el reconocimiento explícito, sin importar que sea con palabras diversas, del derecho humano al paisaje: “*Preservar, con la adopción de medidas protectoras del paisaje, el derecho de los ciudadanos a vivir en un entorno culturalmente significativo*”.

Hay que decir, cerrando este punto del derecho positivo español, que la Constitución de 1978 no hace referencia expresa al paisaje, pero lo deja claramente inmerso dentro de su regulación protectora y revalorizadora, tanto por el reconocimiento del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, en su artículo 45, como por la previsión del deber de los poderes públicos de promover el acceso a la cultura, en su artículo 44, y de garantizar la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico, en su artículo 4.

²⁴ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> (consultada febrero 2021).

LA PALABRA DEL JUEZ EN LA TUTELA JUDICIAL DEL PAISAJE

Antes de pasar revista a las sentencias que nos hemos propuesto destacar, es importante tener a la vista, por aquello del diálogo jurisprudencial y del control de convencionalidad, que ya la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interdependencia entre el pleno disfrute de los derechos humanos, incluidos obviamente los culturales y los ambientales, y una gestión racional y sostenible del ambiente, como se aprecia no solamente en un número creciente de sentencias que involucran a comunidades indígenas, en las que se hacen muy evidentes los conceptos de hábitats ancestrales y en definitiva paisajes patrimoniales²⁵, sino en la trascendental Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, a petición de Colombia, denominada “*Medio Ambiente y Derechos Humanos*”²⁶, en la cual se indica:

“Como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos (supra párrs. 47 a 55), actualmente (i) múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que (ii) otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia”.

Igual aproximación entre ambiente, incluido el paisaje, y los derechos humanos, se puede apreciar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos²⁷.

²⁵ Por ejemplo, la sentencia de 6 de febrero de 2006, caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf (consultada febrero 2021), y la sentencia de 25 de noviembre de 2015, caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf (consultada febrero 2021).

²⁶ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (consultada febrero 2021).

²⁷ Varios casos hay, de los cuales el de la Sentencia Coster contra el Reino Unido, de 18 de enero de 2001, es objeto de análisis en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/637432.pdf> (consultada febrero 2021).

Ahora bien, tal como lo hemos ofrecido con antelación, mostraremos a continuación algunos ejemplos de la abundante jurisprudencia existente en materia paisajística, especial pero no exclusivamente, en España:

En primer lugar, comentamos la Sentencia Nro. 385 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España, de 10 de julio de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera)²⁸, con ocasión de una acción en justicia que pretendía el control de conformidad a derecho del Decreto 219/2018 del Consell de 30 de noviembre 2018, por el que se aprobó el plan de acción territorial de ordenación y dinamización de la huerta de Valencia²⁹. Este decreto afectaba un espacio físico de aproximadamente 12.000 hectáreas, y había sido dictado con base en lo previsto en el Convenio Europeo del Paisaje, y en acatamiento de la Estrategia Territorial Europea “*Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la Unión Europea*”³⁰, y de la Ley 5/2018, de 6 de marzo, de la Huerta de Valencia³¹, cuyo artículo 20 “*El paisaje de la Huerta de Valencia*”, expresa que:

“1. La Huerta de Valencia constituye un paisaje de relevancia regional. El plan de acción territorial y los planes urbanísticos que ordenen este espacio prestarán una atención especial al diseño de los límites urbanos con la huerta y tendrán que: a) Respetar las trazas principales del suelo agrícola, de la red de caminos y la red de acequias principales. b) Articular una red de itinerarios, a partir de los caminos y sendas existentes, que potencie el uso, disfrute y la visualización de la huerta, 3. Las edificaciones existentes y las de nueva implantación compatibles ..., se adaptarán o cumplirán las disposiciones normativas siguientes: ... d) En las edificaciones existentes se incentivará la eliminación de los elementos que resulten discordantes con la estética y armonía dentro del espacio de huerta en el que se inserten. A este efecto se llevarán a cabo programas y proyectos de restauración e integración paisajística... i) El plan de acción territorial establecerá aquellos actos de planeamiento o intervención en la edificación que requieran un estudio de paisaje o de integración paisajística, con informe previo favorable de la Conselleria con competencias en materia de paisaje...”

Es de tomar en cuenta también que parte sustancial de la Huerta de Valencia, incluido el tribunal de aguas, fue declarada Patrimonio Inmaterial de la

²⁸ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20697be499ac807d/20200825> (consultada febrero 2021).

²⁹ <https://docv.vlex.es/vid/decreto-219-2018-30-751340025> (consultada febrero 2021).

³⁰ https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_es.pdf (consultada febrero 2021).

³¹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-5394-consolidado.pdf> (consultada febrero 2021).

Humanidad por la UNESCO el 13 de septiembre de 2009³², lo cual no ha evitado que se haya visto reducido su perímetro de riego, frente a la expansión del ciclo urbanístico.

A todas estas, el accionante en justicia cuestiona la clasificación de la Huerta, particularmente en el espacio correspondiente al Municipio de Albalat Dels Sorells, al haber incluido las unidades UP/4 y UO/5, bajo la figura de huerta de protección agrícola grado tres (H3), lo que trae como consecuencia su clasificación como suelo no urbanizable protegido (ZRP.AG), y denuncia que se habría entonces incurrido en falso supuesto por ausencia de los necesarios estudios previos con base en circunstancias reales que justificarían esas clasificaciones.

Y vistos los autos, el juez precisa que la ley valenciana define explícitamente los objetivos de la infraestructura verde de la huerta valenciana; ordena la clasificación como suelo urbanizable protegido de aquellos suelos agrícolas de mayor valor, pudiendo la autoridad competente determinar suelos, en los que se permita la recuperación de los valores y sus funciones ambientales, territoriales, paisajísticas, económicas y culturales propias de la huerta.

Así, según el fallo, desde un punto de vista genérico, la clasificación que materializa el plan se encuentra justificada por una norma con rango formal de ley que lo ampara, sin perjuicio de que, en determinadas situaciones concretas y para ciertas parcelas, estas clasificaciones puedan no ser procedentes, lo cual exigirá, caso por caso, la prueba de que las parcelas concretas no tienen valores que sea necesario salvaguardar desde el punto de vista de la protección que debe dispensarse a la huerta valenciana, de modo de demostrar así que la decisión impugnada de la administración en ese caso concreto no es razonable.

En todo caso, quedó evidenciada en el expediente la falsedad de la afirmación del recurrente según la cual el plan no contiene un análisis territorial completo, lo que se desprende de la presencia y suficiencia de documentos específicos, tales como la memoria, el estudio del paisaje, los planos de ordenación del plan, donde se aprecia una valuación suficiente del territorio, contentiva de las siguientes cuestiones: paisaje visual, patrimonio cultural, actividades socioeconómicas, planeamiento urbanístico, afecciones territoriales, hidrología, patrón económico y social, morfología y estructura del asentamiento urbano, de cuyo análisis surge el plan impugnado.

En segundo lugar, encontramos la **Sentencia Nro. 426 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España, de 1 de septiembre**

³² <https://ich.unesco.org/es/RL/tribunales-de-regantes-del-mediterraneo-espanol-el-consejo-de-hombres-buenos-de-la-huerta-de-murcia-y-el-tribunal-de-las-aguas-de-la-huerta-de-valencia-00171> (consultada febrero 2021).

de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1)³³, vinculada con una acción en justicia ejercida destinada al ejercicio del control de conformidad a derecho del Decreto 190/2018 del Consell de 19 de octubre de 2018, por el que se declara paisaje protegido la Sierra Escalona y su entorno³⁴, afectado un espacio de casi 11.000 hectáreas. Este Decreto tiene por objeto establecer para la Sierra Escalona y su entorno un régimen especial de protección, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 “*Paisajes Protegidos*” de la Ley 11/1994, de espacios naturales protegidos de la Comunidad Valenciana³⁵, el cual dispone:

“1. Los paisajes protegidos son espacios, tanto naturales como transformados, merecedores de una protección especial, bien como ejemplos significativos de una relación armoniosa entre el hombre y el medio natural, o bien por sus especiales valores estéticos o culturales. 2. El régimen de protección de los paisajes protegidos estará dirigido expresamente a la conservación de las relaciones y procesos, tanto naturales como socio-económicos, que han contribuido a su formación y hacen posible su pervivencia. 3. En la utilización de estos espacios se compatibilizará el desarrollo de las actividades rurales tradicionales en los mismos con el uso social a través del estudio, la enseñanza y el disfrute ordenado de sus valores”.

La pretensión del accionante consistió en que se delimitase el paisaje protegido, de tal forma que las fincas de su propiedad quedasen fuera, en todo o en parte, de la delimitación, por asumir que se habrían producido serios perjuicios a su derecho de propiedad.

Empero, el fallo aclara que no obstante la declaración del régimen especial de protección, las fincas involucradas pueden seguir manteniendo su clasificación y calificación urbanística, toda vez que la mera declaración de paisaje protegido no origina por sí sola ningún efecto expropiatorio. En ese supuesto sería menester que el ulterior plan rector de uso y gestión del espacio protegido determinase la producción de alguna suerte de efecto con consecuencias económicas, caso en el cual sería ese plan el que habría de contener la memoria económica invocada por el recurrente y cuya ausencia denuncia como motivo de ilegalidad.

Se reitera de esa forma la jurisprudencia contenida en la Sentencia Nro. 320/2019, del mismo tribunal, que deja sentado que si no se han traspasado en ningún caso las barreras que integran el derecho dominical y las facultades de

³³ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0a54a4b24e0bc8c4/20201020> (consultada febrero 2021).

³⁴ https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/630772-d-190-2018-de-19-oct-ca-valenciana-declara-paisaje-prottegido-la-sierra-escalona.html (consultada febrero 2021).

³⁵ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-3325-consolidado.pdf> (consultada febrero 2021).

sus titulares, habiendo las autoridades obrado en el marco del artículo 45 de la Constitución, que establece el principio de respeto al medio ambiente y la armonización de la utilización racional de los recursos con la protección de la naturaleza, para preservar la calidad de vida, entonces no ha acontecido una despatrimonialización de las titularidades de los sujetos que han quedado integrados en las áreas objeto de las actuaciones, pues no ha quedado afectada expresamente su actividad económica, que puede continuar desarrollándose de la misma manera.

En tal sentido, el alegato de la accionante fue desestimado, máxime cuando, como apunta el fallo, acorde con la letra del preámbulo del Decreto impugnado *“Los relevantes valores ambientales que alberga la zona, y la necesidad de garantizar de forma efectiva su conservación, motivaron que la parte nuclear del ámbito territorial que se propone en este Decreto fuera designada por el Consell como parte de la Red Natura 2000³⁶, tanto bajo la figura de Lugar de Importancia Comunitaria (LIC)³⁷, mediante Acuerdo de 10 de julio de 2001, del Consell, siendo efectiva su incorporación a dicha red por medio de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2006, como de Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA)³⁸, siendo declarado mediante Acuerdo de 27 de noviembre de 2009, del Consell, de Corrección de errores en los Anexos I y II del Acuerdo de 5 de junio de 2009, del Consell, de ampliación de la Red de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de la Comunitat Valenciana, en ambos casos bajo la denominación de Sierra Escalona y Dehesa de Campoamor, aunque con delimitaciones diferentes. Complementariamente, también forma parte de la Red Natura 2000 un pequeño espacio, denominado Rambla de las Estacas (LIC ES5212011)”*.

En este orden de ideas se reitera igualmente lo sostenido en la Sentencia Nro. 411/2020, del mismo tribunal, en cuanto a que al momento de la declaración de paisaje protegido no cabe atender a las circunstancias concretas de cada parcela incluida en el ámbito de protección, más allá de que en la memoria del documento aprobado resulte determinante como elemento que fundamenta la protección paisajística de la zona en cuestión, especialmente por lo que respecta a la alternancia de las formaciones arboladas de pinar con las llanas en las que existen campos de cultivo.

Por otra parte, la alta productividad agrícola constituye una característica de estas, que no se ve afectada por la declaración de paisaje protegido recurrida,

³⁶ <https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/> (consultada febrero 2021).

³⁷ https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/rn_pres_tipos_lugares_LIC.aspx (consultada febrero 2021).

³⁸ https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/rn_presentacion.aspx (consultada febrero 2021).

por cuanto, como ha sido antes dicho, en el régimen urbanístico de los suelos comprendidos en el ámbito protegido que se contiene en el texto del decreto impugnado se indica que tales suelos, tanto urbanos como urbanizables y no urbanizables, pueden seguir manteniendo su actual clasificación y calificación urbanística.

En tercer lugar, tenemos la **Sentencia Nro. 4194/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), España, de 10 de diciembre de 2020**³⁹, vinculada con un recurso de casación ejercido contra la Sentencia de 24 de enero de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que desestimó el recurso contencioso-administrativo incoado contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Ibiza, de 2 de agosto de 2016, de aprobación definitiva de la Ordenanza de publicidad exterior de Ibiza⁴⁰, concretamente en lo referente a la contaminación visual por efecto de vallas publicitarias, las cuales suelen tener gran incidencia paisajística.

En esta oportunidad, el Tribunal Supremo español reitera la competencia municipal de policía administrativa, incluyendo la posibilidad de establecer normas más estrictas que las del Estado y las de las comunidades autónomas cuando se trata, por circunstancias especiales y locales, de una mejor y mayor protección del medio ambiente, y particularmente de la protección específicamente del paisaje urbano, en cuanto a la contaminación lumínica y visual, y ello con fundamento en el Convenio Europeo del Paisaje, cuando señala que los Estados deben *“Integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualesquiera otras políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje”*.

En semejante orden de ideas, y también obviamente por el tema de la protección y revalorización del paisaje, se ratifica la jurisprudencia sentada sobre contaminación visual, en cuanto a antenas de telefonía móvil.

En consecuencia, se confirma la legalidad de la norma del artículo 6 de la citada Ordenanza, según la cual queda prohibida la instalación de vallas publicitarias cuando: *“... f) Se efectúe sobre o desde los monumentos históricos, así como en el entorno de los bienes objeto de la declaración como Patrimonio Mundial. g) Se realice sobre o desde los templos, cementerios, estatuas, monumentos, fuentes, edificios, arbolado, plantas, jardines públicos, farolas, semáforos, bancos y el resto de mobiliario urbano y ornamental situado en dominio público y análogos, ... i) Se lleve a cabo en aquellas áreas o sectores que*

³⁹ <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/4ca7d99fde9047f0/20201224> (consultada febrero 2021).

⁴⁰ http://www.eivissa.es/portal/images/stories/ordenanzas/2016ord_publicidad.pdf (consultada febrero 2021).

puedan impedir, dificultar o perturbar la contemplación de los edificios o conjuntos ... p) Se lleve a cabo en edificios y entornos de protección incluidos en los catálogos de protección del patrimonio, salvo la cubrición de las obras en curso de ejecución en las condiciones que se determinan en esta Ordenanza. q) En aquellas zonas o espacios en los cuales las disposiciones especiales vigentes lo prohíban expresamente. r) No se corresponda con el ornato del lugar donde se ubique, afecte a la tranquilidad y seguridad de los vecinos o dificulte o impida la contemplación de espacios públicos, edificios, elementos o conjuntos monumentales, zonas ajardinadas, perspectivas urbanas o paisajísticas, típicas o tradicionales”.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con este paseo por ciertos conceptos esenciales, algunos conjuntos normativos y, sobre todo, tres sentencias ejemplarizantes, nos enriquecemos intelectualmente con una motivadora muestra del encomiable trabajo emprendido por pensadores de la doctrina mundial y legisladores diversos, y notablemente por los jueces españoles, en aplicación de los principios de progresividad e interdependencia de los derechos humanos, llevando los derechos humanos de la mano del principio “pro homine” al sitio de preeminencia que les corresponde en una democracia y Estado de Derecho, en provecho de cada vez mejor calidad de vida y valorando la dignidad de la persona humana, en su interrelación permanente en comunidad con su entorno.

El derecho entonces a un ambiente adecuado, con respeto de las identidades culturales en diálogo constructivo, revalorizando el patrimonio natural y cultural, en el disfrute de un paisaje generador, con su mera contemplación, de bienestar, se presenta, acompañado de la educación para la ciudadanía, la información y la participación, como el contenido esencial del derecho humano al paisaje, cuya garantía de goce efectivo reposa en y depende del quehacer del juez.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO NAVARRETE, Armando y CHECA-ARTASU, Martín (coordinadores), “Legislación y Paisaje. Un debate abierto en México”, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2019. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/342343168_CHECA-RTASU_M_ALONSO_NAVARRETE_Acoordinadores_2020_El_paisaje_y_su_legislacion_Debate_abierto_en_Mexico_UAM_Azcapotzalco_ISBN_978-607-28-1751-7_ISBN_vdigital_978-607-28-1745-6 (consultada febrero 2021).

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción y SOCÍAS CAMACHO, Joana María (coordinadores), “La ciudad del siglo XXI: Transformaciones”, Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2020.

BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, “De la Noción Jurídica de Paisaje a la del Ambiente”, *Natura, Revista de Divulgación Científica de la Sociedad de Ciencias Naturales La Salle*, Nro. 97, Caracas, Venezuela, 1993.

_____, “La Protección de la Ciudad en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”, *Revista Tachirensis de Derecho*, Nro. 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela, enero-diciembre 1998. Disponible en: <https://www.aveda.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/abu010.pdf> (consultada febrero 2021).

_____, “La Definición del Derecho-Deber Individual y Colectivo al Ambiente en Derecho Constitucional Comparado”, *Colección Nuevos Autores* Nro. 9, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2005.

_____, “El Paisaje: Puente entre el Derecho al Ambiente y el Derecho al Patrimonio”, in Libro colectivo “Entornos desde el Interior: Estudios sobre el Paisaje”, Claudio García, Luz Elena y Novelo González, Roberto (compiladores), ACAMPA, Academia Mexicana de Paisaje, A.C., Zapopan, Jalisco, México, 2019.

MARTÍNEZ, Desirée, “Hacia una Convención Internacional del Paisaje, la apuesta de IFLA”, in *LALI, 5 Años un fructífero caminar*, LALI, 2018. Disponible en: <http://www.lali-iniciativa.com/lali-5-anos-un-fructifero-caminar-2/> (consultada febrero 2021).

MASCARO, Cristina, “Ley Nacional de Paisaje Argentina”, in *LALI, 5 Años un fructífero caminar*, LALI, 2018. Disponible en: <http://www.lali-iniciativa.com/lali-5-anos-un-fructifero-caminar-2/> (consultada febrero 2021).

MATA OLMO, Rafael, “Paisaje y Territorio. Un desafío teórico y práctico”, *Asociación Interprofesional de Ordenación del Territorio*, Madrid, 2014.

PEÑA CHACÓN, Mario, “Derechos Humanos y Medio Ambiente, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2021.

PRIEUR, Michel et DUROUSSEAU, Sylvie, « Etude de droit comparé sur la participation du public en matière de paysage dans le contexte de la mise en œuvre de la Convention européenne du paysage », *Conseil de l’Europe*, Strasbourg, 2004. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806f4788> (consultado febrero 2021).

PRIORE, Riccardo, “Derecho al Paisaje, Derecho del Paisaje. La Evolución de la Concepción Jurídica del Paisaje en el Derecho Comparado y en Derecho Internacional”, *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, Fundación Dialnet, N° 31, 2001.

VON BOGDANDY, Armin, « Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual », in Armin Von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos Básicos para su comprensión, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institut, México, 2017.

VI

DERECHO AMBIENTAL

LA RUTA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LA OPORTUNIDAD DE SU REFORZAMIENTO MEDIANTE UN NUEVO INSTRUMENTO CODIFICADOR

María Elisa FEBRES HERNÁNDEZ*

Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza

I. INTRODUCCIÓN

La protección jurídica internacional del ambiente se ha venido construyendo de manera consustanciada con el posicionamiento del concepto de desarrollo sostenible en el concierto de las naciones. El recorrido se inició entre los años 60 y 70 del siglo XX como respuesta a la grave situación ambiental proyectada según diversos estudios científicos realizados en esos años.¹ Los medios de comunicación comenzaron a dar cobertura creciente a los problemas ambientales, y la sociedad civil, cada vez más consciente, se comenzó a activar y a for-

* Abogada (UCV), Especialista en Derecho Ambiental (CENDES/UCV), Doctora en Desarrollo Sostenible (USB), Líder del Consejo Iberoamericano de Vitalis ONG, Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -IUCN-

¹ Entre estos estudios es pertinente destacar la obra que se considera pionera, titulada “La Primavera Silenciosa”, de Rachel Carlson (1962), con un altísimo récord de ventas, que avizó los peligros de contaminación por el uso de agroquímicos y plaguicidas y las graves consecuencias para las aves y el ambiente en general, haciendo considerar la necesidad de elegir un tipo de progreso que permitiera la preservación del mundo. Asimismo, por su amplísima repercusión merece mención el libro “Los Límites del Crecimiento”, dirigido por Dennis Meadows (1972) y elaborado por un equipo de científicos del Instituto Tecnológico de Massachusetts, Estados Unidos, quienes luego de haber modelado las interacciones entre la industrialización, el crecimiento demográfico, la demanda de alimentos, el agotamiento de recursos naturales y la contaminación, concluyeron que si continuaban las tendencias del momento el planeta alcanzaría sus límites de crecimiento en el año 2100.

mar los primeros movimientos sociales ambientalistas. Por supuesto que los hallazgos y perspectivas que realizaron los especialistas tuvieron incidencia en el ámbito de los gobiernos, la política y derecho internacional, donde las preocupaciones fueron tomando cuerpo poco a poco.

Hay que decir que antes de la aparición de estas circunstancias, la ONU se había estatuido en torno 3 pilares: la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos, basados en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Estos pilares se mantienen y siguen siendo fundamentales, pero los retos de la globalización y el desarrollo sostenible han venido a plantear nuevos temas, interrelaciones y enfoques, entre ellos el interés y necesidad de proteger el ambiente.

II. EVOLUCIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA ONU

En 1968 el Consejo Económico y Social de la ONU advirtió la necesidad de tratar sobre el deterioro constante y acelerado de la calidad del medio humano causado por factores como la contaminación del aire y las aguas, la erosión y otras formas de deterioro del suelo, los efectos secundarios de los biocidas, los desechos y el ruido.² Existía preocupación por los efectos consiguientes de esos factores para la condición del hombre, su bienestar físico y mental, su dignidad y su disfrute de los derechos humanos básicos. Se partió del supuesto de que para un buen desarrollo económico y social era esencial prestar la debida atención a los problemas del medio humano, y que esto debía hacerse con urgencia. Es así como se decide convocar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que tuvo lugar en Estocolmo, en junio de 1972.

La Conferencia de Estocolmo convirtió al medio ambiente en un tema de relevancia a nivel internacional, ganando la atención de los gobiernos y de la ciudadanía. Durante la misma, los gobiernos asistentes aprobaron el documento conocido como Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, con 26 principios que ofrecen guías para preservar y mejorar el medio humano. Allí se afirma que los dos aspectos del medio humano –natural y artificial– son esenciales para el bienestar y para el goce de los derechos humanos. Así, se vinculan los derechos a la libertad e igualdad con un medio ambiente de calidad, que permita el disfrute de condiciones de vida adecuadas; paralelamente, se propugna la obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. Esta Declaración tiene enorme relevancia desde la perspectiva de las ciencias jurídicas, ya que es considerada por la doctrina el punto de partida del Derecho internacional ambiental.

² Resolución 1346 XLV, 30 de julio de 1968.

Otro resultado apreciable de esta Conferencia se produce en el ámbito institucional y de gobernanza, con la creación del Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (PNUMA) para coordinar las actividades relacionadas con el tema. En los niveles nacionales la Conferencia también ejerció influencia, determinando la creación de instituciones y normas especializadas en muchos países.

Para conmemorar el 10 aniversario de Estocolmo, en 1982 se realizó en la ciudad de Nairobi, Kenya, una conferencia de la ONU que tuvo participación, trascendencia y resultados muy limitados. Se produjo una declaración final, conocida como Declaración de Nairobi, en la cual, si bien se reconocieron los provechos que trajo Estocolmo en términos de avances en opinión pública, educación, legislación, creación de organismos gubernamentales y no gubernamentales, entre otros, al mismo tiempo se expresó inquietud por el empeoramiento de las condiciones ambientales del planeta, insatisfacción por la falta de aplicación del plan de acción de Estocolmo, y se hizo un llamamiento para intensificar esfuerzos. Esta Declaración reafirmó que los Estados debían promover el desarrollo progresivo del Derecho ambiental.

En ese mismo año –1982– la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Carta Mundial de la Naturaleza,³ preparada por un grupo de expertos, que incluye 24 principios de conservación y respeto a la naturaleza, con arreglo a los cuales debe guiarse y juzgarse todo acto del hombre que pueda afectarla. Se fundamenta en que no es posible satisfacer las necesidades de todos si no se asegura el funcionamiento adecuado de los sistemas naturales, y que la conservación de la naturaleza es parte integrante de las actividades de desarrollo social y económico.

En 1983, por iniciativa del PNUMA, la Asamblea General de la ONU acordó, mediante resolución,⁴ la elaboración de “una perspectiva ambiental hasta el año 2000 y más adelante”⁵, y la creación de una comisión especial que apoyara esta tarea, la cual debería presentar un informe sobre el medio ambiente y la problemática mundial, incluidos proyectos de estrategias para lograr un desarrollo duradero. La comisión adoptó el nombre de Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y fue presidida por la Primera Ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland.

En 1987, luego de un estudio de 4 años, el grupo presentó a la Asamblea General su informe titulado “Nuestro Futuro Común”, también conocido como

³ Resolución 37/7, 28 de octubre de 1982.

⁴ Resolución 38/161, 19 de diciembre de 1983.

⁵ Siendo un marco de referencia amplio para la adopción de medidas en relación con las políticas y los programas encaminados a lograr un desarrollo adecuado desde el punto de vista ambiental. Resolución 42/186, 11 de diciembre de 1987.

“Informe Brundtland”. El Informe introdujo el término desarrollo sostenible,⁶ definiéndolo como aquel desarrollo que “atiende las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”, esta es la definición clásica y por demás la más difundida de este modelo. El informe Brundtland precisó que el desarrollo sostenible es un proceso de cambio social en el cual la explotación de los recursos, el sentido de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y las reformas institucionales se analizan en forma armónica, ampliándose el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas.

En 1988 la Asamblea General acordó convocar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la cual debía elaborar estrategias y medidas para detener o invertir los efectos de la degradación del medio ambiente, en el contexto de la intensificación de esfuerzos nacionales e internacionales para promover un desarrollo sostenible y ambientalmente racional en todos los países

Efectivamente, la Conferencia de Río, conocida como Cumbre de la Tierra, se celebró en junio de 1992, y se reconoce como un momento trascendental no sólo de las cumbres ambientales, sino de las cumbres de la ONU en general, por una participación sin precedentes de Jefes de Estado y de Gobierno, sociedad civil y periodistas.

En esta Cumbre se aprobó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, mediante la cual, finalmente, el concepto de desarrollo sostenible se institucionalizó a nivel jurídico y político, delineándose 27 principios que constituyen hoy por hoy referente medular del Derecho internacional ambiental.⁷ La Declaración anuncia muchos elementos o premisas relativas al concepto

⁶ El término había sido por primera vez acuñado en la Estrategia Mundial de Conservación, documento que había sido encargado por el PNUMA y producido en 1980 por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) con el apoyo del Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF). El documento estaba orientado a estimular la conservación de los recursos vivos y a proporcionar orientación política sobre cómo llevarla a cabo. El título original fue “*Living Resource Conservation for Sustainable Development*”, siendo la primera aparición del término desarrollo sostenible, sobre el cual se señala que debe tomar en cuenta factores sociales y ecológicos, así como económicos; igualmente, que debe tomar en cuenta la base de recursos vivos y no vivos; y las ventajas y desventajas a corto y a largo plazo de las acciones alternativas. En definitiva, y dado que el documento estaba concentrado en los problemas que afectan los objetivos de conservación, se mantuvo el abordaje del desarrollo sostenible centrado en la ecología, a diferencia del informe Brundtland, donde el término se enfocó con una perspectiva más allá de lo ecológico.

⁷ Como parte del proceso preparatorio de Río se incluyó la idea de redactar una Carta de la Tierra, como un documento de bases éticas para el desarrollo sostenible. Se realizaron varias reuniones con ese fin y se discutieron diversas propuestas y principios, pero

de desarrollo sostenible: el ser humano como centro de preocupaciones, la equidad intergeneracional e intrageneracional, el ambiente como parte del desarrollo, la lucha contra la pobreza, la consideración del estado de desarrollo y grado de vulnerabilidad de los países, la cooperación entre los estados, la asignación de responsabilidades comunes pero diferenciadas, la revisión de los modelos de producción y consumo, la promoción de una política demográfica adecuada, el fortalecimiento de capacidades, la transferencia tecnológica y de información, el carácter participativo, un sistema económico internacional favorable, la creación de legislación apropiada, la aplicación del criterio de precaución, la internalización de costos ambientales, la evaluación de los impactos ambientales, la atención de los desastres naturales, el papel fundamental de ciertos grupos (mujeres, jóvenes y comunidades indígenas), la paz y la solidaridad como valores necesarios.

Además, en la Cumbre de Río se aprobaron el Convenio sobre Diversidad Biológica y la Convención Marco sobre Cambio Climático, así como el documento denominado Agenda 21 (o Programa 21), como instrumento de gestión exhaustivo que detalla acciones a nivel global, nacional y local para hacer más concreto el modelo de desarrollo sostenible, siendo uno de sus componentes el fortalecimiento del papel de los principales sectores de la sociedad y su amplia participación en los procesos de toma de decisiones, promoviendo un nuevo modelo de gobernanza.

Nuevos aportes al tema se dieron en la Cumbre del Milenio de la ONU, celebrada en New York en el año 2000, cuya declaración política reafirma el apoyo a los principios del desarrollo sostenible, en particular los incluidos en la Agenda 21, y aboga por una ética de conservación y resguardo en todas las actividades relacionadas con el ambiente. En tal sentido, se estableció el respeto de la naturaleza como valor fundamental, junto con los valores de libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, y responsabilidad común; considerándose todos esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI. Se agregó que estos valores deben materializarse en acciones, y en ese sentido se fijaron 8 objetivos clave, conocidos como los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), dentro de los cuales se incluyó la sostenibilidad ambiental. Los objetivos, que según se fijó debían lograrse para el año 2015, son los siguientes: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad de género y autonomía de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; y 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

la falta de consenso trajo como consecuencia el retiro de la Carta de la Tierra de la agenda oficial de la Cumbre. Así, en lugar de la Carta, se aprobó la Declaración de Río.

Según el PNUD, los Objetivos de Desarrollo del Milenio servirían como un nuevo marco para el desarrollo sostenible, al exigir que, a través del establecimiento de metas y objetivos de equidad social, se contribuya al desarrollo económico y a su vez se vele por la sostenibilidad ambiental.⁸

El siguiente hito está configurado por la “Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible”, realizada en Johannesburgo en 2002. De allí surgieron dos documentos principales: la Declaración sobre Desarrollo Sostenible y el Plan de Aplicación. La Declaración reafirma el desarrollo sostenible como parte importante de la agenda de la ONU, y la aspiración de que el mundo lo respete y ponga en práctica; el documento pone énfasis en la pobreza y en las disparidades entre países y dentro de ellos. Un elemento presente la Declaración y el Plan es el apoyo a la cooperación público-privada, llamándose a la formación de asociaciones de colaboración entre los gobiernos, lo cual es muestra de que los gobiernos, por sí solos, no pueden afrontar los retos que implica el desarrollo sostenible, y que debe darse cabida a la gobernanza participativa. No obstante, principalmente desde el sector de la sociedad civil, muchas veces se ha opinado que los resultados de Johannesburgo fueron desilusionantes.

En 2012 se celebró la reunión conocida como Río +20, aludiendo a los 20 años transcurridos desde la Cumbre de Río, donde se generó una declaración final denominada El futuro que queremos⁹, la cual reafirma los principios de Río y renueva el compromiso en favor del desarrollo sostenible. Se reiteró el compromiso de hacer todo lo posible para lograr los ODM, y más allá de eso, se acordó formular unos nuevos objetivos de relevo, denominados precisamente Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), para incorporar todos los elementos que requiere este paradigma.

Mientras en los ODM el ambiente se percibe como un tema separado y específico, en los ODS se convierte en tema transversal. Si bien los ODM se enfocaban esencialmente en los aspectos sociales del desarrollo, los ODS vendrían a abordar e incorporar de forma balanceada las tres dimensiones del desarrollo sostenible y sus interconexiones.

Esto es, porque el desarrollo sostenible es una propuesta sistémica y más compleja, en el que los componentes social, ambiental y económico requieren igual atención. La sostenibilidad del desarrollo debe construirse integralmente, teniendo como premisa que la sostenibilidad social, la ambiental y la económica funcionarán –o no funcionarán– de manera interconectada. En la concepción del desarrollo sostenible no se trata solamente de sumar una dimensión emergente –la ambiental– a las dimensiones social y económica, sino que más allá de eso, el ambiente es el punto de partida para replantear los conceptos tradi-

⁸ PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 1994, Fondo de Cultura Económica, México, pp 243. http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf

⁹ Resolución 66/288, 27 de julio de 2012

cionales económicos y sociales asociados al desarrollo, y para configurar un modelo diferente.

El desarrollo sostenible se vuelve el elemento central y se encumbra en la institucionalidad a nivel global cuando cristaliza, en septiembre de 2015, la aprobación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible por parte de los Estados Miembro de la ONU,¹⁰ producto de las propuestas del grupo de trabajo especial y de un proceso que se llevó a cabo de manera participativa, con consultas temáticas nacionales y globales.

La Agenda estableció 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas conexas, que constituyen un llamado a la acción y una hoja de ruta, donde los esfuerzos giran en torno a fortalecer y favorecer 5 ejes, conocidos como las 5P: personas, planeta, prosperidad, paz y alianzas (o parternariado). Con ello se pretenden hacer realidad los derechos humanos de todas las personas, teniendo como convicción y lema el *no dejar a nadie atrás*. Los 17 objetivos comprenden: 1. Fin de la pobreza, 2. Hambre cero, 3. Salud y bienestar, 4. Educación de calidad, 5. Igualdad de género, 6. Agua limpia y saneamiento, 7. Energía asequible y no contaminante, 8. Trabajo decente y crecimiento económico, 9. Industria, innovación e infraestructura, 10. Reducción de las desigualdades, 11. Ciudades y comunidades sostenibles, 12. Producción y consumo responsable, 13. Acción por el clima, 14. Vida submarina, 15. Vida de ecosistemas terrestres, 16. Paz, justicia e instituciones sólidas y 17. Alianzas para lograr los objetivos.

Dichos objetivos y metas se prevén para un período de 15 años, tienen un carácter integrado e indivisible y un alcance mundial, siendo su implementación requerida en los planos nacional, regional y mundial, teniendo en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada país y respetando sus políticas y prioridades nacionales. Señala la Agenda que su cumplimiento solo puede darse en el marco de una alianza mundial para el desarrollo sostenible revitalizada, con una intensa participación mundial, aglutinando a los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias, movilizandolos todos los recursos disponibles, y con el apoyo de las políticas y medidas concretas como la Agenda de Acción de Addis Abeba sobre financiación.¹¹

Dada la magnitud de las amenazas y los retos que enfrentamos como sociedad global, mucho más considerando la crisis generada por la COVID-19 y los impactos cada vez más presentes del cambio climático, los ODS no son ya

¹⁰ Resolución 70/1 “Transformando nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

¹¹ Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba) aprobada por la Asamblea General. Resolución 69/313, 27 de julio de 2015.

solo la guía para la transición hacia un modelo sostenible, sino el puente a la supervivencia y la herramienta clave para la recuperación, tal como lo ha señalado el PNUMA.

Como se ha visto, el Derecho internacional del ambiente se ha cimentado sobre la base de instrumentos de *soft law*, incluyendo resoluciones y principalmente declaraciones, como las de Estocolmo y Río de Janeiro, que tienen un valor fundamental a pesar de no ser vinculantes, pues han jugado un papel muy importante en el establecimiento y desarrollo de los principios jurídicos propios de esta área del conocimiento. Al mismo tiempo, el Derecho internacional ambiental está constituido por una multiplicidad de acuerdos multilaterales ambientales (tratados, convenios, protocolos, entre otros) suscritos por los Estados, que han venido regulando cada uno de los temas sectoriales con carácter vinculante, tales como: capa de ozono, comercio de especies amenazadas, biodiversidad, contaminación transfronteriza, desechos peligrosos y, por supuesto, cambio climático, entre muchos otros.

En cuanto a este último tema, vale destacar el gran valor y aporte que representa el Acuerdo de París adoptado en 2015, dando respuesta a la grave situación que enfrenta el planeta mediante el establecimiento de compromisos por parte de los Estados que permitan limitar el calentamiento global a 1,5 grados por encima de los niveles preindustriales. Partiendo de los compromisos allí establecidos –y para hacerlos exigibles– se han motorizado exponencialmente los litigios climáticos, existiendo ya sentencias pioneras. Además, este Acuerdo dio un paso muy positivo al asumir la perspectiva de derechos humanos, estableciendo que los Estados, al tomar medidas para abordar el cambio climático, deben respetar, promover y tomar en consideración sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos. El Acuerdo de París sobre Cambio Climático y la Agenda 2030 son marcos que brindan la mejor oportunidad para un futuro sostenible.

III. EL PROCESO DE UN PACTO MUNDIAL POR EL MEDIO AMBIENTE

Hay aun metas por cumplir e hitos que alcanzar en lo que respecta al desarrollo del Derecho internacional ambiental, y ello se hace patente al examinar el proceso llevado a cabo alrededor del Pacto Mundial para el Medio Ambiente. El 10 de mayo de 2018 la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución “Hacia un Pacto Mundial para el Medio Ambiente”,¹² cuya propuesta fue presentada por el presidente de Francia, basada en el trabajo elaborado por la sociedad civil internacional conformada en una red conocida como Grupo Inter-

¹² Resolución 72/277, 14 de mayo de 2018. <https://globalpactenvironment.org>

nacional de Expertos por el Pacto,¹³ impulsada y coordinada por el *think tank* francés *Club des Juristes*.¹⁴

La resolución aprobada ordena la realización de un informe técnico para identificar y evaluar los posibles vacíos en el Derecho internacional ambiental y sus instrumentos relacionados, con el fin de fortalecer su aplicación. De igual modo, la resolución establece la creación de un grupo de trabajo especial de composición abierta que se dedique a examinar dicho informe y formule recomendaciones para atender los vacíos identificados, pudiendo considerar la viabilidad, parámetros y alcance de un instrumento internacional, en caso de estimarlo necesario.

El Informe del Secretario General de las Naciones Unidas presentado en noviembre de 2018¹⁵ efectivamente planteó esta opción, señalando que el Derecho internacional del ambiente y su aplicación efectiva podrían reforzarse a través de medidas como la aclaración y el fortalecimiento de los principios que lo rigen, y que esto podría lograrse con un instrumento internacional exhaustivo y unificador que abarcara todos los principios del Derecho ambiental. Esto resulta sumamente relevante, ya que como anteriormente se dijo, algunos principios están incluidos en instrumentos no vinculantes, mientras que otros están consagrados en acuerdos multilaterales jurídicamente vinculantes pero específicos, limitándose por tanto a su respectiva área temática.

El informe también pone de relieve que el Derecho internacional ambiental se caracteriza por la fragmentación y una carencia generalizada de coherencia y sinergia entre un gran número de marcos normativos sectoriales, y que esto da lugar a un déficit importante de coordinación en la formulación de leyes y su aplicación.

¹³ *Le Club des Juristes, White Paper: Toward a Global Pact for the Environment*, september 2017. <https://globalpactenvironment.org/uploads/White-paper-Global-pact-for-the-environment.pdf>

¹⁴ El *Club des juristes* es el principal *think tank* jurídico francés, creado en 2007 como espacio independiente para debates y propuestas legales innovadoras y concretas. Une a profesionales de diversos ámbitos del derecho, incluyendo magistrados, notarios, profesores. Promueve el encuentro con sectores políticos y empresariales, entre otros, para juntos llevar a cabo una visión de futuro en torno a los problemas legales más destacados. Su presidente al momento de presentarse la propuesta de Pacto era Laurent Fabius, quien es también presidente del Consejo Constitucional Francés y ex presidente del COP21 que dio lugar al Acuerdo sobre Cambio Climático. <https://www.leclub-desjuristes.com>

¹⁵ ONU, Informe A/73/419. *Lagunas en el Derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente*, 30 de noviembre de 2018. <https://undocs.org/es/A/73/419>.

Así las cosas, el proyecto de Pacto propuesto, contentivo de 26 artículos, persigue la codificación ambiental: reunir o unificar los principios en un solo texto legalmente vinculante y con visión sistémica; Por otro lado, el proyecto asume la consagración del derecho humano a un ambiente sano y otros derechos relacionados.

1. *Los principios en el Derecho Ambiental Internacional*

El Pacto Mundial por el Medio Ambiente no es la primera propuesta de este tipo que se presenta. La preocupación por dotar al Derecho ambiental de un marco comprehensivo o totalizador enfocado en los principios, ya se había manifestado en otros documentos. En primer lugar, debe mencionarse la Carta de la Tierra, cuyo proceso inició en el seno de la ONU en las etapas preparatorias de la conferencia de Río, con el impulso del Secretario General de la cumbre Maurice Strong, y finalmente se transformó en un proyecto de la sociedad civil –y ya no de los estados– que luego de un amplísimo diálogo, llevó a la aprobación del documento en 2000.¹⁶ También es pertinente mencionar el Proyecto de Pacto Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo propuesto en 1996 por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN).

De hecho, ya la Comisión Brundtland, en 1987, había dejado sentada la conveniencia de esta labor codificadora: 1. En el informe “Perspectiva ambiental hasta el año 2000 y más adelante”, consideró que la aparición progresiva de normas y principios ambientales generales y la codificación de los acuerdos existentes podrían dar lugar a un convenio mundial sobre la protección y mejoramiento del medio ambiente. 2. En el informe *Nuestro Futuro Común*, se previó que, sobre la base de la Declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Nairobi de 1982, y muchas resoluciones de la Asamblea General y Convenios Internacionales vigentes, resultaba necesario ampliar y consolidar los principios jurídicos relevantes en una nueva carta para guiar la conducta de los Estado en la transición hacia el desarrollo sostenible. Además, señaló que esta Carta serviría de base y se ampliaría a una Convención, que estableciera los derechos soberanos y las responsabilidades recíprocas de todos los Estados en materia de protección del ambiente y desarrollo sostenible, que prescribiera nuevas normas para mantener los medios de vida y la vida en nuestro planeta.

El proyecto de Pacto Mundial por el Medio Ambiente incluye una serie de principios establecidos en diferentes instrumentos y ampliamente reconocidos por la doctrina, y también refleja principios nuevos o emergentes. La lista in-

¹⁶ La Carta es una declaración de principios éticos fundamentales para la construcción de una sociedad global justa, sostenible y pacífica en el Siglo XXI. Al respecto puede consultarse: FEBRES, M. E., *La Carta De La Tierra como instrumento sui generis del Derecho Internacional para el desarrollo sostenible*. Tesis para optar al título de Doctora en Desarrollo Sostenible, Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2015.

cluye: prevención, precaución, reparación de los daños ambientales, integración de los objetivos de desarrollo sostenible en las políticas gubernamentales, consideración de las diversas situaciones o necesidades de los países, responsabilidades comunes pero diferenciadas, equidad intergeneracional, democracia ambiental, reconocimiento del papel de la sociedad civil en la protección ambiental, no regresión, cooperación entre estados, contaminador pagador, protección ambiental en el marco de los conflictos armados, investigación, innovación y transferencia de tecnología, educación ambiental, capacitación y resiliencia.

En el campo jurídico los principios tienen una función por demás valiosa, como es ayudar a interpretar normas, actos o situaciones en general y a llenar los vacíos que puedan existir, dando un sentido de coherencia e integración a la toma de decisiones. Se puede acudir a los principios en la actividad creadora, para generar una normatividad, políticas, proyectos o programas que reafirmen y desarrollen esas orientaciones (función positiva) y al mismo tiempo frenar o excluir aquellas iniciativas que las contravengan (función negativa). Igualmente, los principios tienen la potencialidad de guiar la interpretación y creación judiciales. En la declaración final del Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la función del Derecho, celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica, en agosto de 2002, esto se reconoce, señalándose que la rápida evolución de los acuerdos ambientales multilaterales, las constituciones y los estatutos nacionales relativos a la protección del medio ambiente requiere cada vez en mayor medida que los tribunales interpreten y apliquen los nuevos instrumentos jurídicos de forma coherente con los principios del desarrollo sostenible.

Es muy relevante la función de los principios que describen Atienza y Ruiz Manero, como instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad, presentándola de manera breve y ordenada; cumplen así una función explicativa y didáctica, por su capacidad para sintetizar una gran cantidad de información.¹⁷ En el Derecho internacional ambiental y relativo al desarrollo sostenible esta necesidad es aún más perentoria, dada su fragmentación y amplitud.

Una propuesta como esta permite entender el sector del Derecho internacional ambiental como conjunto interdependiente y dotado de sentido, lo cual a su vez puede contribuir a facilitar y mejorar su implementación. De la misma manera puede contribuir a hacer más eficiente y efectiva la gobernanza ambiental internacional, mejorando la articulación entre los acuerdos multilaterales y entre las instituciones.

¹⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J., "Sobre principios y reglas". *Cuadernos de Filosofía del derecho*, Doxa, Universidad de Alicante, N° 10, 1991, pp. 101-120

2. *Los derechos de tercera generación*

El otro gran objetivo del Pacto es la juridificación a nivel global de los derechos de tercera generación relativos a la protección del ambiente, esto incluye el derecho sustantivo, autónomo y expreso a un ambiente sano, y los derechos procedimentales relacionados.

El tema de los derechos humanos ha estado presente en el ámbito de ONU desde su creación. Así se aprecia en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, documento que dejó sentados los propósitos del organismo, relativos al mantenimiento de la paz y seguridad, así como a “la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”.¹⁸

Posteriormente, en 1948 el organismo aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, partiendo del reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos como base para la libertad, la justicia y la paz en el mundo, promoviéndose además la integralidad, interdependencia e indivisibilidad de tales derechos.

Estos dos documentos se constituyeron en pilares del orden mundial, en medio de la división ideológica del mundo en los bloques oriental y occidental, que logró alcanzar un consenso en torno al rechazo a la guerra y al genocidio, lo cual fue determinante para que el énfasis de estos instrumentos estuviera puesto en la garantía de los derechos de los ciudadanos, sobre todo frente a conductas abusivas por parte de los Estados. Para ese momento la crisis ambiental no se había hecho evidente y no comportaba mayor preocupación para las sociedades y las naciones y, por lo tanto, el tema no fue incluido ni en la Carta ni en la Declaración.

Los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se han reiterado y desarrollado en numerosos instrumentos internacionales, regionales y nacionales, consolidando un cuerpo amplio de promoción y protección de derecho humanos. Sin embargo, hay que considerar lo planteado por Bea Pérez, en cuanto a que: “... los derechos humanos no están anclados para siempre en la tradición que los alumbró, no son una realidad petrificada en las condiciones históricas de su nacimiento. Podríamos decir que son un concepto que desborda cualquier concepción del mismo y de ahí su vocación universal y su capacidad para irse enriqueciendo, aunque no sea un concepto infinitamente maleable. Entendidos como exigencias normativas de la dignidad humana, los derechos humanos pueden ser asumidos y reinterpretados de modos diversos, pues siempre son una instancia crítica frente a cualquier intento de apropiación

¹⁸ Capítulo I, numeral 3, de la Carta de las Naciones Unidas.

por parte de una determinada cultura. Se abre así la puerta a un consenso más amplio y profundo del que fue posible en el momento histórico en que se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos”.¹⁹

En este sentido, se puede recalcar que a partir de 1972, con la Conferencia de Estocolmo, se comenzó a incluir en el escenario internacional la preocupación ambiental y, cada vez más, el reconocimiento de la estrecha relación entre la protección del ambiente y el disfrute de los derechos humanos, incluyéndose progresivamente en la conciencia ética del mundo nuevos temas y enfoques, lo que Van Genugten y Lambooy denominan como una expansión positiva de los estándares de derechos humanos.²⁰ Igualmente puede hablarse de los temas de desarrollo y paz, que junto con el ambiente han configurado lo que la doctrina denomina derechos de tercera generación o de solidaridad, de acuerdo a la clasificación de los derechos en tres generaciones.

Cançado Trindade ha señalado que, si bien se puede decir que todos los derechos tienen al mismo tiempo una dimensión individual y colectiva, por ser concernientes a la persona humana, así como a colectividades humanas, este grupo de derechos de solidaridad, en particular, se caracteriza por relacionarse en mayor grado con la propia comunidad.²¹ Según lo refiere Vidal Gil, los derechos de solidaridad se realizan mediante la participación e implicación activa de todos, en una acción que supera los vínculos de ciudadanía y nacionalidad, y que, por lo tanto, el sujeto de estos derechos no puede ser sino el género humano, en su conjunto.²²

En sentido similar se pronuncia León Bastos, quien destaca que estos derechos, en muchas ocasiones, trascienden los límites geográficos de los países y adquieren dimensiones internacionales, no pudiendo ser concebidos ni protegidos sin la interacción entre las naciones.²³

¹⁹ BEA PÉREZ, E., “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad. Derechos y libertades”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 17, N° 29, junio 2013, pp. 57.

²⁰ Van GENUGTEN, W. y LAMBOOY, T., *The Universal Declaration of Human Rights: Catalyst for Development of Human Rights Standards, Inspiration for Global Governance, The Universal Declaration of Human Rights and the Earth Charter*, (R. Lubbers, W. Van Genugten y T. Lambooy), Kluwer, The Netherland, 2008.

²¹ CANÇADO TRINDADE, A. A., “Derechos de Solidaridad”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.

²² VIDAL Gil, E.J., *Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. X, Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.

²³ LEÓN BASTOS, C., *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales*, Reus, Madrid, 2010

Por otro lado, en los derechos de la solidaridad hay un claro componente que se refiere a deberes y responsabilidades, lo cual ha contribuido a generar una reflexión acerca de la necesidad de que estas nociones enriquezcan la teoría de los derechos humanos en general. Bea Pérez recuerda que los derechos humanos son una construcción occidental, y que otras culturas como la hindú, budista, o china, abordan el tema de la dignidad humana más desde una perspectiva de deberes que de derechos; por eso, considera que abordar los derechos humanos de forma intercultural, pluralista y universal implica la necesidad de complementar la concepción de los derechos humanos con el lenguaje de los deberes.²⁴

A. Derecho a un ambiente sano

En el caso del derecho a un ambiente sano, su consagración está en el artículo 1 de la propuesta de Pacto, señalándose que toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente ecológicamente sano adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y desarrollo, seguido como contrapartida por el artículo 2, donde se explicita que todo Estado o institución internacional, toda persona, física o jurídica, pública o privada, tiene el deber de cuidar el medio ambiente y que, a tal fin, cada uno contribuye a su propio nivel a la conservación, protección y restauración de la integridad del ecosistema de la Tierra.

Este derecho no está reconocido en un instrumento universal, aunque sí en regímenes regionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, de 1996, se reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano, en su artículo 11. Además, según estableció la Corte IDH en la opinión consultiva 23/17, del 15 de noviembre de 2017, este derecho también debe considerarse incluido en el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.²⁵

En el nivel nacional, más del 80 por ciento de los estados miembros de la ONU (156 de 193) contemplan legalmente el reconocimiento del derecho a un

²⁴ BEA PÉREZ, E., *Op. Cit.*

²⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva 23/17, 15 de noviembre de 2017.

ambiente seguro, limpio, saludable o sostenible.²⁶ En nuestra región, 20 de los 33 países lo consagran de manera expresa en su Constituciones.²⁷

Además de ser uno de los objetivos fundamentales del Pacto, la protección jurídica universal del derecho a un ambiente sano constituye una aspiración de muchos otros movimientos y actores estatales y no estatales alrededor del mundo. El 2020 fue un año con muchos esfuerzos en esa orientación, llamando la atención del Consejo de DDHH y de la Asamblea General, con miras a que se pronuncien sobre este reconocimiento. Por su parte, en septiembre de 2020, Costa Rica, Maldivas, Marruecos, Eslovenia y Suiza emitieron una declaración conjunta en el 45° período de sesiones del Consejo de DDHH, comprometiéndose a presentar resoluciones en dicho Consejo y en la Asamblea General, para declarar el reconocimiento universal del derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible. En febrero de 2021, con ocasión de comienzo del 46° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos y la Quinta Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, se presentó el informe y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas declaró que ha llegado el momento de concretar este reconocimiento.

B. *Derechos de Acceso: Democracia Ambiental*

Los artículos 9, 10 y 11 del proyecto de Pacto incorporan los llamados derechos de acceso, que comprenden los derechos de acceder a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales, lo cual había sido recogido en el principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, cuya premisa central es que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda.

Estos derechos conllevan, por parte de los Estados, deberes procedimentales relacionados con la protección ambiental, y el cumplimiento de estos redundará en un mayor cumplimiento de los deberes sustantivos.

Siguiendo lo delineado en Río, el proyecto de Pacto precisa que toda persona tiene derecho a acceder a información ambiental en poder de las autoridades públicas, sin estar obligada a demostrar interés alguno, con la correspondiente obligación de dichas autoridades, en el marco de sus legislaciones nacionales, de recopilar y poner a disposición la información ambiental relevante.

²⁶ Universal Rights Group (David Boyd, John Knox, Marc Limon), *#THE time is now The case for universal recognition of the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment*, Geneva, 2021. <https://www.universal-rights.org/nyc/urg-policy-reports/the-time-is-now-the-case-for-universal-recognition-of-the-right-to-a-safe-clean-healthy-and-sustainable-environment/>

²⁷ Observatorio del Principio 10 en América y Latina y el Caribe de la CEPAL. <http://observatoriop10.cepal.org>

Igualmente, toda persona tiene derecho a participar en los procesos de elaboración de decisiones, medidas, planes, programas, actividades, políticas e instrumentos normativos que puedan tener un efecto significativo en el medio ambiente. También se establece la garantía para el derecho de acceso efectivo y asequible a los procedimientos administrativos y judiciales, incluyendo reparaciones y compensaciones, para impugnar los actos u omisiones de las autoridades públicas o personas privadas que contravengan el Derecho ambiental.

Estos principios habían tenido desarrollo regional mediante el Convenio sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, conocido como Convenio de Aarhus, en vigor desde 2001 y con alcance para 51 Estados de Europa y Asia Central; asimismo, más recientemente, dichos principios se han consagrado mediante el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú.

El desarrollo de este último instrumento se planteó desde el 2012 en la Conferencia Río+20, y luego del proceso preparatorio y de negociaciones auspiciado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), finalmente el texto fue adoptado en 2018, situándose su entrada en vigor en abril de 2021, tras alcanzar la ratificación de los 12 países requeridos. Es el primer tratado regional sobre el ambiente en América Latina y el Caribe, estableciendo protocolos y estándares mínimos en estos temas. También es el primero del mundo que contiene disposiciones específicas sobre los defensores de los derechos humanos relativos al medio ambiente, lo cual es muy significativo y relevante, ya que se trata de una de las regiones más peligrosas para estas personas, con altas tasas de acosos, ataques, amenazas e intimidación, esperándose que las garantías del Acuerdo contribuyan a reducir estas tendencias.²⁸ Además, el acuerdo reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano. El Acuerdo de Escazú materializa el compromiso de la región con un desarrollo más inclusivo y sostenible, alineado a los objetivos de la Agenda 2030.

IV. CAMBIO DE RUMBO Y PERSPECTIVAS

Si bien el proceso derivado de la propuesta de Pacto Mundial por el Medio Ambiente todavía está en curso, la idea originalmente prevista ha sufrido trans-

²⁸ En 2019 el Consejo de Derechos Humanos adoptó la Resolución 40/11 sobre el “Reconocimiento de la contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible”. El Consejo dijo notar con aprecio los instrumentos internacionales elaborados para proteger a los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente, como el Acuerdo de Escazú.

formaciones en sus objetivos, naturaleza y alcance, en un sentido limitante. Así se desprende de las recomendaciones emanadas del Grupo Especial de Composición Abierta, contenidas en su informe presentado en mayo de 2019, y que fueron acogidas por la Asamblea General en agosto de ese mismo año.²⁹

Fajardo pone de relieve que, en este cambio de enfoque del posible instrumento, la atención se sitúa en la mejora de la aplicación del Derecho ambiental a través de su incorporación en los ordenamientos jurídicos internos y de la previsión de los necesarios recursos para garantizar su cumplimiento. Señala que se observa una afirmación del bloque de obligaciones y compromisos que conforman el Derecho internacional del medio ambiente, omitiéndose cualquier referencia tanto a los principios como a los derechos de tercera generación.³⁰

Por otro lado, las negociaciones reencauzan su objeto para dirigirse hacia la adopción de un instrumento internacional en una conferencia de alto nivel de la Asamblea General, es decir, que ya no se trataría de un instrumento de naturaleza vinculante, sino de un instrumento de *soft law*, bajo la figura de una declaración, que se espera pueda aprobarse en 2022, en la cumbre que se llevará a cabo bajo el nombre *Estocolmo+50*, coincidiendo con el 50º aniversario de la Declaración de Estocolmo.

Aguila ha subrayado la importancia de tener un pacto con fuerza normativa, que permitiría a las instancias judiciales controlar la conformidad de las leyes y reglamentos nacionales respecto de los grandes principios ambientales, lo cual no es posible actualmente, dada la naturaleza de simples declaraciones, sin alcance normativo, de los textos existentes. Añade que el hecho de disponer de un verdadero catálogo de principios fundadores con carácter obligatorio completaría eficazmente el edificio jurídico relativo a la protección ambiental.³¹

Así las cosas, el haber pasado el Proyecto de Pacto Internacional por el Medio Ambiente del ámbito de *hard law* al de *soft law*, no es una buena noticia; sin embargo, se entiende que la decisión obedece a la necesidad de salvar el proceso, pues si lo primero redundara en que el proyecto se vuelva fallido, y lo segundo ayuda a aglutinar mayor consenso de los Estados, constituye una idea justificada, que no podía dejar de explorarse.

Raúl Brañes, una de las opiniones más calificadas a nivel mundial en la materia, considera que el desarrollo del Derecho internacional debe darse en un

²⁹ Resolución 73/333, 30 de agosto de 2019.

³⁰ Fajardo del Castillo, T., *Avances y retrocesos en la negociación del Pacto Mundial por el Medio Ambiente*, Actualidad Jurídica Ambiental, n. 95, 2019. ISSN: 1989-5666 NIPO: 693-19-001-2. https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/10/2019_11_04_Fajardo_Pacto-Global-Medio-ambiente.pdf

³¹ AGUILA, Y., “La Adopción de un Pacto Internacional para la Protección del Medio Ambiente”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 10, N°. 13, 2017, ISSN 1794-600X.

sentido que ayude a la construcción de un orden internacional que propicie el desarrollo sostenible. El autor estima necesario recordar los planteamientos que hizo la Comisión Brundtland en 1987, que aconsejaban el establecimiento de unos principios generales y la codificación de los acuerdos existentes, esto es, la creación de una Declaración Universal y un Convenio “paraguas”. Sobre el particular, Brañes afirma: “esta propuesta nos parece de mucho interés, pues está dirigida a la adopción de instrumentos internacionales que son necesarios como marco general del cambio cualitativo que es menester imprimir al desarrollo del Derecho internacional para la protección del medio ambiente.”³²

Se ha reconocido que este planteamiento -en dupla- sigue el mismo modelo jurídico o diseño sobre el que se ha edificado el área del Derecho internacional de los derechos humanos, al contarse con un documento de *soft law* –pero muy significativo– como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en derivación de ella, documentos vinculantes representados por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El año 2022, con el impulso de la conmemoración de Estocolmo+50, podría representar un momento único y por demás propicio para seguir dando pasos hacia la mejora en el desarrollo e implementación de Derecho ambiental. Siguen en marcha los esfuerzos alrededor del Pacto, con una coalición de la sociedad civil que continúa ejerciendo presión e influencia para movilizar y posicionar el proyecto, su necesidad y sus aspectos clave.

³² BRAÑES, R., *Manual de derecho ambiental mexicano*. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México, 2000, pp. 703.

MOVILIDAD, ELECTRICIDAD Y MEDIO AMBIENTE

Carlos Martín GALVIS HERNÁNDEZ
Profesor en la Universidad Católica del Táchira

I. INTRODUCCIÓN

La movilidad es un tema de mucha importancia en el desarrollo social y económico de cualquier país, hoy más vigente que antes, ante la pandemia producida por el COVID-19, donde han surgido sobrevenidamente un conjunto de decisiones gubernamentales que restringen el libre tránsito pedestre y vehicular, afectando seriamente toda la economía mundial.

Colateralmente se ha visto afectada, entre otras, la industria automotriz, al sufrir importantes mermas de mercado, el cual, con lo acaecido recibe oxígeno para el rediseño de las políticas comerciales adecuadas al definitivo despegue de la mayor utilización de los vehículos movidos por electricidad, lo que debería corresponder a los beneficios buscados y pretendidos de cero emisión de gases de efecto invernadero, con la utilización de las nuevas tecnologías de la industria de la electromovilidad.

Se hermanan así, la movilidad, la electricidad y el medio ambiente, para lograr un entorno más limpio, que beneficie la convivencia en un ambiente más sano, producto del uso de energía limpia en la producción de automóviles de todas las tipologías, apoyándose en frecuente investigación que lleve a bajar los costos de producción y se puedan insertar progresivamente más vehículos al parque automotor.

II. LA MOVILIDAD Y EL COVID 19

Siendo la movilidad un tema de actualidad por la presencia mundial del COVID-19, desde su propagación generalizada a comienzos de 2020, las medidas que fueron tomando los gobiernos de los distintos países en todo el mundo, cada uno a su criterio y consideración, produjo un cambio, si se quiere radical, en la vida social y sobre todo en el orden económico, cuestionado por los afectados directos, quienes, con razón o sin ella, vieron diezmados sus ingresos diarios, influyendo obviamente en los flujos de caja, llegando a hacer desaparecer del mercado a empresas que, jamás se hubiese pensado en el cese definitivo de sus actividades, pues tratándose de varias décadas de existencia, se consideraban sólidas y consolidadas en los nichos donde se desempeñaban.

Otras empresas, con mejor suerte que las desaparecidas, como las dedicadas al transporte aéreo, fueron oxigenadas financieramente, lo que les ha permitido reiniciar paulatinamente operaciones. Pero, en ciertos sectores, encontrándose con un mercado comprimido por la baja demanda en sus bienes y servicios con presencia de compradores, las ventas se han incrementado virtualmente, trayendo disminución del flujo vehicular, a más de las restricciones, y de la movilidad peatonal, pues ahora, de la comodidad de la casa se adquieren los bienes de consumo diario.

Es decir, mientras unos cuantos ven diezmados, lo que venían siendo sus ascendentes balances, otros, por el contrario, la pandemia les ha traído fuerza económica que permite su sostenibilidad y permanencia en el mercado.

Los grandes beneficiados en lo económico de las restricciones vehiculares y peatonales generadas por la pandemia han sido quienes vienen dominando ascendentemente las ventas por vía electrónica, a los que les calza perfectamente la máxima de que, la crisis para unos, son puertas de oportunidades que se abren para otros.

Acaso alguien llegó siquiera a imaginarse el talante del problema en sus inicios, pues de haber tenido esa visión, como en efecto hubo quienes, se les ignoró, ya que primaron sobre la vida, otros factores, sin dejar de acotar que muchas de las medidas adoptadas, imprevistas y cuestionadas, fueron producto del momento, que aún hoy, son repetidas ante el desborde desmedido de la población por calles, avenidas y espacios públicos y privados en general.

En este momento sólo haremos referencia, de las múltiples medidas adoptadas, a la que concierne, a la que invade, legalmente o no, pues no es el tema, el libre tránsito, que toca el libre desenvolvimiento de la personalidad, imponiendo restricciones por prolongadas horas diarias, diurnas y nocturnas, tomando en cuenta edades, sexo, comunidades, terminales del documento de identificación, placas de vehículos, rubros económicos y un sinfín de aspectos considerados por cada gobierno de turno como el apto o pertinente para atemperar el impacto.

La restricción a la libre circulación de personas y vehículos por vías públicas ha impactado severamente en lo laboral, educativo, social, familiar, económico y muchos otros ámbitos propios del diario desarrollo de la sociedad. Que le digan que no puede movilizarse por tales localidades, ni a determinadas horas del día, prolongando luego tales restricciones, no ha producido más que descontento, desasosiego y nostalgia, al verse confinado intempestivamente, con razones o motivos no entendidos por los destinatarios inmediatos y directos de las novedades limitativas del desplazamiento; pero, frente al rigor de la limitante podría argüirse la necesidad de protección de la salud pública y el bien comunitario, frente a los intereses personales y particulares.

La movilidad compartida¹ se ha visto, producto de la pandemia, severamente disminuida, ante la recomendación de evitar la concentración y alto volumen de personas, llevando al uso de automóviles privados, siempre que no se restrinja su uso también.

La limitación de tránsito de personas y vehículos, hizo que se tuvieran que implementar medidas sancionatorias de diversa entidad, en lo económico y en lo personal, que aún teniendo alto rigor, los destinatarios de la restricción descatando las normas, se han hecho acreedores a las sanciones implementadas. No es extraño encontrarnos con diversos pronunciamientos en distintos países, tendentes en el ámbito constitucional, a proteger los derechos de las personas de más avanzada edad, quienes cuestionan los argumentos justificados de protección a sus vidas, frente a la aparente vulnerabilidad por su longevidad, restricciones administrativas que fueron objeto de nulidad en fallos judiciales.

Es decir, se ha visto de todo y para el interés mas generalizado, las disputas entre las administraciones y los particulares, de manera individual, colectivamente o ya industrial o empresarialmente; siendo asunto inescindible del acontecer diario, considerándose la pandemia COVID-19, tema de salud pública mundial, que ocupa titulares diariamente y preocupa a la humanidad, haciendo que la Organización Mundial de la Salud, no deje el tema de lado en ningún instante, por ser el ente de la Organización de las Naciones Unidas con competencia sobre el asunto, que ha rebasado sus lineamientos y directrices, haciendo que cada país tenga que investigar por cuenta propia mecanismos y protocolos de aplicación sobrevenida para no dejar que progresen los números negativos de enfermos y muertos. Estos avances particularizados de algunos países no dejan de ser positivos en los aportes de lucha continua contra la pandemia.

III. MOVILIDAD VEHICULAR ELÉCTRICA Y SU IMPACTO AMBIENTAL

También encontramos que las restricciones a la movilidad afectan seriamente la industria automotriz, pues para nadie es un secreto que mayoritariamente requiere del vehículo, ya que los movilizados pedestremente, no pueden hacerlo para grandes distancias y cuando requieren trasladar varias personas y bienes que por su peso y medida, hace casi imposible dejar de utilizar el automóvil.

Pero, frente a las restricciones vienen los beneficios, entre los cuales, encontramos que el medio ambiente se oxigena con esas medidas restrictivas de circulación vehicular, nada despreciables para respirar en las grandes metrópolis aire menos contaminado, del que todos dependemos, como ingrediente diario de vida de mejor calidad. Entonces es como colocar en la balanza estas si-

¹ about.bnef.com/electric-vehicle-outlook/ (BloombergFinanceLP, 2020).

tuaciones, los cuestionadores y los agradecidos, los afectados y los beneficiados; todos en conjunto convivientes de entornos socio económicos que interactúan continuamente, por ser parte de una comunidad, donde unos y otros se necesitan para tan importante equilibrio.

En la implementación de políticas públicas cada país y los comunitarios en conjunto, deben diseñar las adecuadas normas directivas de las conductas a desplegar con la incorporación del auto propulsado por mecanismo eléctrico y no por la tradicional energía fósil, poco o nada amigable con el medio ambiente, dada la excesiva emanación de CO₂, que en el transcurrir de los años no ha ocasionado otro beneficio que la movilidad de personas y bienes, frente a los múltiples perjuicios de contaminación ambiental.

Desde la óptica del calentamiento global, son más sostenibles en su orden de menor a mayor contaminantes, el vehículo eléctrico, los híbridos, los propulsados por gasolina, y finalmente el movido su motorización por diésel. Como se puede ver, pesa más en la balanza la categoría de los vehículos eléctricos, para hacerse del mercado mundial de la industria automotriz, pretendiendo que el tiempo no le propine inesperados resultados negativos, tomando en cuenta la medida acordada por esta fecha del año 2015 en París, cuando concurrieron las voluntades políticas de los mandatarios mundiales, de pretender un calentamiento global a menos de 2 grados celsius, pretensión nada desdeñable, tomando en cuenta que no fue sencillo a lo que se pudo llegar, luego de muchas consideraciones que se debieron esbozar para lograr la definitiva aprobación del límite indicado.

Todas las normas que, paulatinamente se han ido aprobando, van desde las relativas a las condiciones de diseño y sus componentes de cada vehículo, hasta el tipo de mecanismo propio de la operatividad o puesta en circulación de los autos movidos por energía eléctrica, lo que en conjunto constituyen aspectos bastante importantes o imprescindibles para la mutación de un sistema de movilidad vehicular operados con gasolina a uno nuevo cuyo movimiento es a través de energía eléctrica.

Entra en juego del diseño de un conjunto de políticas, la necesaria visión prospectiva de todo lo que rodea la puesta en marcha de este tipo de medio de transporte de personas y bienes por las vías públicas, que en presencia de un mundo cada día mas globalizado, hace que las normas a implementar cuenten con un mayor número de voluntades en la aprobación de las definitivamente convenidas.

Pero, las normas objeto de diseño y aprobación no se pueden quedar en lo meramente superficial, como sería todo lo inherente al diseño y ensamblaje de los vehículos, requiriendo el estudio, investigación y estructuración de un conjunto de disposiciones directivas y reglamentarias que desde ahora, sin dejarlo al devenir, regulen los aspectos que directa e indirectamente, constituyan el marco necesario de regulación para la puesta en funcionamiento de las mismas, en los países destinatarios de ellas.

Esas otras normas, distintas a las de fabricación, atañen a los componentes de la parte eléctrica sustitutiva del mecanismo de motorización por combustible derivado del petróleo, que lleva implícito preguntarse, qué tanto impactan estos componentes eléctricos en el medio ambiente, si son de mayor peso las ventajas que las desventajas en el momento de más alto predominio del guiado por mecanismo eléctrico frente al que lo es por energía fósil.

Se pronostica que no es tan significativa la demanda de electricidad requerida para el funcionamiento y operatividad de los medios de transporte que la requieren, siendo particularmente que para el año 2040, los vehículos eléctricos de pasajeros consumen 1290 TWh, los vehículos eléctricos comerciales consumen 389 TWh² y los vehículos eléctricos de dos ruedas consumen 69 TWh.

Esto conlleva además, tomar en cuenta los aspectos impositivos, laborales, transferencia tecnológica, apertura de mercados, reingeniería en los centros de diagnóstico y atención pos venta; y en definitiva todo un conjunto de normas colaterales propias de la novedad de la industria automotriz, tan pronto cambie en mayor porcentaje el paradigma de uso del vehículo movido por electricidad. Es este, otro campo de atención que no debe ser descuidado por los países en procura de que los cambios antes que beneficios, terminen por traerle perjuicios colaterales, entre otros, que en la masiva producción de baterías para la movilización vehicular se vean afectadas comunidades o centros poblados en su medio ambiente, a pesar de verse como justificación la generación de empleos a gran escala y en diferentes áreas de producción de los nuevos componentes de los vehículos movidos por electricidad. Es decir, estamos frente a una diversidad de nuevas tecnologías de la industria automotriz, que derivan en nuevos retos industriales, comerciales y que por ende requiere la regulación de cada Estado, tomando en cuenta esos asuntos de campos abiertos o carentes de normas reguladoras, las conductas de los destinatarios directos e indirectos de los aspectos por regular.

Las nuevas políticas llevan a diseñar directrices, definir conductas, incorporar métodos, crear conciencia, incentivos económicos y una amplia gama de situaciones propias de la novación o cambios que conlleva el nuevo paradigma de la mutación definitiva del vehículo movido por energía derivada del petróleo a la energía proveniente de la movilización eléctrica.

Movilidad con electricidad es la llave que muchos tenderán a salvaguardar, quizás frente a otro sector, creemos minoritario que, se opondrá al cambio. No hay que dejar de lado que se imponen intereses económicos y por qué no políticos que, van a sufrir cambios que obligarán a salir de las zonas de confort para tener que montarse en las de innovación, no sólo del momento, sino continuada, dada la necesidad de seguir haciendo más eficiente el uso del nuevo tipo de vehículos. Es decir, estamos frente a una competencia, que en sus inicios, re-

² about.bnef.com/electric-vehicle-outlook (BloombergFinanceLP, 2020).

quiere estrategias, comprobaciones, tecnologías, políticas gubernamentales y sobre todo abrir la mente del usuario para saltar de lo tradicional a lo novedoso, más allá del largo discurrir de los años desde la aparición de este importante instrumento de movilidad, como es el vehículo.

Todo cambio implica importantes y diversos aspectos para la concienciación de lo que viene, olvidando paulatinamente lo que por muchos años nos envolvió, no como tema de moda, pues no es simplemente desprenderse de un ropaje para sustituirlo por otro, sino en un área tan importante y compleja como es la de transportación o movilidad de personas y cosas, inherente a servicio privado y público, y de todo aquello que involucra prestación de bienes y servicios, que no pueden escindirse de tan esencial medio de traslación por muy distante o cercano que sea lo que requiera del uso continuo o temporal del vehículo. Por ello, se quiera o no, el cambio no es para dejarnos del auto, sino para perfeccionar su uso, haciéndolo menos dependiente del combustible que congrega a los productores de petróleo, lo que sí constituye un importante cambio en políticas de competitividad para los países que sustentan sus ingresos, mayoritariamente en ese producto energético, pues ya el mercado les irá paulatinamente disminuyendo, frente al mercado de los componentes propios del nuevo tipo de vehículos que requerirán de otras partes o piezas en razón del cambio de operatividad de la gasolina a la energía eléctrica.

Se afirma que los vehículos eléctricos en todos los segmentos ya están desplazando por día un millón de barriles de demanda de petróleo, viéndose particularmente afectada la demanda de petróleo de los vehículos de pasajeros por la aparición del COVID-19.³

Estos cambios también se verán reflejados en lo relativo a la pos venta, ya que una vez rodando las unidades automovilísticas se va a requerir el mantenimiento preventivo y el correctivo, campo ignoto y aun incipiente, que estarán a la caza sus conocedores, generándose una fuerte competencia de mercado, pensamos sana, dado que se comienza con un ascenso acelerado de la incorporación a la venta y circulación de esa tipología vehicular, donde la mano de obra, áreas de trabajo, herramientas y equipos de diagnóstico y reparación se tendrán que adaptar a las nuevas exigencias.

Nada de todo esto es un secreto para el mundo, puesto que progresivamente, los países más desarrollados, han ido paralelo a los avances de fabricación, pues no se deja huérfano el vehículo eléctrico de la asistencia técnica necesaria.

Otro asunto de relevancia o importancia, lo constituyen los puntos públicos y los privados de recarga, frente a lo cual, ya los fabricantes de ciertas marcas han adoptado la entrega de mecanismos de recarga, sin costo adicional, facilitando así, que el rodador del vehículo cuente con la facilidad de reponer la carga de la batería en su propio lugar de habitación o vivienda, sin tener que loca-

³ about.bnef.com/electric-vehicle-outlook (BloombergFinanceLP, 2020).

lizar los lugares comunes para tales fines. Esto constituye una gran ventaja para la fidelidad con tales marcas, que facilitan y hacen más cómodo que el usuario no destine y consuma tiempo valioso, fuera de la tranquilidad y de momentos de estadía en el hogar; permitiendo así, mayor eficiencia del tiempo laboral de las personas.

Probablemente grandes empresas, pensando en sus trabajadores, dispongan de centros de recarga, mecanismo que redundará indirectamente en beneficios para los trabajadores y para la empresa.

El crear centros de recarga de la naturaleza que sea, hace que se piense lo que pasará con las estaciones prestadoras del servicio de distribución o venta de combustible, las que, en consideración del surgimiento de los nuevos vehículos, conllevará la disminución de aquellas y el incremento de éstas como novedad de mercado. Unas y otras se reinventarán, no siendo un secreto para nadie las estratégicas ubicaciones que tienen las existentes distribuidoras de combustible derivado del petróleo, las cuales, dependiendo del sistema que hayan adoptado para acoger la distribución, podrían en el futuro convertirse en centros de recarga de baterías para operar los vehículos eléctricos. En fin, son muchas las derivaciones que surgen con motivo de las nuevas incorporaciones en mayor cantidad de vehículos movidos por la electricidad. Nos esperan importantes vacíos a llenar, no existentes antes, ni mucho menos visualizados en décadas atrás, creándose sanas competencias de mercado, necesarias en economías abiertas, dispersadoras de conductas monopólicas, que no traen más que distorsiones de mercado.

Se deben crear los mecanismos necesarios y adecuados a la novedad vehicular, para que la migración sea exitosa, bonificando económicamente, dependiendo del tipo de vehículo y su uso por la compra de los mismos, y en otros casos incentivando con reducción de impuestos o la supresión, por la compra, lo que al tocar en lo económico para bien al comprador, puede crear un efecto domino o efecto cascada en los sucesivos compradores para insertarlos en las nuevas tecnologías de la industria del automóvil. Esto haría que pudiera no ser tan lento el proceso de mutación con un aumento significativo de los nuevos vehículos frente a la disminución a experimentar en los clásicos de combustible tradicional.

Todo este proceso verá posiblemente retribuciones en la mayor generación de empleos, movimiento económico proveniente de la innovación y, sobre todo, el medio ambiente ganará en la disminución de la contaminación existente.

El beneficio medio ambiental, no es sólo en la disminución de CO₂, sino en la acústica, pues el vehículo eléctrico es menos ruidoso que el movido con energía derivada del petróleo, lo que constituye una ganancia porcentualmente alta, frente a los escépticos de la novel industria.

Es el transporte el mayor consumidor de energía, en países como España, rondando el 40% del total allí consumido, porcentaje significativamente alto que, invita a tomar previsiones inminentes, ante la necesidad de generar calidad

de vida, con la implementación de novedosas políticas de movilidad, conjugando la puesta en marcha de directrices que tanto al transporte público como al privado, en las distintas modalidades de ambos, los beneficie para hacer mas eficiente la transportación de personas y cosas, conllevando que bienes y servicios inescindibles de este medio, vean frutos a corto y medio plazo, sin esperar a que se sigan viendo las grietas que vienen produciendo, la excesiva utilización del transporte sin apuntar a la eficiente utilización con menos rodantes en circulación.

Todo esto, a más de ser una necesidad inminente, constituye un verdadero reto a enfrentar por técnicos, no empíricos experimentales, temporales y de ocasión, que solo cuentan con visión nada prospectiva, que permita ver el alcance en el tiempo que va a conllevar la adopción de las nuevas políticas. Para lograr importantes y duraderos objetivos, se tienen que conjugar los intereses no sólo de la industria automotriz, de los generadores de los componentes que ésta va a requerir, de los usuarios de los automóviles y por ende del Estado, en su propósito de garantizar el beneficio de sus habitantes, quienes en definitiva, ocupen una u otra de las posiciones anotadas, siempre van a ser los definitivos destinatarios de las acertadas o erradas políticas implementadas, por ser quienes van a hacer uso inmediato o mediato de los medios de transporte a implementar, pues si no se actúa como conductor, lo puede hacer como usuario del transporte, o finalmente para beneficiarse de la traslación de bienes en actividades comerciales, culturales, deportivas o de cualquier otra índole.

La movilidad eléctrica no sólo se está atendiendo en vehículos de cuatro ruedas, que sería los de mayor producción, sino los de dos ruedas, que por su bajo costo y poco espacio para la circulación y aparcamiento, constituyen una importante alternativa de transporte para los distintos usuarios, generando un alivio en las grandes metrópolis que ya están altamente congestionadas, lo que requeriría si, el rediseño de la circulación, pero que causaría ganancia cuantitativa y cualitativa en el diario desplazamiento, visible tanto para los manipuladores de los rodados, como para todos los pieandantes, quienes verán mayores beneficios medioambientales en su discurrir por las vías diariamente; y finalmente los de transporte de más cantidad de personas, como sería los rodados de turismo, y muy importante, todos los destinados a carga, que por el volumen de mercancías y demás bienes y servicios, son bastantes los que se van a incorporar a las distintas áreas.

Todos estos sectores involucrados en el diario rodaje de unidades automovilísticas, hace que el diseño de políticas sea adecuado y cubra el mayor porcentaje, sin exclusiones de ninguna naturaleza, pues no se puede pensar sólo en el beneficio de la industria que en su producción verá retribuido su actuar con réditos, que no causarán más que acrecentamiento económico en sus balances, en detrimento de quienes nada tienen que ver con esa actividad económica. Entonces, los países deben estudiar cada situación e insertar políticas de equilibrio entre quienes lanzan al mercado consumidor los vehículos y quienes se ocuparán de su uso, como satisfactores que son, sin duda, de la más variada

categoría de necesidades. Entonces, resulta casi que imposible pensar en que no será necesaria la regulación de todos los aspectos directos y colaterales que nos traerá la futura incorporación de automóviles cuya movilización sea a través de electricidad.

IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS VEHÍCULOS ELÉCTRICOS

En definitiva, la movilidad con vehículos operados con energía eléctrica trae ventajas y desventajas, como toda novedad, más allá del cambio de paradigma que novedades de esta naturaleza produce.

1. *Ventajas*

1) De lo más relevante que genera el uso del vehículo movido por energía eléctrica, es la importante disminución en la acelerada contaminación ambiental, tomando en cuenta que la gasolina y otros derivados del petróleo producen alta emanación de CO₂.

2) También relativo al beneficio medio ambiental, es la gran disminución de la contaminación acústica, dado que comparativamente es indiscutible la escasa producción de ruido del motor eléctrico frente al operado por gasolina.

3) La generación de empleos tanto directos como indirectos en la producción de los vehículos, lo que trasciende una vez en rodaje, al requerir mano de obra con nuevos conocimientos acordes a la innovadora modalidad.

4) La disminución de riesgos en el flujo vehicular, pues frente a la gasolina que es altamente inflamable, la operatividad por vía de energía eléctrica reduce significativamente los siniestros.

5) Surgimiento de nuevas necesidades, fundamentalmente el de las baterías, que tendrán que disputarse la competencia de la fabricación con mayor autonomía de funcionamiento, mercado incipiente, requirente de investigación para ir satisfaciendo a quienes ven como un problema la poca capacidad de tiempo y rodaje de uso para la circulación de los coches.

6) Mayor espacio disponible para los ocupantes y la carga, puesto que el motor eléctrico es más compacto que el tradicional de gasolina, siendo ese espacio ganado útil para personas y cosas que lo requieran.

7) Reducción de los costes de mantenimiento preventivo, por cuanto, el vehículo eléctrico tiene menos componentes que el de gasolina o diésel, razón por la cual las reparaciones o revisiones requeridas se ven minimizadas. Ya no se tiene que estar pendiente del cambio de aceite y bujías.

8) Posibilidad de carga de la batería desde el mismo vehículo, si tiene incorporado el coche el sistema de frenado regenerativo, el cual al ir mejorando la tecnología podría alargar la autonomía.

9) Hacerse acreedor a beneficios e incentivos, tales como aparcamiento gratuito dentro de una ciudad o la ayuda gubernamental a los particulares por renovar el vehículo por uno eléctrico.

2. Desventajas

1) Reduce gradualmente el mercado del vehículo movido por gasolina, pudiendo significarle su apartamiento definitivo. Esta desventaja afecta directamente al fabricante del vehículo convencional.

2) Causa para quienes se desempeñan en ciertas áreas de producción del vehículo a gasolina que, de no adaptarse a las nuevas tecnologías, se vean necesariamente sustituidos por los que sí se adecuan.

3) Obsolescencia de distribuidoras o centros de recarga de gasolina, que verán como van disminuyendo sus servicios ante la ausencia de solicitantes del producto.

4) Lamentable desaparición paulatina de los vehículos operados por gasolina, los cuales ya no serán útiles ni para sustituciones necesarias en el mercado, pasando quizá a ser un mercado de países sub desarrollados, donde aun circulen de ese tipo, sirviendo como partes o piezas para su compra venta.

5) Disminución del trabajo para quienes lo hacen con vehículos operados con gasolina, producto del nuevo sistema de motorización.

6) Aumento de la factura por consumo de servicio eléctrico, en los lugares públicos y privados donde se hayan instalado puntos de recarga para las baterías.

7) La preocupante situación de la autonomía de carga de las baterías, que a pesar de venirse trabajando en ello, no deja de crear duda en los usuarios, pues existe carencia de suficientes y cercanos puntos de recarga.

8) El costo de las baterías cuando requieren ser sustituidas, a superar en la medida que se vayan incorporando más fabricantes competidores de tan importante implemento.

9) El tiempo que demora la recarga de la batería, perjudicial cuando se está con premura de llegar a destino, retrasando el traslado.

10) Principalmente el alto precio de venta, compensado con el bajo costo de mantenimiento.

V. NORMAS REGULADORAS DE LA ACTIVIDAD INHERENTE A LOS VEHÍCULOS OPERADOS CON MOTOR ELÉCTRICO

Son diversas y de variado contenido las disposiciones normativas reguladoras de la implementación de los vehículos operados con motores eléctricos, desde la composición de los mismos, pasando por la venta, mantenimiento, recarga, duración y desguace una vez llegado el límite de vida útil del rodado.

Todo ello con el propósito de darle el mayor cubrimiento en la regulación legislativa, que deja más tranquila a las administraciones de mayor y menor población a la hora de solventar sobrevenidas situaciones, que aún por ínfimas que parezcan, no deben dejarse al descubierto. Es por ello que, el trabajo en la implementación de normas comunitarias no se dejó para después, puesto que en el caso europeo el conjunto de normas aprobadas y en vigencia son de diverso contenido, sin que se haya dejado de trabajar en las que surgen producto del hecho social de la diaria circulación de esta tipología vehicular, pues no sólo se trata de vehículos particulares, sino todos los destinados a fines turísticos y los comerciales ligeros.

Se busca armonizar las disposiciones administrativas y los requisitos generales técnicos para la homologación de todos los vehículos nuevos dentro de cada contexto, tomando en cuenta las particulares exigencias, que se adapten, no a lo particular o individual de cada cual, sino procurando la satisfacción colectiva, el bien común, con la puesta en circulación de los novedosos coches, que van a sustituir paulatinamente a los que históricamente han gobernado el consumo colectivo en todas las áreas de la vida diaria.

Por eso, las regulaciones y directivas van dirigidas a normar desde las partes o piezas componentes del motor, sus adiciones, tamaños, capacidades de transportación, autonomía de rodaje, hasta la más particular y propio de la novedad, como es la disminución motora en la emanación de CO₂, minimizando la emisión de gases de efecto invernadero en procura de contribuir a disminuir el calentamiento global.

En todos estos ámbitos de regulación, se trata de normas o disposiciones que las administraciones deben ajustarse a lo técnico medio ambiental, donde con estrictas mediciones se pueda determinar el contenido de las disposiciones reguladoras generales, no pudiendo quedarse en lo superficial. Nótese que las normas comunitarias europeas, particularmente han creado numéricamente el límite máximo de emanación de CO₂, fijando que no puede ser la contaminación mayor a 95g/km de CO₂, sancionando pecuniariamente el superar esa barrera, tal como se dejó establecido en el acuerdo de París de 2015.

Existen también regulaciones en el campo de la acústica, fijando límites que en esta área van desde los 56 a los 75 decibelios, aspecto en el que bastante se gana, pues no es un secreto para nadie la alta estridencia que producen los motores, afectante directa de la salud emocional, incluso trascendente estando dentro de inmuebles o locales cerrados.

Van de la mano las normas ilustrativas, estimuladoras, incentivadoras, educativas y las sancionatorias para crear un completo y amplio campo regulador, pues tal como vemos en el Reglamento de la (UE) 2019/631⁴, dentro de los objetivos a alcanzar por el mismo, encontramos la creación de incentivos para

⁴ Reglamento de la Unión Europea 2019/631 (Eur-Lex 2019) (Lex, 2019).

la inversión en nuevas tecnologías por parte de la industria automotriz, promoviendo la ecoinnovación activamente, recayendo también en las mejoras de la eficacia de los sistemas de aire acondicionado.

Se hallan entre las regulaciones del reglamento en comento, igualmente aspectos referidos a que los componentes ligeros a usar en la fabricación de los vehículos eléctricos sean sostenibles, para reducir el consumo de energía y las emisiones de CO₂; esto en sí, tiene alta importancia, ya que no tendría sentido fijarse aisladamente en unos componentes y descuidar otros al formar un todo, pues lo ganado tecnológicamente, por una parte, se perdería en lo que se deja de fijar la atención.

VI. FABRICANTES Y TRABAJADORES COOPERANTES DE UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Todos los que intervengan en la cadena de diseño y fabricación de las diferentes tipologías de vehículos, deben apuntar a los mismos objetivos medio ambientales, en cumplimiento de las distintas disposiciones reglamentarias que se han ido instrumentando y las que están por ser aprobadas.

Los fabricantes deben adaptar todas sus estrategias a la prosecución de un producto que cumpla en su cadena de producción con las normas administrativas exigidas en aras de garantizar, primeramente, la buscada disminución de emisión de gases de efecto invernadero, propendiendo a minimizar también el calentamiento global, ya bastante lesionado durante todos los largos años de utilización del vehículo operado con energía no renovable, y si contaminante.

Esa alianza entre el fabricante y sus trabajadores en procura de garantizar desde la elaboración del producto final hasta su rodamiento seguro hace necesario y conveniente armonizar estrategias, donde el dúo de voluntades constituya factor de generación de un mejor y más ecológico producto que, al ser incorporado al propósito de su fabricación, logre lo querido por sus visualizadores.

No hay que dejar de considerar el rigor de las diversas normas de fabricación, que de ser cabalmente cumplidas permiten el otorgamiento del certificado de conformidad, luego de pasar el filtro de medición de emisión de CO₂ y de consumo energético.

En la sana competencia por venir entre las distintas marcas fabricantes de vehículos, se requiere mucha investigación y aporte tecnológico, mediante lo cual, quienes logren ir a la vanguardia, serán los que tomen el mayor porcentaje de un mercado nuevo, siendo que, quien en forma más eficiente y efectiva innova, logrará quizá la fidelidad de la mayor cantidad de consumidores, donde ha de resultar factor dominante, el que represente menores erogaciones tanto al adquirir el vehículo, como luego de ello.

VII. FUENTES DE RECARGA Y DE SOPORTE DE LAS ESTACIONES Y PUNTOS DE RECARGA EN PROCURA DE MENOR IMPACTO MEDIO AMBIENTAL GLOBAL

Instalando placas solares y microturbinas eólicas para recargar con este tipo de energía las baterías de los vehículos eléctricos, se reduce a nada de contaminación, lo que armonizaría con un ambiente más sano y de mejor convivencia para las personas y en general para todos quienes requieren respirar aire más puro. Por ello, pensar en energías limpias, de donde pueda nutrirse el sistema eléctrico que se quiera hacer sustentable, como es el caso Noruego, haría viable la migración más segura hacia un interés más acentuado por el uso del vehículo eléctrico puro.

Otro aspecto de importancia es que, los consumidores previo a la compra de un vehículo, más allá de la evaluación del funcionamiento del automóvil, su rendimiento y confort, van a analizar colateralmente que facilidades, comodidades y hasta incentivos van a acompañar su decisión de compra de una determinada marca, pues siendo atractivo lo visual inicialmente, juegan factores que tocan el bolsillo en la económico para un buen equilibrio entre lo pagado inicialmente y que se prolongue un bajo costo de mantenimiento luego de iniciar el rodaje. Todo esto, junto al menor impacto al medio ambiente, conjugan un conjunto de factores a evaluar y valorar antes de comprar.

No cabe aquí confiarse en la fidelidad que se tenga en una marca, pues en este cambio de operatividad, los consumidores indagarán las posturas del mercado, tomando en cuenta multifactores universalizados a través de la información cada vez más globalizada en redes sociales.

De no tomarse en cuenta los múltiples factores a considerar en la implantación y puesta en funcionamiento de las estaciones y puntos de recarga para vehículos operados con baterías eléctricas, sucumbirán desde sus orígenes, creando desestímulo en los potenciales compradores, quienes antes que ver una solución, visualizan es un problema, lo que sería como caminar descalzo sobre pavimento a muy alta temperatura, antes que ser relajante, como sí sería sobre grama, constituye un trauma que nadie quiere esperar que se repita.

En todo caso, en la creación de infraestructuras para vehículos eléctricos, la Unión Europea⁵, sugiere tomar en cuenta la interacción de esta con el sistema eléctrico, así como las políticas de la Unión en materia de electricidad, que la implantación y explotación de los puntos de recarga para vehículos eléctricos debe llevarse a cabo en un mercado competitivo, al que puedan acceder todas las partes interesadas en establecer o explotar las infraestructuras de recarga.

⁵ Reglamento de la Unión Europea 2019/631 (Lex, 2019).

Esos puntos de recarga deben ser de fácil acceso público, constituyendo que un porcentaje de ellos sean de uso ilimitado para todo tipo de personas, sin que se restrinjan a un sector específico o a adquirentes de vehículos de unas marcas particulares.

De las baterías generadoras del movimiento del motor, las de ion litio, están entre el grupo de las más utilizadas por sectores de la industria automotriz, por aparecer como eficientes a los fines del rodaje y su durabilidad. No obstante, se piensa en la producción de las baterías, en su reciclaje y, sobre todo, en la autonomía. Pero, siendo consecuentes con un todo, no se puede ganar en autonomía y durabilidad sacrificando la sanidad del medio ambiente en algún eslabón de la cadena de producción.

Y tampoco se puede considerar triunfadores si se pudiera reciclar la mayor cantidad de componentes de la batería, si en dicho proceso tenemos que sacrificar para que el cambio climático se vea perjudicado.

De las baterías se puede reciclar cobalto, níquel, cobre y silicio; entre más baja sea la mezcla de materiales, más fácil y eficiente es reciclar.

Se debe seguir investigación por los fabricantes para unir los aspectos de autonomía, durabilidad en el tiempo, reciclaje y menos afectación medio ambiental en su producción; quienes tomen estas rutas de fabricación, van a ser los que sean apoyados por las administraciones, accediendo a los incentivos existentes para los ejecutores de las políticas de estado en protección del medio ambiente.

El tema de precio de las baterías de iones de litio⁶, no debe ser un problema absoluto, sino relativo, que irán, como hasta ahora, alcanzando reducciones, cayendo de 2010 a 2019 un 87%, que con la introducción de nuevos productos químicos, nuevas técnicas de fabricación y diseños de envases simplificados mantendrán los precios cayendo.

VIII. LA ELECTROMOVILIDAD Y SU EXPANSIÓN TRANSCONTINENTAL

Hablar de movilidad terrestre en vehículos dotados de motor eléctrico propio, autónomos en cuanto a que, su fuente de energía proviene del mismo automóvil, por tener instalada una batería que le genera el poder de desplazamiento, es insertarse en una tecnología en ascenso y en busca de posicionamiento de captación de mercado consumidor, tarea nada fácil, tomando en cuenta las conocidas ventajas y desventajas que conlleva el uso del transporte eléctrica.

⁶ about.bnef.com/electric-vehicle-outlook (BloombergFinanceLP, 2020).

Este mercado ya abierto al consumidor es al que tienen que apuntar las grandes marcas y las emergentes noveles, para cautivar el interés de potenciales compradores, visto que los países donde se producen las unidades en rodamiento, no obstante, su empeño de colocar las mismas dentro de la gran masa vehicular en tránsito, no han logrado consolidar la preferencia por tal categoría de rodados.

Ya entendida la tarea, propósitos y metas de esta industria, deben fortalecerse estrategias de mercado abierto, compitiendo con el vehículo tradicional y entre los fabricantes del eléctrico, innovar continuamente para ganar posiciones importantes que permitan estar a la vanguardia.

La competencia es necesaria y conveniente para lograr mejorar en la industria en general y en cada vehículo en particular.

Este mercado en su parque automotor global está porcentualmente distribuido en los tres primeros lugares así:

China tiene 3,4 millones de vehículos distribuidos (47%)

Europa tiene 1,7 millones de vehículos distribuidos (25%)

Estados Unidos tiene 1,45 millones de vehículos distribuidos (20%)

Podría decirse que es lógica la proporción del mercado, tomando en cuenta la cantidad de pobladores que cada uno de ellos representa. Sin embargo, las metas deben ser altamente ambiciosas, buscando la captación de mercados de otras latitudes, a convencer, primeramente, de la conveniencia del nuevo coche eléctrico, para seguidamente insertarse en el mercado, con políticas captantes de los tibios interesados en su compra.

Nos estamos refiriendo a los otros países con alta densidad poblacional, a quienes no se les ha motivado ni incentivado para el uso del vehículo eléctrico, pues tratándose de centros con importante número de habitantes, poner la mirada fija en ellos, con políticas de mercadeo adaptadas a sus necesidades, puede constituir garantía de éxito, por supuesto superando temas álgidos que no fueron problema inicial para los tres primeros competidores de este mercado, pues el tema eléctrico no fue un problema, sino parte de la solución de inserción de los autos, operado su motor con tal tecnología, que sí lo es en los diversos países que tienen un deficiente servicio de electricidad; pero, superado esto, que no requiere más allá de la inversión, que la voluntad política, los resultados no se harán esperar, ganando estos países con la disminución de la contaminación ambiental y la acústica, que constituyen un gran problema arrastrado por décadas por las grandes metrópolis, gobernadas por desgobiernos del volante, faltándole visión prospectiva para tomar las decisiones correctas

Pero la apuesta es poner en una balanza los autos eléctricos y los convencionales, competencia de interés para diversos sectores de la economía que tendrán que reinventarse, pues quedarán sillas vacías, cuyos espacios serán

ocupados por los innovadores, quienes no querrán levantarse de sus espacios ganados en una abierta y limpia competencia de mercado, sobre todo, de los nuevos mercados que trascienden los ya antes conquistados.

Coquetearles a estos nuevos países con propuestas sólidas y sostenibles, hace que la madurez de la intención pronto logre los objetivos perseguidos.

Como antes se expresó, entre Asia, Europa y Norte América se disputan casi el 100% del mercado de electromovilidad, lo que porcentualmente podría ver variaciones si se visualiza hacia mercados suramericanos, tomando en cuenta la cantidad poblacional y su crecimiento paulatino, además de la novedad que para el continente sur traería.

En países con poca cultura de mantenimiento preventivo, le vendría bien esta tecnología, donde el usuario tendría mínima erogación para la prevención de deterioro anticipado del automotor. Y tampoco sería un problema la fabricación de baterías de litio, ya que el continente cuenta con el trio constitutivo del mayor porcentaje de reservas de litio en el mundo, puesto que Argentina, Bolivia y Chile suman el ochenta y cinco por ciento (85%), materia prima necesaria para la elaboración de la batería requerida para la movilización y funcionamiento general.

El predominio del mercado mundial de litio, además de los tres países suramericanos indicados, lo integran Australia y China, siendo este último el que mayormente ha sabido aprovechar sus beneficios, desarrollando más tecnología en la producción de baterías usadas en el mercado mundial, no solo de las baterías para los autos eléctricos, sino en las usadas para cámaras fotográficas y teléfonos móviles.

Entonces el problema, aparente, ya deja de serlo, debiendo si gestionarse oportuna y acertadamente las alianzas estratégicas en pro del beneficio colectivo y del medio ambiente.

No obstante lo dicho, encontramos quienes piensan en la imposibilidad de fabricación, mas no distribución, de esta categoría vehicular, considerando que es poco viable desarrollar una industria de autos eléctricos en la región, agregando que Chile también podría presentar un prototipo como Bolivia y Argentina, pero que eso no es sinónimo de tener una industria automotriz eléctrica, y que mientras el auto eléctrico cueste tanto es inviable comercializarlo, y que la pregunta es si es rentable, no si es posible⁷.

Por otra parte, quienes opinan favorablemente al desarrollo en América Latina de la industria automotriz eléctrica, expresan que se está tomando el tema con alta prioridad, indicando que Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa

⁷ <https://www.dw.com/es/puede-latinoam%C3%A9rica-desarrollar-una-industria-de-autos-el%C3%A9ctricos/a-50993641> José Urrejola 2019 (Minds, 2019)

Rica, Ecuador, México, Paraguay y Uruguay, realizan gestiones positivas para lograr una mayor adopción en la utilización de vehículos eléctricos en el corto y mediano plazo⁸.

Si fuera acertada la opinión de no viabilidad de crear una verdadera industria automotriz eléctrica en Suramérica, lo que, si consideramos viable con alianzas estratégicas y transferencia tecnológica, no impediría, en todo caso, la sola distribución y comercialización, cubriendo si, los aspectos fundamentales que garanticen el rodaje, la recarga y su bajo mantenimiento. Entonces, es asunto de los distintos fabricantes foráneos, esperando por determinar cuál dará el primer paso para el punto de partida.

IX. SECTORES DE POSIBLE ALCANCE DE LA ELECTROMOVILIDAD TERRESTRE

No es solamente para el transporte particular todo lo expresado sobre la incorporación del vehículo movido su motor por energía eléctrica, sino que debe trascender y alcanzar sectores propios de sustento del ámbito económico.

En el transporte de carga resulta muy útil insertarse en tan ambicioso modelo de movilidad eléctrica, sobre todo, tomando en cuenta que ya no se trata de asumir riesgos, sino logros de la industria automotriz, dado que la investigación y tecnología incorporada hacen que el traslado de mercancías de un lugar a otro, vea rebajas importantes en su costo, permitiendo que el destinatario directo de esas rebajas no sea otro que el consumidor final.

Y se está dando en el blanco con esto, puesto que, si la electromovilidad terrestre para transportar bienes de consumo masivo, entre los cuales, los alimentos, reduce significativamente los costes de mantenimiento de los vehículos, quien en definitiva saldrá beneficiado es el consumidor, pudiéndose crear regulaciones de incentivos para los transportadores, comprometiéndose estos a las reducciones ajustadas y proporcionales a los beneficios obtenidos de los entes gubernamentales.

Los beneficios son palpables y están al alcance de los directos usuarios de las distintas unidades destinadas al comercio en general, siendo de diversa gama los vehículos a fabricar, por comprender una multiplicidad de productos a comercializar; podremos imaginarnos, pero no terminamos de enfocarnos en todo, por lo que hay para todos los pretendientes fabricantes, solo que tendrán que disputarse los especialistas en tal categoría un mercado ávido de ofertas cautivadoras y satisfactorias de las diversas necesidades creadas permanentemente.

⁸ Análisis de tecnología, industria, y mercado para vehículos eléctricos en América Latina y el Caribe/ Banco Interamericano de Desarrollo (Isla Lorena, 2019)

Y qué decir del segmento del turismo, tan relevante en la Unión Europea, que por su rodaje con paradas en diversos sitios de interés, hace necesario la generación primeramente de menor emisión de gases de efecto invernadero y que los costes de operatividad tanto en la circulación como en las paradas se reduzca, lo cual se logra con la mayor eficiencia de autonomía y la merma progresiva de mantenimiento preventivo.

Se pronóstica que para 2030, habrá 1400 millones de vehículos de pasajeros en la carretera, representando los eléctricos solo el 8% de estos, aumentando al 31% para 2040, a medida que la flota cambia lentamente⁹.

Seguro el medio ambiente verá significativas ganancias, nada despreciables en los usuarios y todos los que pedestremente circulen cercanamente mientras estos colectivos hacen sus recorridos y las múltiples paradas, que cuando se presta el servicio con los movidos con diésel, al dejarse continuamente encendido el motor, los estragos medio ambientales son de proporciones contrarias al equilibrio pretendido por todos.

Aquí se gana mucho, tratándose de un volumen muy alto, al sacar cuentas al final de cada año, el número de vehículos de transporte de turismo que terminan recorriendo los países de la Unión. No puede ser que el beneficio para unos termine por ser perjuicio para un grueso número del colectivo. Por ello, dual debería ser la beneficiación que se logre.

Por último, positivo es pensar en los vehículos prestadores de una variedad considerable de servicios públicos y otros privados, entre los cuales los de recolección de desechos de todo tipo, las ambulancias, servicio de bomberos, grúas, patrullas policiales, furgonetas de reparto, vehículos para servicios generales como despeje de nieve en carreteras y servicios de semejantes necesidades, que al dejarse los tradicionales por los eléctricos, es bastante la ganancia medio ambiental, que incluso produce a las arcas del erario público importante ahorro, que podría destinarse a otros sectores que carezcan de suficiente presupuesto para atender todas las necesidades.

En definitiva, es importante el camino recorrido en la diversificación del uso del vehículo eléctrico

Se requiere sí, políticas de estado claras, precisas, firmes, progresivas y progresistas que, tiendan a cubrir todos los ámbitos necesarios para la evolución efectiva de la transformación hacia la novedad, midiendo los alcances y efectos que vaya a producir.

⁹ about.bnef.com/electric-vehicle-outlook (BloombergFinanceLP, 2020)

BIBLIOGRAFÍA

Análisis de tecnología, industria, y mercado para vehículos eléctricos en América Latina y el Caribe/ Banco Interamericano de Desarrollo (Isla Lorena, 2019), <https://publications.iadb.org/es/analisis-de-tecnologia-industria-y-mercado-para-vehiculos-electricos-en-america-latina-y-el-caribe>

BloombergFinanceLP. about.bnef.com/electric-vehicle-outlook/ Perspectivas de vehículos eléctricos 2020

<https://movilidad-idae.es/10-reglas-de-oro-para-la-realizacion-de-un-correcto-pmus>

<https://movilidad-idae.es/10-reglas-de-oro-de-la-movilidad-al-trabajo>

<https://eea.europa.eu/es/articulos/vehiculos-electricos-una-eleccion-inteligente>

<https://blog.terranea.es/ventajas-desventajas-del-coche-electrico/>

LORENA, Isla. <https://publications.iadb.org/es/analisis-de-tecnologia-industria-y-mercado-para-vehiculos-electricos-en-america-latina-y-el-caribe> Análisis de tecnología, industria, y mercado para vehículos eléctricos en América Latina y el Caribe/ Banco Interamericano de Desarrollo, 2019.

DE LEÓN-MORALES, Jesús. <https://www.researchgate.net/publication/28314839> Ingenierías, Julio-Septiembre 2009, Vol. XII, No. 44, 2009, 3. La industria automotriz del auto eléctrico.

URREJOLA, José. (Minds, 2019) <https://www.dw.com/es/puede-latinoamerica-desarrollar-una-industria-de-autos-elctricos/a-50993641> ¿Puede Latinoamérica desarrollar una industria de autos eléctricos?, 2019.

Observatorio del Vehículo Eléctrico y Movilidad Sostenible de la Universidad Pontificia Comillas, (2020) [Evobservatory.iit.comillas.edu](https://evobservatory.iit.comillas.edu)

Reglamento de la Unión Europea 2019/631, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/631/oj> DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ para turismos nuevos y vehículos comerciales ligeros nuevos, y se derogan los Reglamentos (CE) no 443/2009 y (UE) no 510/2011

[Theconversation.com](https://www.theconversation.com)

www.mafre.es

WORLD ENERGY TRADE (2020) www.worldenergytrade.com, Coches Eléctricos o de Hidrógeno

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN VENEZUELA

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ*
Profesor en la Universidad Central de Venezuela

I. MARCO INTRODUCTORIO. LA PROGRESIVA PUBLIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA. DEL CÓDIGO CIVIL A LA LEY DE AGUAS

1. *Preliminar*

La amable invitación de los estimados profesores Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Araujo-Juárez, a participar en un merecido homenaje al también profesor y también estimado José Luis Villegas Moreno, tributo enmarcado en el tema relativo a los retos del Derecho Público en la tercera década del siglo XXI, me permite exponer una serie de consideraciones preparadas previamente. De allí que, por una parte, las siguientes líneas tratarán un asunto muy vinculado con el Derecho Ambiental, disciplina que, como es bien sabido, es una de las líneas de investigación del homenajeado, tal como se refleja en su semblanza. Por la otra, el régimen normativo al que se hará referencia, así como el problema del acceso al agua en cantidad y calidad adecuadas¹, será, sin

* Universidad Central de Venezuela: Profesor *Titular* de Derecho Administrativo, Abogado y Especialista en Derecho Administrativo, Investigador Invitado del IDP 2019-2020. Universidad de la Coruña, España: Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad Carlos III de Madrid, España: Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Monteávila, Caracas: Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas: Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

¹ Un marco general sobre el derecho al ambiente en el ordenamiento jurídico venezolano lo ofrece, por ejemplo: VILLEGAS MORENO, José Luis. *Derecho Administrativo Ambiental*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal-Táchira-Venezuela, 2014, pp. 85-99. Respecto al tema del derecho al agua, véanse entre otros: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael y VILLEGAS MORENO, José Luis. “Venezuela:

duda, uno de los retos a afrontar con mayor urgencia frente a la emergencia humanitaria, cuando se recupere el Estado Constitucional de Derecho y el orden democrático siquiera mínimamente civilizado en el país. De tal suerte que lo aquí se expone luce congruente con el tema y enfoque planteados en la presente obra colectiva, por lo que lo ofrecemos ahora al lector.

Así pues, con el propósito de abordar el tema de la regulación de los recursos hídricos, la gestión y control del agua, los riesgos que este recurso supone y su prevención y régimen sancionador, resulta necesario acotar, siquiera, un marco introductorio del régimen jurídico del agua en sus aspectos generales.

Ello, habida cuenta de que, al pretender exponerse no solo el régimen legal, sino sobre todo esbozar el abismo existente entre los mandatos normativos y la situación real de la gestión de los recursos hídricos en Venezuela², conviene enmarcar los primeros en sus contextos histórico y político. Lo anterior, toda vez que, si ya como premisa general esos últimos contextos condicionan al ordenamiento jurídico y su aplicación, estar al tanto de estos resulta imprescindible para poder hacerse una idea de cualquier sector de la realidad jurídica venezolana. Realidad en la que los contenidos de Constitución de 1999 y el resto del ordenamiento jurídico van en un sentido y en otro totalmente distinto su aplicación, o la falta de ella. Al punto de que puede sostenerse que en la Venezuela actual, es la Constitución paralela (actualmente expresada en la espuria Asamblea Nacional Constituyente, pero ya en funcionamiento cuando menos desde 2007) la que determina todo el diseño y aplicación de las políticas públicas de un Estado progresivamente cooptado desde hace dos décadas por un régimen político no democrático que concibe como unidad las nociones de Partido, Gobierno y Estado, así como emplea al orden jurídico no como límite de actuación, sino como instrumento destinado a la concentración y conservación del poder.

De tal suerte que, limitarse a una exposición de los preceptos normativos aportaría una visión exclusivamente de Derecho positivo, y no del ordenamiento jurídico-administrativo que regula integralmente a los recursos hídricos en Venezuela. Y ello pues, no solo a diferencia de los países europeos –en los que suele plantearse un grado relativamente satisfactorio de cumplimiento del orden

Ley de la calidad de las aguas y del aire”, en Fernando López Ramón (Coord.), Observatorio de Políticas Ambientales 2016, Madrid: Editorial CIEMAT, 2016, pp. 255-276; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *El Estado Convencional*, Segunda edición, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2020.

² De allí que se ha hecho referencia recientemente al contraste entre la situación fáctica y jurídica comentando el caso venezolano. *Cfr.* DE LOS RÍOS, Isabel. “Carencias y debilidades de la legislación venezolana sobre cambio climático”, en SAAVEDRA AVZARADEL, Pedro Curvello y PAROLA, Giulia. *Cambios Climáticos Tratados Ambientales y Derechos Humanos*, Grupo Multifoco, Río de Janeiro: 2018, pp. 497-498.

normativo– sino incluso respecto de los iberoamericanos –con mayor distancia entre lo preceptuado y lo fáctico³–, en la actual Venezuela la existencia de una o varias regulaciones solo evidencia la validez formal de estas, pero no resulta garantía de correspondencia –siquiera mínima– entre esta y el sector de la realidad que supuestamente pretendió normarse⁴.

Realizadas estas precisiones, para entender la actual situación hay que remontarse sucintamente a los antecedentes en el tratamiento jurídico e institucional de los recursos hídricos venezolanos.

2. *Los antecedentes remotos. El carácter público de las aguas hasta el Código Civil de 1873*

Como provincia del imperio español, la que fue Capitanía General de Venezuela a partir de 1777 participaba del régimen jurídico de este, que disponía lo que hoy llamaríamos un régimen jurídico-público de las aguas, partiendo de la naturaleza de bien común de estas. Tal régimen, al igual que otros muchos, perduró luego de la conformación del fallido intento Gran Colombino y posteriormente con la consolidación de la ya República de Venezuela⁵. Es así que,

³ Un panorama actualizado y resumido de la situación actual real de los recursos hídricos en Venezuela, puede verse en: Asociación Venezolana para el Agua (AVEAGUA), Situación de los recursos hídricos en Venezuela. Caracas, 2011, pp. 11-12. Disponible en línea: <https://www.gwp.org/globalassets/.../2011-situacion-recursos-hidricos-venezuela.pdf> [consultado julio 2018]; GONZÁLEZ LANDAZÁBAL, Ángela B. Informe nacional sobre la gestión del agua en Venezuela, Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL). Organización de las Naciones Unidas (ONU). Caracas, Enero 2000, Disponible en línea: www.cepal.org/drni/proyectos/santac/inve00100.pdf [consultado julio 2018], pp. 10-49; DE LOS RÍOS, Carencias..., pp. 500-503.

⁴ Esta aseveración quedará comprobada en varias ocasiones en estas páginas. Baste ahora con exponer preliminarmente el caso de la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, texto que formalmente entró en vigencia en el año 2001. Reformada en el 2007 con el único objeto de fijar nuevos plazos para la conformación de la organización administrativa e institucional que se ordenaba establecer originalmente en un plazo máximo de cinco (5) años. Evidencia indudable de que, en casi seis años de vigencia, la Ley había sido letra muerta y la situación era exactamente igual a la existente antes de su entrada en vigor. Como sigue siéndolo, pues tampoco durante la <<prórroga>> legislativa, ni después de vencidos los plazos, se ha procedido a darle mínimo cumplimiento al referido instrumento legal.

⁵ Cfr. MEJÍA, Alfonso. “El Régimen Administrativo y Civil de las Aguas Corrientes en la Legislación Venezolana”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Volumen 9, Núms. 1-2-3-4, Caracas, 1944, pp. 82-83. En similar sentido, aunque con ciertas matizaciones: MEAÑO, Francisco, *Régimen legal de las aguas en Venezuela*, Segunda edición, Editorial Arte, Caracas, 1979, pp. 25-46; MARTÍN-RETORTILLO

incluso en los primeros Códigos Civiles, el carácter público de las aguas es la premisa general⁶, aunque matizado con excepciones que reconocían derechos de particulares.

3. *La regulación parcialmente ius privatista de las aguas de 1873 hasta 1999*

La situación cambia a partir del Código Civil de 1873, pues en este se establece el carácter privado de algunos cursos de agua, dependiendo de su forma de manifestación en la realidad física⁷. En criterio de la doctrina, se trató de un error legislativo al alejarse de la tradición nacional⁸, e incluso de los modelos legales que inspiraron al referido Código⁹.

En todo caso, tal dualidad de regímenes (público para algunos tipos de cursos aguas de cierto caudal mientras que para otra posibilidad de apropiación privada) se mantiene durante el resto del siglo XIX¹⁰ y hasta finalizar el XX¹¹.

B. Sebastián, *Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos*, COPLANARH, Caracas: 1976, pp. 34-37.

⁶ Cfr. MEJÍA, *op. cit.*, p. 89; SÁNCHEZ PULIDO, Eólica. *Derecho y Administración del agua*, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes, 1977, pp. 149-150; FERNÁNDEZ MORALES Juan Carlos, *Administración del agua. Estudio comparativo entre el Derecho español y venezolano*, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes, 2007, pp. 27-29.

⁷ Al respecto se señala que a partir de este Código: <<El concepto de la dominialidad pública de las aguas corrientes pierde desde entonces su carácter de generalidad...>> (MEJÍA, *op. cit.*, p. 89).

⁸ Se señala también que, al considerarse como del dominio público solo a los cursos de agua que constituyan ríos <<...hace surgir de nuevo la vieja cuestión de qué debe entenderse por río, volviendo a quedar al arbitrio del intérprete su clasificación>> (MEJÍA, *op. cit.*, p. 89). Como un retroceso legislativo lo califica SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, p. 150. Véase también entre otros: FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 29-30.

⁹ En ese sentido, comentando la posterior reforma legislativa de 1916, se critica que esta se aparta tanto de su pretendido modelo, que era la legislación italiana, como <<...de los principios de las antiguas leyes españolas que por tantos años rigieron en Venezuela>>, lo cual además implicó un retroceso legislativo (MEJÍA, *op. cit.*, pp. 90 y 95-96 y 102). La referencia al apartamiento del modelo italiano en este punto se encuentra también en MEAÑO, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁰ Cfr. MEAÑO, *op. cit.*, pp. 48-57.

¹¹ Se señala en ese sentido que <<...fue avanzado el siglo XX cuando ese régimen civil fue paulatinamente complementado por una dispersa regulación administrativa, que sin embargo, solo abordó parcialmente la ordenación jurídica de las aguas>> (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “La ordenación jurídica del agua en Ve-

Las distinciones entre lo que eran aguas públicas y aguas privadas se referían, en criterio de los comentaristas, a la situación de <<riberaneidad>> de los usuarios de esas aguas¹² o a otras condiciones de índole geográfica vinculadas con la proximidad y accesibilidad del recurso¹³.

En el supuesto de las aguas públicas, como es usual, se distinguía entre usos comunes y usos privativos¹⁴, diferenciación que incluso se prolonga en el régimen vigente.

A. Las críticas tempranas de la doctrina y los primeros intentos parciales de publicación mediante la legislación sectorial

Esa dualidad de regímenes fue objeto de tempranas críticas a partir de mediados de pasado siglo, partiendo de la presencia de la función social del derecho de propiedad y de la importancia de los recursos hídricos para la vida y el desarrollo humano¹⁵, todo lo cual determinaba la necesidad de su mayor intervención administrativa¹⁶. Cuestionamientos que se fueron incrementando a

nezuela” en Gabriela CREPALDI (Coord.) Perfiles de la ordenación jurídica del agua en Italia, España y América Latina, Italia-España: G. Giappichelli Editore-Tirant Lo Blanch, 2017, p. 176, consultado en versión original). Véase también: *Ibidem*, pp. 180-181.

- ¹² Criterio cuestionado por la doctrina: MEJÍA, *op. cit.*, p. 95. Describe este asunto con especial detalle: MEAÑO, *op. cit.*, pp. 61-199. Véase también: Henrique MEIER E., “La afectación de las aguas del dominio público a la realización de la reforma agraria en el Derecho de aguas vigente y el proyecto de Ley de Aguas”, *Revista de la Facultad de Derecho* Núm. 23, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 1976-1977, pp. 166-171. Sobre el concepto de riberaneidad: SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, p. 63.
- ¹³ Véanse los cuestionamientos a la distinción legal entre ríos y arroyos, o bien cursos de agua mayores y menores -los primeros bienes públicos y no así los segundos- sobre la base de la inexistencia de claros criterios técnicos de diferenciación, en MEAÑO, *op. cit.*, pp. 99-104. Véase también: Henrique MEIER E., “De las aguas como bienes (Código Civil) a las aguas como recursos naturales renovables (Constitución Nacional-Leyes especiales”, *Revista de la Facultad de Derecho* Núm. 20, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1974-1975, pp. 302-306; SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 42-43; BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Derecho y Administración de las Aguas y otros recursos naturales renovables*, Universidad Central de Venezuela, Caracas: 1976, pp. 69-78.
- ¹⁴ Véase entre otros: SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 54-61; BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 65-69.
- ¹⁵ *Cfr.* entre otros: BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, p. 51.
- ¹⁶ *Cfr.* MEJÍA, *op. cit.*, p. 98; MEIER E., *La afectación...*, pp. 186-189; MEIER E., *De las aguas...*, pp. 308-310; Henrique MEIER E., “¿Existe un derecho de propiedad privada sobre las aguas en el ordenamiento jurídico venezolano?”, *Revista de la Facultad*

medida que los datos técnicos demostraban la unidad del ciclo hidrológico y, por consiguiente, el carácter artificial y carente de basamento de distinguir entre los cursos de agua según se tratase de ríos o lagos por un lado y riachuelos o estanques por otro¹⁷, concibiendo a los primeros como bienes públicos, y a los segundos, como susceptibles de apropiación privada¹⁸.

De allí que, a la par de los reparos de la doctrina, a partir de la segunda década del siglo pasado comenzaron a dictarse leyes sectoriales que fueron introduciendo paulatinamente cambios en el régimen legal del agua, incorporando disposiciones administrativas a las clásicas *ius privatistas*¹⁹. Así pues, sin cambiar la esencia de la clasificación entre aguas públicas y privadas, aun para el caso de esas últimas la legislación administrativa fue publicando su régimen, en atención a los bienes jurídicos de interés general tutelados en cada caso concreto (protección de los bosques, de las aguas, sanidad, reforma agraria, entre otras)²⁰.

de Derecho Núm. 25, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 1977-1978, pp. 145-149. Más recientemente, entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan R. *Estudio sobre el régimen de las aguas, Ley de Aguas*, Colección Textos legislativos Núm. 41, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas: 2007, p. 22.

¹⁷ Premisa planteada desde los tiempos de COPLANARH. *Cfr.* entre otros: MARTÍN-RETORTILLO B., *op. cit.*, pp. 33-34; MEIER, *¿Existe...*, pp. 142-143; BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 54-55; Mercedes DIEZ DE ARCONADA, "Leyes y normas para la gestión de recursos hídricos" en AA.VV., *Recursos hídricos en Venezuela*, VI Seminario Aspectos legales en la administración y manejo de los recursos hídricos, Publicaciones de la Comisión de Estudios Interdisciplinarios, Año 3, Núm. 11, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2000, p. 129. Más recientemente, se señala que el criterio de distinción por ejemplo entre ríos y arroyos estaba basado en el caudal, lo que determinaba que se tratara de una cuestión de hecho que correspondiera resolverla al intérprete (BREWER-CARÍAS, *Estudio...*, p. 33), para concluirse que el régimen preconstitucional no era uniforme ni unitario respecto a los recursos hidráulicos, toda vez que el aprovechamiento de algunas aguas no dependería de concesión (*Ibidem*, pp. 39-40). Véase también: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 178.

¹⁸ *Cfr.* BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 24-26.

¹⁹ Por ejemplo, La Ley de Montes y Minas de 1919, iniciando el establecimiento de un <<régimen administrativo las aguas>> (MEJÍA, *op. cit.*, p. 106). Han de mencionarse las Leyes de Montes y Aguas de 1921 y 1924, la Ley de Bosques y Aguas de 1936, y las Leyes Forestales de Suelos y Aguas de 1942 y 1965 (*Cfr.* MEJÍA, *op. cit.*, pp. 106-108). Más recientemente, puede verse la referencia que hace BREWER-CARÍAS, *Estudio...*, pp. 25-26.

²⁰ Destaca, por ejemplo, que el artículo 1º de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1941 declaró de utilidad pública <<...la conservación, utilización y fomento de las aguas; el riego de los terrenos apropiados para explotaciones agrícolas y pecuarias y el aprovechamiento de la fuerza hidráulica para todo fin permitido>> (*Cfr.* MEJÍA, *op.*

B. Los trabajos de la Comisión Nacional de Planificación de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH)

Así pues, y luego de un primer intento infructuoso de contar con una ley que regulara integralmente a los recursos hídricos²¹, en el año 1967 se inicia el esfuerzo más importante en ese aspecto, al crearse por Decreto Presidencial la Comisión Nacional de Planificación de los Recursos Hídricos (COPLANARH)²². Órgano integrado por profesionales de distintas áreas, la mayoría con experiencia en la gestión pública, y además disponiendo de la asesoría de destacados expertos internacionales²³. Producto de las labores de una década, la Comisión elaboró, en primer lugar, el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, y luego, el proyecto de Ley de Aguas²⁴.

No obstante, los impulsos iniciales en la aplicación de ese Plan fueron progresivamente perdiendo fuerza por las razones que se explicarán más adelante, y el proyecto de Ley nunca llegó a convertirse norma vigente.

C. Las incipientes tendencias a la publicación por vía reglamentaria

Resultado de lo anterior, fue que, para la década de los noventa del siglo pasado, tanto el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, como el intento de publicación de tales recursos contenido en el Proyecto

cit., pp. 108-109). Véase también: FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, p. 38. No obstante, BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 19-12, cuestionó la regulación en materia de apropiabilidad de las aguas contenida en la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1965.

²¹ Se trató del anteproyecto de Ley de Aguas presentado en 1963 por Guillermo J. Cano, experto argentino, según señala SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, p. 153.

²² Cfr. FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. pp. 219-220; SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 154-155.

²³ Entre ellos SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO B. Con ocasión de tal iniciativa, este publicó bajo la edición de COPLANARH, entre otros trabajos, el mencionado en estas páginas.

²⁴ El proyecto se basó en tres principios: 1) Planificación racional del aprovechamiento del recurso; 2) Unidad del ciclo hidrológico; y 3) Declaración del dominio público de todas las aguas (Cfr. SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, p. 158). Véanse también entre otros: FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 220-221; MEIER E., *La afectación...*, p. 132, nota al pie 39; Joseba DE ONDIZ, "Proyecto de Ley de Aguas de 1976", en AA.VV., Recursos hídricos en Venezuela, VI Seminario Aspectos legales en la administración y manejo de los recursos hídricos, Publicaciones de la Comisión de Estudios Interdisciplinarios, Año 3, Núm. 11, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000, pp. 43-62.

de Ley de Aguas, habían quedado más como recuerdo de intentos de una mejor gestión integral que como realidad. Por ende, a pesar de la legislación sectorial, el régimen legal de los recursos hídricos seguía basándose en la dualidad aguas públicas-aguas privadas, distinción que traía una serie de inconvenientes, partiendo de su artificialidad y, por tanto, dificultad de aplicación práctica. Todo ello, como resultado de obviar el fenómeno de la unidad del ciclo hidrológico como premisa fáctica fundamental, así como debido a la dispersión y falta de sistemática de la regulación²⁵.

Consecuencia parcial de lo antes señalado (y también de la debilidad institucional a que se hará referencia), es que el aprovechamiento de los recursos hídricos, incluso a gran escala, estaba sometido a unos controles muy limitados, en algunos casos prácticamente inexistentes²⁶. Así, por ejemplo, en el caso del aprovechamiento para uso industrial de cursos de agua de los ríos (de evidente dominio público), en algunas ocasiones las contadas concesiones de aprovechamiento previstas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas²⁷ fueron tramitadas y otorgadas más por instancia de las empresas transnacionales que participaban en la exploración y explotación de hidrocarburos, sometidas en sus países de origen a exigencias de orden ambiental y de cumplimiento de los requisitos legales de los Estados en que realizaban sus operaciones comerciales, que por iniciativa de su contraparte en el sector público venezolano.

De allí que, en la segunda mitad de la década de los noventa, el Ejecutivo Nacional procedió a reglamentar pormenorizadamente una serie de leyes sectoriales cuyas previsiones, bien por genéricas o bien por haber devenido obsoletas, requerían de desarrollo y actualización en lo que se refiere a la regulación

25 Cfr. SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 127 y 132. Enfatizando el fraccionamiento y dispersión de tal régimen incluso luego de la Constitución de 1999: María Elena FEBRES, “La tutela constitucional de las aguas” en A. GRILLET CORREA (Coord): *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*. Universidad Central de Venezuela, Caracas 2008, p. 157. Véase también: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 175.

26 Para el año 2000 se señaló la muy escasa aplicación práctica del régimen de las concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos en el caso de las empresas hidroeléctricas (HERNÁNDEZ, Héctor, “Vinculación entre las leyes hidrológicas y la gestión de áreas protegidas”, en AA.VV., Recursos hídricos en Venezuela, VI Seminario Aspectos legales en la administración y manejo de los recursos hídricos, Publicaciones de la Comisión de Estudios Interdisciplinarios, Año 3, Núm. 11, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000, pp. 170-171).

27 Respecto a los aspectos adjetivos del régimen previo a la Ley de Aguas en materia de concesiones para el aprovechamiento de los recursos hídricos, puede verse: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. “El procedimiento administrativo de concesión por adjudicación directa de uso y aprovechamiento de recursos hídricos”, *Revista de Derecho* N° 10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2003, pp. 383-405.

del uso y aprovechamiento de los recursos hídricos en Venezuela²⁸. Ello, incluso en algunos casos contando con precarias bases legales, ante la inexistencia de una Ley que regulara de manera integral tales recursos²⁹. Y paradójicamente, normas aún parcialmente vigentes hoy en día.

4. La demanialización de las aguas en la Constitución de 1999 y su desarrollo en la Ley de Aguas de 2007

Hubo que esperar pues, al proceso constituyente de 1999 –prescindiendo de sus notables carencias e irregularidades– para que se consagrara por vía constitucional la publicación de todas las aguas, señalándolas como del dominio público de la Nación, partiendo de la unidad del ciclo hidrológico como fenómeno físico-natural y de los criterios de ordenación territorial (artículo 304)³⁰.

²⁸ Véanse entre otros, los siguientes Decretos Presidenciales con rango reglamentario: Normas sobre la Regulación y el Control del Aprovechamiento de los Recursos Hídricos y de las Cuencas Hidrográficas; Normas para la Clasificación y el Control de la Calidad de los Cuerpos de Agua y Vertidos o Efluentes Líquidos; Normas sobre Evaluación Ambiental de Actividades Susceptibles de Degradar el Ambiente; Normas para Regular las Actividades Capaces de Provocar Cambios de Flujo, Obstrucción de Cauces y Problemas de Sedimentación; Decreto que rige el Uso de los Embalses Construidos por el Estado Venezolano y sus Áreas Adyacentes; Normas sobre Vigilancia, Inspección y Control de las Obras Hidráulicas Afectadas al Servicio de Abastecimiento de Agua a las Poblaciones; Normas Sanitarias para Ubicación, Construcción, Protección, Operación y mantenimiento de Pozos Perforados Destinados al Abastecimiento de Agua Potable. Para mayor detalle respecto al marco legal y sub-legal venezolano vinculado con los recursos hídricos, véase entre otros: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “El servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento” En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (Dir.), *Los servicios públicos domiciliarios*. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios de Regulación Económica Universidad Monteávila-Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2012, pp. 48-53; FEBRES, *op. cit.*, pp. 182-183.

²⁹ También para la década de los 90 se presentó un anteproyecto de Ley de Aguas. Véase al respecto: Lucas RIESTRA, “Proyecto de Ley de Aguas de 1997”, en AA.VV., *Recursos hídricos en Venezuela*, VI Seminario Aspectos legales en la administración y manejo de los recursos hídricos, Publicaciones de la Comisión de Estudios Interdisciplinarios, Año 3, Núm. 11, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 103-123.

³⁰ Este principio da lugar a cuatro consecuencias necesarias, según BREWER-CARÍAS, *Estudio...*, p. 17: Que la titularidad del dominio público corresponda a la entidad político-territorial nacional en el caso de un Estado Federal; que se establezca una autoridad única de aguas en ese mismo nivel; que no se diferencien las aguas según su estado y que haya un régimen uniforme y único de aprovechamiento, protección y control.

No obstante, una primera observación que parece evidente es que la falta de voluntad política en concretar la referida disposición constitucional se constata en que la Ley de Aguas se dictó más de siete años después de entrada en vigencia la primera.

La segunda, es que los comentarios doctrinales posteriores a la entrada en vigencia del texto legal en cuestión han sido bastante escasos. Y esa limitada atención de los autores parece obedecer, no al limitado atractivo del tema en sí, sino a la casi certeza de que el impacto de la Ley de Aguas sería bastante irrelevante, como lo han sido en general de las leyes ambientales que se han dictado con posterioridad a la Constitución de 1999.

Ello es especialmente llamativo, toda vez que la potencial publicación de los recursos hídricos contenido en el Anteproyecto de Ley de Aguas de mediados de los setenta del pasado siglo había planteado controversias doctrinales en cuanto a su apego o no a la Constitución, y, sobre todo, en lo concerniente a la necesidad o no de indemnizar a los afectados por ella³¹.

En cambio, la publicación efectiva, ocurrida con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, ha suscitado una limitada discusión hasta donde tenemos conocimiento³². Y tampoco ha habido un pronunciamiento judicial que haya merecido la atención del foro³³.

Por su parte, señalando como criterios para la ordenación de los recursos hidráulicos: 1) La unidad del ciclo hidrológico; 2) El dominio público del agua; 3) Un régimen de planificación de los recursos hidráulicos; 4) La unidad en la administración de las aguas; 5) Un régimen de aprovechamiento bajo concesiones administrativas; 6) La asignación de prioridades en el uso; 6) Valoración económica del agua y 7) El establecimiento de un régimen de manejo, gestión y protección del agua y frente a los efectos del agua (AZPURÚA, Pedro Pablo y GABALDÓN, Arnoldo J. *Recursos hidráulicos y desarrollo*, Editorial Tecnos, Madrid: 1975, pp. 381.432). Más recientemente refiriendo la unidad del ciclo hidrológico como criterio rector de la planificación hídrica: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 178-183.

³¹ Véase: MEIER E., *¿Existe...*, pp. 131-164; SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 176-177; BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 55-65, 79-92 y 147-154.

³² El problema ha sido advertido, sin embargo (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 186). Existe la posición que afirma la falta de necesidad de indemnizar como premisa general (BREWER-CARÍAS, *Estudio...*, pp. 45-54), frente a otra que sostiene lo contrario (principalmente representada en un trabajo inédito: D'ALESIO, María Gabriela. "Afectación constitucional de las aguas, Trabajo de grado para optar al título de especialista en Derecho Administrativo," Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, Disponible en línea: www.badellgrau.com/?pag=15&ct=1617 [consultado julio 2018]. Sobre el punto puede verse también: FERNÁNDEZ MORALES, Juan Carlos. "Régimen administrativo de las aguas en Venezuela (Referencia especial a la Ley de Aguas)", *Revista Derecho y Reforma Agraria, Ambiente y Sociedad* Núm. 33, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela: 2007, disponible en línea: <http://>

Contrasta pues esta realidad con la situación acaecida en otros países, como por ejemplo, España, en lo atinente al debate sobre el cambio de régimen de las aguas y la demanialización de una serie de bienes, así como respecto a la incidencia de la modificación normativa en los derechos e intereses particulares³⁴.

5. *La escasa efectividad práctica de la publicación en lo que se refiere al adecuado y efectivo manejo y gestión de los recursos hídricos*

Esa relativa irrelevancia, tanto del cambio constitucional como de su desarrollo legal parece estar siendo corroborada, además, al menos por dos hechos. El primero, atinente a que los escasos recientes informes técnicos sobre la situación de los recursos hídricos en Venezuela describen su precario estado, comenzando por la casi nula aplicación del régimen jurídico vigente, y culminando en la muy limitada supervisión y gestión por parte de la institucionalidad creada en tal régimen, sobre todo por la Administración Pública Nacional³⁵.

El segundo, de orden más normativo pero que puede considerarse revelador. Tratándose, como luego se expondrá, de una Ley bastante general, que deja muchos aspectos de su desarrollo a la reglamentación, tanto en lo que concierne a la parte técnica como a lo institucional y organizativo, no ha sido sino hasta hace poco tiempo que ha entrado en vigencia el primer reglamento de ella³⁶. Normativa además predominantemente técnica, que establece una serie

<http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/24917/articulo1.pdf;jsessionid=5101E0AFB194FCE06AEA473A12686CE2?sequence=2> [consultado julio 2018], p. 35, así como GRAU FORTOUL, Gustavo. "La procedencia de indemnización a titulares de derechos sobre bienes demaniales", *Anuario de Derecho Público de la Universidad Monteávila*. Centro de Estudios de Derecho Público, Caracas: 2008, pp. 289-300; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 186-187, este último pronunciándose a favor de la posibilidad de la generación de responsabilidad del Estado.

³³ También hay que tomar en cuenta que el tema jurídico de la preexistencia o no de derechos adquiridos y su posible indemnización resulta un asunto meramente teórico en la actualidad en Venezuela, dada la ausencia de un Poder Judicial y mucho más de una Justicia Administrativa, a pesar de las disposiciones constitucionales y legales que los consagran y de la existencia nominal de una estructura organizativa con tales cometidos.

³⁴ De allí que se acota que en la práctica, la declaración constitucional de dominio público de las aguas no generó mayores consecuencias concretas, en el sentido de que se mantuvieron las normas preexistentes hasta la entrada en vigencia de la Ley de Aguas (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 183).

³⁵ Véanse los informes citados en la nota al pie 3 de este trabajo.

³⁶ Por ello se habla de la falta de aplicación de las leyes administrativas en materia de recursos hídricos (y agregamos, de protección del ambiente en general), para concluir-

de definiciones específicas apoyadas en la ciencia e impone clasificaciones vinculadas con los temas de sistemas de información, y que solo al final desarrolla procedimientos de índole administrativa que norman las relaciones entre la Administración Pública gestora del recurso y los particulares³⁷. Esto implica que, no es sino hasta más de una década después de la entrada en vigencia de la Ley de Aguas, y casi a dos de la vigente Constitución, que la Ley ha comenzado a reglamentarse. Y aún quedan muchos asuntos, especialmente de orden institucional y organizativo, en espera de desarrollo.

Veamos de seguidas con más detalle, la organización administrativa (prevista mas no cabalmente materializada) para la gestión de los recursos hídricos en el caso de la legislación venezolana.

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

1. *La originaria dispersión y especialización organizativa ministerial*

Como es común, la distribución de competencias de las autoridades administrativas en materia de gestión de los recursos hídricos inicia signada por la dispersión entre los distintos órganos de la Administración Pública Nacional³⁸. Específicamente, entre dependencias de los Ministerios de Agricultura y Cría, de Fomento³⁹ y de Obras Públicas⁴⁰, así como otras instancias⁴¹.

se que: <<La primera consideración crítica que cabe formular, es la inaplicación general de las Leyes administrativas que disciplinan los recursos hídricos en Venezuela. De ello ha resultado un marco jurídico precario: junto a disposiciones formales de las Leyes comentadas, convive de facto el régimen imperante a finales del siglo XX. Por ello, en la práctica, los titulares de derechos de propiedad y de uso reconocidos en el Código Civil permanecen ejerciendo tales derechos, en espera que la Administración emita el correspondiente título concesional de acuerdo con los reglamentos que tampoco han sido dictados>> (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 195).

³⁷ G.O. Núm. 41.736 del 12/04/18. Decreto Núm. 3.367 de la misma fecha. De allí que se ha señalado que la indebida amplitud e imprecisión de la Ley de Aguas, así como la remisión de sus contenidos al desarrollo reglamentario, reglamentación aún no dictada, han traído como consecuencia una muy tímida aplicación del referido instrumento legal (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 185).

³⁸ Cfr. BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, p. 142.

³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 66-69.

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 203-206 y 209-212.

⁴¹ A ello hay que agregar que, a partir de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1942, se incluye una figura denominada <<Jurados de Aguas>>. Órganos administrativos que reemplazan a los tribunales en cuanto a las controversias que se susciten entre ribere-

Posteriormente, el Ejecutivo Nacional decide la ya referida constitución de la Comisión Nacional de Planificación de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH), que estará conformada por un conjunto de especialistas y funcionarios de diversos Ministerios. No obstante, esa Comisión no ejercía funciones como Administración activa sino consultiva, por lo que nunca llegó a modificar el sistema de asignación competencial previo. No obstante, de sus trabajos y conclusiones se constató la conveniencia de establecer una autoridad única para la administración y gestión de los recursos hídricos, en consonancia con las tendencias entonces vigentes en el Derecho Comparado⁴².

2. La creación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables

Fue así como, acogiendo las recomendaciones de COPLANARH, con la entrada en vigencia en 1976 de la primera norma de rango legal destinada a regular la organización y funcionamiento de la Administración Pública venezolana, a saber, la Ley Orgánica de la Administración Central, instrumento producto también de las recomendaciones de estudios previos⁴³, se incluyó dentro

ños sobre la utilización de las aguas fluviales, que emitirían <<fallos apelables para ante el Ministerio de Agricultura y Cría>>, y ejecutables por los Jueces de Distrito (MEJÍA, *op. cit.*, p. 109, MEAÑO, *op. cit.*, pp. 273-275; SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 145-146). Se trata de un intento de recoger una figura que tuvo cierta tradición en algunas localidades, y que probablemente su origen responderá a la tradicional figura de la legislación española. Sobre estos Jurados de aguas, véase más recientemente: FERNÁNDEZ MORALES, Juan Carlos. “Los usuarios y la gestión del agua (Estudio comparativo entre el Derecho español y venezolano)”, *Revista Derecho y Reforma Agraria, Ambiente y Sociedad* Núm. 35, Mérida – Venezuela: Universidad de Los Andes, 2009, disponible en línea: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/revistaagraria/article/view/6596> [consultado julio 2018], p. 75, quien señala que actualmente fungen como instancias de conciliación entre los usuarios, aunque no forman parte de tales asociaciones sino que son instancias administrativas de la Autoridad nacional de las aguas.

⁴² Cfr. entre otros: MARTÍN-RETORTILLO B., *op. cit.*, p. 27; BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 32-35 y 141-145.

⁴³ Cfr. FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, p. 283. Véase también sobre la propuesta de sectorialización de la Administración Pública, en este caso la Administración Pública Nacional: BREWER-CARÍAS, Allan R. “La Ley Orgánica de la Administración Central de 1976 y la reforma administrativa” en *Estudios sobre la reforma administrativa*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1980, pp. 432-433; BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 170-172.

de la organización Ministerial al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (MARNR)⁴⁴.

Ese Ministerio, en su concepción original sería la autoridad única del agua y se encargaría de llevar a cabo de manera centralizada y coordinada el Plan Nacional de los Recursos Hidráulicos⁴⁵. Muestra de ese propósito fue que el primer Ministro que tuvo que el MARNR venía justamente de presidir a CO-PLANARH, y esta última se convirtió en la Dirección de Planificación de los Recursos Hidráulicos del nuevo Ministerio⁴⁶.

3. *La pérdida de importancia de la planificación de los recursos hidráulicos, primero por cambios de concepción y luego por la crisis de las instituciones públicas.*

No obstante, dos circunstancias modificaron la idea original, y determinaron la merma progresiva de la trascendencia de la planificación de los recursos hidráulicos como política fundamental del Estado venezolano⁴⁷.

La primera, que tuvo lugar en una primera etapa con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Ambiente de 1976 y con el inicio del auge de la protec-

⁴⁴ Se señala que fue el primer Ministerio creado en América Latina para manejar y administrar los recursos naturales renovables (GONZÁLEZ LANDAZÁBAL, *op. cit.*, p. 8). Véase también entre otros: SÁNCHEZ PULIDO, *op. cit.*, pp. 214-219.

⁴⁵ Y es que para mediados de los setenta <<...en Venezuela existía una clara noción sobre la necesidad de integrar institucionalmente la administración de los recursos naturales. Existía un gran orgullo nacional por los logros alcanzados en el saneamiento básico ambiental y en el cumplimiento de las metas propuestas relativas al abastecimiento de agua potable y a la recolección de excretas>> (FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 282-283).

⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 221. No obstante señalar su adecuación (BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, p. 41), se destacó que con la creación de tal Ministerio no se solucionaban todos los problemas de la gestión de las aguas (*Ibidem*, p. 22).

⁴⁷ En ese sentido, se hace la siguiente descripción: <<La caída en desgracia, si así pudiera decirse de la Planificación, como instrumento definitorio de políticas y gobierno, específicamente en el curso de la década de los ochenta, llamada la década pérdida, se manifiesta en el desarrollo de una normativa orientada fundamentalmente al establecimiento de procedimientos autorizatorios o de permisería, como única vía para tratar de mantener vigentes los valores ambientales, incluida el agua>> LÁZ-ZARI, Charles. "Vinculación entre las leyes hidrológicas y el ordenamiento territorial", en AA.VV., *Recursos hídricos en Venezuela*, VI Seminario Aspectos legales en la administración y manejo de los recursos hídricos, Publicaciones de la Comisión de Estudios Interdisciplinarios, Año 3, Núm. 11, Universidad Central de Venezuela, Caracas: 2000, p. 153).

ción del ambiente, como nuevo elemento a considerar en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Ello determinó que la planificación de los recursos hídricos quedó incluida como una manifestación o especialidad de la planificación ambiental⁴⁸. A su vez, en el caso venezolano, la entrada en vigencia a principios de la década de los ochenta de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (una ley de propósitos tan ambiciosos que hubiera requerido para su cabal ejecución de una institucionalidad, recursos y voluntad política que nunca estuvieron presentes), determinó que, tanto la planificación ambiental como la de los recursos hídricos, quedarán reducidas a algunos de los elementos a considerar en esta planificación más globalizante, esta última como manifestación espacial de la planificación económica estatal⁴⁹.

Resultado probablemente indeseado de ello, es que las recomendaciones de COPLANARH y la ejecución del Plan diseñado en su seno fueron ejecutados incipientemente solo en los primeros años de funcionamiento del MARNR⁵⁰.

Pero quizá la causa más importante de la pérdida de la importancia de la planificación de los recursos hídricos como política estatal, fue la crisis de toda índole, que se manifestó primeramente en los aspectos económicos y presupuestario, producto de la caída de los precios del petróleo a inicios de la década de los ochenta, pero que, en realidad, reveló la decadencia de mucha mayor magnitud de la institucionalidad pública venezolana, crisis generalizada que no ha logrado superarse desde entonces y que más bien ha ido agravándose, como es bien sabido.

Ello trajo como consecuencia, ante las limitaciones presupuestarias, que tanto la variable ambiental como la de la planificación territorial fueron cada vez más descuidadas como políticas públicas, en obsequio de otras aparente-

⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 221-222. Respecto a la necesidad de vincular la planificación de los recursos hídricos con la ordenación del territorio: BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, p. 28.

⁴⁹ Más recientemente, la misma confusión –o al menos superposición– de roles prevalentes se encuentra en la Ley Orgánica del Ambiente de 2007, la cual primeramente establece que la ordenación del territorio es una herramienta de gestión el ambiente (artículo 9), para luego disponer que el instrumento fundamental del sistema de planificación ambiental es el Plan Nacional de Ordenación del Territorio (artículo 26). Sobre la relación entre planificación de los recursos hídricos y ordenación del territorio en Venezuela, puede verse la referencia sucinta en: FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 55-56. Véase también: LÁZZARI, *op. cit.*, pp. 144-162; VILLEGAS MORENO, *op. cit.*, pp. 199-205.

⁵⁰ Véanse los comentarios de MARTÍN-RETORTILLO B., *op. cit.*, pp. 50-51, sobre los riesgos de insertar la planificación de los recursos hídricos en otras más generales.

mente más prioritarias⁵¹. Por ende, desaparecida la bonanza económica producto de los altos precios del petróleo de la década de 1970, el MARNR tornó prontamente a convertirse en un Ministerio cuyas competencias y política no estaban especialmente consideradas en los presupuestos de la Administración Pública Nacional, ni en las prioridades de gestión del alto gobierno⁵².

A ello, agréguese que la distribución competencial dentro del propio MARNR tampoco propendía al desiderátum planteado en cuanto a contar con una única autoridad de aguas. Pues, como señala la doctrina, las competencias en cuanto a planificación y gestión, sistemas de información, protección y aplicación de sanciones, construcción de infraestructuras y conservación, entre otras, se encontraban distribuidas entre diversos órganos ministeriales (con rango de Direcciones Generales Sectoriales)⁵³. Por consiguiente, en lo que se refiere a la rutinaria administración y gestión de los recursos hídricos, las decisiones y su ejecución se repartían entre distintas dependencias, y la unificación solo se evidenciaba –en el mejor de los casos– en lo que respecta a las decisiones de alta gerencia y política en los niveles viceministerial y ministerial.

Resumido este asunto, pasemos a continuación a revisar el régimen organizativo que pretendió implantar la Ley de Aguas.

4. *El régimen de la organización administrativa en la vigente Ley de Aguas*

La Ley de Aguas venezolana plantea una ambiciosa serie de definiciones y de principios, dentro de lo que denomina expresamente gestión integral de las

⁵¹ De allí que se señaló en el 2000: <<Si bien el país inició hace muchos años acciones si se quieren de avanzada en el tema del manejo de recursos naturales, por diversas situaciones de deterioro institucional y financiero, estas iniciativas fueron dejándose de lado, y actualmente la gestión ambiental no cumple los objetivos básicos que permitan preservar los principios de equidad social, beneficios económicos y sustentabilidad ambiental>> (GONZÁLEZ LANDAZÁBAL, *op. cit.*, p. 101).

⁵² Para el año 2000 se señalaba que la gestión del entonces MARNR era poco participativa y además contrastaba en sus limitaciones prácticas con la amplitud de la legislación ambiental venezolana, concluyendo en lo escasamente exitosas que habían sido las escasas experiencias en la gestión de cuencas hidrográficas con participación regional, probablemente por no haber contado con un respaldo real y efectivo del Ejecutivo Nacional (GONZÁLEZ LANDAZÁBAL, *op. cit.*, p. 12). Por ello, nos luce discutible el balance positivo que respecto a la protección del ambiente en la década de los noventa plantea FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, p. 283, más allá del hecho cierto de la elaboración de normas reglamentarias que regulaban también el tema de los recursos hídricos, cuyo cumplimiento efectivo no se determinó.

⁵³ Véase al respecto: FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, pp. 18-22; FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 69-76.

aguas (artículo 3), para luego ordenar el establecimiento de una organización institucional y administrativa de cierta complejidad⁵⁴.

Comienza definiendo como gestión integral:

“...el conjunto de actividades de índole técnica, científica, económica, financiera, institucional, gerencial, jurídica y operativa, dirigidas a la conservación del agua en beneficio colectivo, considerando las aguas en todas sus formas y los ecosistemas naturales asociados, las cuencas hidrográficas que las contienen⁵⁵, los actores e intereses de los usuarios (...) los diferentes niveles territoriales de gobierno y la política ambiental, de ordenación del territorio y de desarrollo socioeconómico del país”.

Vuelve al plantearse aquí el dilema entre la vinculación de la planificación de los recursos hídricos con otras políticas sectoriales de planificación, incluyendo la espacial y la económica.

De seguidas, establece como objetivos de tal gestión (artículo 4): La conservación, protección, aprovechamiento sustentable (*sic*) y recuperación de las aguas, con el fin de satisfacer necesidades humanas y ecológicas y la demanda generada por los procesos productivos, así como prevenir y controlar los posibles efectos negativos de las aguas sobre la población y sus bienes.

Veamos cómo se instrumenta la organización para realizar tal gestión de los recursos hídricos.

A. Principios de la organización institucional para la gestión de las aguas

Partiendo de los lineamientos constitucionales que establecen, además de que los recursos hídricos tienen el carácter de dominio público de la Nación (artículo 302), asunto ya referido de forma sucinta, la Carta Fundamental dispone un Capítulo dedicado a los derechos ambientales (artículos 127 al 129). Además de consagrar el derecho al ambiente como derecho individual y colectivo, así como el correlativo deber de protección de este por parte del Estado (artículo 127), se señala expresamente que entre estos últimos deberes, en los que debe haber participación de la sociedad⁵⁶, se encuentra el de <<...garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación,

⁵⁴ Sobre este régimen puede verse: BREWER-CARÍAS, *Estudio...*, pp. 65-73.

⁵⁵ Ya desde los tiempos de COPLANARH es común la división del territorio nacional en cuencas hidrográficas, a los fines de abordar la gestión de los recursos hídricos. Más recientemente: AVEAGUA, *op. cit.*, pp. 11-12. Sobre este concepto geográfico puede verse la referencia contenida en: FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. 51-55.

⁵⁶ Respecto a la participación ciudadana en la gestión de los recursos hídricos, puede verse recientemente: FERNÁNDEZ MORALES, *Los usuarios...*, pp. 59-87.

en donde el aire, **el agua**, los suelos, **las costas** (...) sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley>> (resaltado añadido).

De seguidas, se dispone que el Estado debe desarrollar una política de ordenación del territorio de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable (*sic*) (artículo 128); así como la obligación de realizar estudios de impacto ambiental y sociocultural para todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas (artículo 129).

En este aspecto, la referida Ley de Aguas incluye una docena de principios para la gestión (artículo 5), entre los que destacan:

Acceso al agua como derecho humano fundamental y correlativo deber del Estado de garantizar el acceso al agua como bien social; manejo basado en la unidad del ciclo hidrológico; gestión integral que considera a la cuenca hidrográfica como unidad territorial básica⁵⁷; gestión participativa y contribución de los usuarios en la conservación de esta última para garantizar la cantidad y calidad del agua; uso y aprovechamiento eficiente, equitativo y sostenible; prohibición de otorgar aprovechamientos a empresas extranjeras sin domicilio en el país; aguas como bienes del dominio público y conservación del agua prevalente frente a otros intereses económicos y sociales.

A ello se agrega la demanialización, no solo de los recursos hídricos, sino de las áreas comprendidas dentro de una franja de terreno adyacente a los cursos de aguas, que variará en extensión según se trate de ríos continuos, intermitentes, o navegables, establecida a partir de determinadas crecidas (artículo 6.2), así como la declaración de utilidad pública e interés general de la gestión integral de las aguas (artículo 7). Lo último implica, entre otras cosas, la declaración *a priori* de la causa *expropiandi* para bienes destinados a tal gestión integral hídrica.

A continuación, se expone cómo se distribuyen las competencias destinadas a ejecutar tales disposiciones.

B. Organización administrativa e institucional para la gestión de las aguas

Partiendo de las normas constitucionales, la competencia en materia de protección ambiental y gestión de las aguas es concurrente entre los tres niveles político-territoriales, nacional (artículos 156.16⁵⁸, 156.20, 156.23, 156.29), es-

⁵⁷ Véanse los comentarios de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁸ Esta disposición reproduce casi exactamente la correspondiente de la Constitución de 1961 (artículo 136.8), en una redacción que no se compadece con la enunciación de los derechos ambientales contenida en la misma Constitución vigente, y mucho menos con la actual terminología al uso en el Derecho Comparado.

tadal (artículos 164.3 y 164.8)⁵⁹ y local (178 encabezamiento, 178.1, 178.4, 178.5 y 178.6), aunque con especial énfasis en el primero y el último⁶⁰. De hecho, la doctrina apunta a que se trata de un esquema bastante centralizador⁶¹.

La organización administrativa del agua tiene por cúspide lo que la ley de Aguas, recogiendo los planteamientos de COPLANARH, llama la <<Autoridad Nacional de las Aguas>>, a saber, el Ministerio con competencia en la materia (artículo 23)⁶². Las funciones de esa autoridad son bastante amplias (una lista enunciativa según el artículo 24), pues van desde la definición de la políticas para la gestión integral, la creación de sistemas de información; la elaboración y ejecución de proyectos; la emisión de normas técnicas y del plan nacional de gestión integral de las aguas⁶³; la creación de la organización administrativa legamente prevista; la ejecución de la planificación; la coordinación de las otras

⁵⁹ Un panorama de la escasa legislación estatal dictada en materia de aguas puede verse en: FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, pp. 23-26.

⁶⁰ De allí que se haya cuestionado la regulación constitucional, por centralizar la toma de decisiones en el nivel político-territorial nacional, limitando las posibilidades de intervención de las Administraciones estatales y locales y la participación de la sociedad civil (GONZÁLEZ LANDAZÁBAL, *op. cit.*, p. 9).

⁶¹ En el sentido de que el régimen y administración de las aguas es competencia del Poder Nacional (FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, p. 18; FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, p. 32). No obstante, también se apunta que en materia de prestación del servicio público domiciliario de suministro de agua potable y saneamiento, las competencias nacionales deben ser armonizadas con las municipales, en el sentido de que solo corresponde al Poder Nacional la planificación general para garantizar el principio de igualdad de trato a los usuarios (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 193).

⁶² Ese Ministerio es el denominado de forma sesgada desde 2015 como Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismo y Aguas (Decreto sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública (Decreto Núm. 1.889 del 16/07/15 publicado en G.O. 6.189 Ext. de la misma fecha). Más recientemente se ordenó la creación del Ministerio del Poder Popular de Atención de las Aguas (Decreto 3.466 del 15/06/18 publicado en G.O. 6.382 Ext. de la misma fecha y posteriormente reimpresso en G.O. 41.427 del 26/06/18). Tiene como competencia <<...lo relativo al cuidado, tratamiento, vigilancia y protección del agua potable, aguas servidas, cuencas hidrográficas, recursos hídricos y embalses, así como la ejecución de políticas públicas para la regulación y control de la prestación del servicio>> (artículo 4.1). En el referido Decreto se fija un plazo para establecer la organización del nuevo Ministerio y se establece un régimen transitorio para su puesta en funcionamiento en lo organizativo, funcional y presupuestario.

⁶³ Para el año 2011 se señalaba que la autoridad nacional de las aguas se encontraba formulándolo, a pesar de que, según la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Aguas, el plazo para su entrada en vigor ya estaba vencido (AVEAGUA, *op. cit.*, p. 9).

instancias administrativas con competencia en el área; la recaudación, inversión y distribución de los mecanismos de ingreso de recursos económicos en el área; así como funciones más propiamente administrativas, vinculadas tanto con la resolución de los recursos administrativos como la tramitación de los permisos en sus diversas modalidades⁶⁴.

A partir de allí, la Ley de Aguas establece una abigarrada organización administrativa e institucional⁶⁵, que ya anunciaba su difícil aplicación y articulación práctica⁶⁶ (caso semejante al de la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento⁶⁷). Así pues, prevé la Ley de Aguas el

⁶⁴ En la estructura organizativa del Ministerio que ejerce la autoridad nacional de las aguas existente para cuando se escriben estas líneas, se encuentra un Viceministerio de Gestión Ecosocialista de Aguas, en el que a su vez se adscriben: la Dirección General de Conservación de Cuencas Hidrográficas, la Dirección General de Manejo de Embalses y Agua Potable y la Dirección General de Saneamiento y Control de Inundaciones (Decreto Núm. 1.889 del 16/07/15 publicado en *G.O.* Núm. 6.189 Extraordinario de la misma fecha).

⁶⁵ La califica como excesiva burocratización FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, p. 39.

⁶⁶ Recién entrada en vigencia la Ley de Aguas, la doctrina calificó a la Administración para la protección del ambiente de altamente centralizada, ineficiente y por ende incapaz de llevar a cabo los postulados de la legislación respectiva (FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, p. 17).

⁶⁷ G.O. Núm. 5.568 Extraordinario del 31/12/01. Reformada mediante G.O. 38.763 del 06/09/07 únicamente para prorrogar los plazos (ya vencidos) de implantación de la estructura organizativa legalmente prevista. Sobre ello ha señalado la doctrina que se trata de un instrumento legal que no tiene ninguna aplicación práctica, habida cuenta de que tales servicios siguen prestándose bajo el régimen legal formalmente derogado, en el cual tanto la actividad de regulación como la de gestión y supervisión correspondían a entes nacionales (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 193), que es justamente lo que pretendió modificar la Ley. Sobre esta ley véanse entre otros: SANDÍA DE SEGNI, María Elena. *El régimen jurídico de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas: 2002, pp. 7-36; FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, pp. 28-33. Más recientemente: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *El servicio...*, 43-74 y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael “El régimen internacional del agua potable y el saneamiento (Homenaje a Sebastián R. Martín-Retortillo y Baquer)”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* Núm. 8 (Homenaje a juristas españoles en Venezuela), Caracas, 2017, pp. 411-449; OLLARVES IRAZÁBAL, Jesús. *El derecho humano al agua y al saneamiento*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2017. Desde una perspectiva práctica y técnica, véase sobre el suministro de agua potable: HIGUERAY, Ángel, GONZÁLEZ, María Manuela y TRUJILLO, Lourdes. “Situación actual del suministro de los servicios de agua en Venezuela”, *Revista de Economía Social* Vol. 12 Núm. 24. Universidad de

Consejo Nacional de las Aguas (artículo 25), órgano interministerial integrado además por representantes de otras instancias institucionales (Consejos de Región Hidrográfica, Parlamento Nacional, usuarios institucionales e Instituto Nacional de Pueblos Indígenas). Este Consejo tiene por funciones principales las consultivas y de asesoría en el diseño de las políticas y normativas para la gestión integral de las aguas (artículo 26).

También dispone el instrumento legal en su artículo 27 la creación de Consejos de Región Hidrográfica para la mejor gestión del agua, de acuerdo con la delimitación geográfica que establece la Ley de Aguas. En cuanto a su integración, deberán ser <<plurales, deliberantes, analíticos y proponentes>>, conformados por instancias ministeriales, Administraciones Públicas estatales y municipales, usuarios, Consejos Comunales (entidades creadas en el paraconstitucional ordenamiento jurídico del denominado <<Poder Popular>>⁶⁸, Universidades e institutos de investigación y Consejos Territoriales de Planificación -estos último con base constitucional pero desplazados por los Consejos Comunales- (artículo 28). Sus atribuciones son algo confusas, pues establecen <<...las estrategias y normas particulares...>> para la gestión de las aguas en cada región; evalúan y aprueban o imprueban los planes de la región hidrográfica; coordinan e incentivan la participación en la planificación; aprueban los trasvases entre cuencas hidrográficas; todo lo cual no difiere demasiado de las amplias atribuciones de la autoridad nacional de las aguas. Y en general, tienen también funciones consultivas y de asesoría (artículo 29).

De seguidas, la Ley de Aguas sigue estableciendo otras instancias para la gestión de los recursos hídricos. La Secretaría Ejecutiva de cada Consejo de

Los Andes. Mérida-Venezuela, Cayapa, 2012, disponible en línea: www.redalyc.org/html/622/62226924002/ [consultado julio 2018]; FERNÁNDEZ MORALES, Juan Carlos. “Descentralización de la prestación de los servicios de agua potable y recolección de aguas servidas a la comunidad organizada”, *Revista Derecho y Reforma Agraria, Ambiente y Sociedad* Núm. 39, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes, 2013, disponible en línea: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/revistaagraria/article/view/6456>[consultado julio 2018], pp. 101-124.

⁶⁸ Sobre este denominado <<Poder Popular>>, inspirado en la legislación cubana y más remotamente en concepciones soviéticas, véanse entre otros: AA.VV. *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas: 2011; SÁNCHEZ FALCÓN, Enrique J. *Estado Comunal y Estado Federal en Venezuela: ¿son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2017; BREWER-CARÍAS, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica*, Volumen II, La Administración Pública, Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid: 2013, pp. 789-977; SIRA SANTANA, Gabriel, *Poder Popular, descentralización y participación ciudadana*, FUNEDACIDEF, Caracas, 2018.

Región (artículo 30), que estará a cargo del Ministerio que ejerza la Autoridad Nacional de las Aguas. Los Consejos de Cuenca Hidrográfica (artículos 31 al 34), integrados por el respectivo Ministerio que ejerza la autoridad de las aguas, las Administraciones Públicas Estadales y Locales y los usuarios. Estas entidades tendrán a su cargo las elaboración, aprobación, ejecución y supervisión de la planificación hídrica, <<...así como las correspondientes a los Consejos de Región Hidrográfica que le sean atribuidas...>>, y también ostentarán una Secretaría Ejecutiva a cargo del Ministerio que ejerza la autoridad de las aguas (artículo 35). Como puede verse, los riesgos de duplicidad de atribuciones están presentes⁶⁹.

Si a lo anterior se añaden las fórmulas de desviación de la competencia a que alude la Ley de Aguas (artículo 37) y que desarrolla la legislación venezolana inspirada en el modelo español, la posibilidad de que se planteen ineficiencias en la gestión causadas por problemas de duplicidad de atribuciones se eleva exponencialmente⁷⁰.

Por último, en cuanto a las Mesas de Técnicas de Agua, únicamente mencionadas en el artículo 21.6 de la Ley de Aguas, ellas están reguladas en la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento⁷¹ (artículos 75 al 77). Se trata de asociaciones de suscriptores del servicio

⁶⁹ Un examen de esta organización administrativa puede verse en: FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, pp. 33-35 y

⁷⁰ Describiendo la organización administrativa de hace una década, se concluía que con ella no se aplicaba el principio de gestión integral de las aguas y que no se generaban políticas en la materia dada la dispersión de funciones entre los Viceministerios y las Direcciones estadales (FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, p. 19). Véase también: *Ibidem*, pp. 20-22. Excedería el objeto de estas páginas analizar exhaustivamente la organización interna de la Autoridad nacional de las aguas y compararla con la organización administrativa adicional que ordena establecer la Ley de Aguas, a los fines de determinar su grado de racionalidad eficiencia, pero un análisis preliminar indica que esa dispersión no ha sido superada y que el principio de Buena Administración no queda reflejado ni siquiera en el nivel organizativo. No obstante, en ese mismo trabajo se señala que aún luego de la Ley de Aguas el Ministerio correspondiente sigue conservando sus competencias previas (*Ibidem*, p. 36).

⁷¹ Véase al respecto, entre otros, los trabajos de: FERNÁNDEZ MORALES, *Régimen administrativo...*, p. 32; *Los usuarios...*, p. 65; *Descentralización...* pp. 108-110. De acuerdo con información oficial, existirían actualmente en el país 7.454 Mesas Técnicas de Agua (República Bolivariana de Venezuela, Segunda Comunicación ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, disponible – aunque solo parcialmente – en los portales oficiales en línea: <http://www.minea.gob.ve/wp-content/uploads/2015/10/Segunda-Comunicaci%C3%B3n-sobre-Cambio-Clim%C3%A1tico-I.pdf>. el documento completo en: <http://desarrollosustentable.com.ve/segunda-de-cambio-climatico-de-venezuela/> [consultado julio 2018].

público domiciliario de prestación de agua potable, constituidas con el objeto de participar en la gestión del mismo a través de la formulación de opiniones y sugerencias, representando a la comunidad en el ejercicio de los derechos y deberes de esta frente a los servicios prestados, así como en el desarrollo y supervisión de la prestación de estos.

III. EL INCIPIENTE RÉGIMEN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS Y DE CONTROL Y PROTECCIÓN FRENTE AL AGUA

No hay en la Ley de Aguas una sección destinada a la regulación de la prevención de riesgos ni al control y protección frente a los recursos hídricos⁷² (sí al control desde el punto de vista de los vertidos de efluentes). No obstante, se encuentran normas dispersas que refieren incidentalmente el asunto, a saber:

Artículo 2: Definición de período de retorno, vinculada con la crecida de los ríos.

Artículo 4.2: Dentro del contenido de la gestión integral de las aguas, la prevención y control de los posibles efectos negativos de estas sobre la población y sus bienes.

⁷² Para el año 2011 señaló el informe de AVEAGUA, *op. cit.*, p. 43, que durante los años 2002 y 2013 el entonces Ministerio de Ciencia y Tecnología había iniciado las Agendas de Gestión de Riesgos y Reducción de Desastres, y que al respecto se financiaron proyectos específicos, atendiendo problemas prioritarios relacionados con la evaluación de amenazas, vulnerabilidad, riesgo, la mitigación y reducción del riesgo, y la atención y manejo de emergencias. Asimismo, se indicó que la aprobación de la Ley de Protección Civil y Administración de Desastres de 2001 constituía un primer esfuerzo en la dirección de orientar políticas y construir capacidades públicas en la prevención de desastres y atención de emergencias. No obstante, en el caso de esta última se trata de una Ley marco que regula fundamental la organización administrativa y remite a la formulación de los planes de protección civil y administración de desastres y acciones correspondientes. Y, por otra parte, parece conveniente recordar que esos esfuerzos incipientes se produjeron como respuesta al acaecimiento de uno de los desastres naturales que mayor impacto negativo han tenido sobre la población venezolana, ocurrido en el Estado Vargas (litoral central), en diciembre de 1999 (una visión general en: https://es.wikipedia.org/wiki/Tragedia_de_Vargas). Para acometer un plan de prevención de tales deslaves a futuro (pues la zona había sido urbanizada desde hacía varias décadas previas a pesar de su vulnerabilidad a tales riesgos) fue encargado el entonces titular del Ministerio de Ciencia y Tecnología como autoridad para ello. Posteriormente, el ex Ministro ha declarado que varias de las obras construidas en el Estado Vargas son deficientes, inconclusas e insuficientes para lo que estaba proyectado (GENATIOS VARGAS, Carlos, *Del riesgo al desastre: Los aludes torrenciales de 1999*. Gestión de riesgo; entre lo planificado y lo ejecutado, Disponible en línea: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/09273.pdf> [consultado julio 2018]).

Artículo 6.2. Demanialización de las áreas ribereñas a los ríos.

Sin embargo, la misma Ley de Aguas establece algunas pautas al respecto, aunque de forma bastante incipiente, en una sección de apenas dos artículos, intitulada <<De la prevención y control de los posibles efectos negativos de las aguas sobre la población y sus bienes>>. A saber:

1. *La prevención de riesgos y el control y protección mediante la información*

El artículo 42 de la Ley de Aguas crea (ordena crear) el Subsistema de información de aguas, que formará parte del Sistema de información ambiental, bajo la coordinación del Ministerio que ejerza la Autoridad Nacional de las Aguas, remitiendo su organización y funcionamiento al desarrollo reglamentario⁷³. Tal subsistema se relaciona también con lo previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ambiente, que establece también un registro de información ambiental, que contendrá, entre otros: los inventarios de recursos hídricos (artículo 67.2); de cuencas hidrográficas (artículo 67.6), de fuentes de emisión de contaminación de agua (artículo 67.7); de información hidrometeorológica e hidrológica (artículo 67.9) y cartográfica (artículo 67.11), entre otras⁷⁴.

2. *La prevención de riesgos y el control y protección mediante la planificación*

De acuerdo con la Ley de Aguas, la gestión integral de los riesgos <<socio naturales y cronológicos>> en la sociedad comprende los posibles efectos negativos de las aguas sobre la población y sus bienes, asunto que debe tratarse a través de la planificación hídrica y de la ordenación territorial (artículo 14.1)

Es de hacer notar que, en materia de planificación, las leyes vigentes han dado un giro en cuanto a los efectos de la planificación, al hacerla aparentemente vinculante tanto para el sector público como el privado (artículos 25 y 33 de la Ley Orgánica del Ambiente)⁷⁵. Lo que, al margen de su constitucionalidad en un Estado en el cual se acepta –al menos en el plano constitucional- la existencia de la libre empresa y de una economía de mercado, deriva en que esa

⁷³ Se trata de una función tradicional dentro de la estructura organizativa y funcional del Ministerio destinado a elaborar y ejecutar la política ambiental. De allí que en la actual Reglamentación de este está prevista la Oficina de Sistemas Integrales de Información Ambiental, integrada en el propio Despacho del Ministro (artículos 5° *in fine* y 7°).

⁷⁴ Para el año 2000 se hizo notar la necesidad de desarrollar los sistemas de información ambiental con el fin de tener un mejor conocimiento de los eventos naturales (GONZÁLEZ LANDAZÁBAL, *op. cit.*, p. 107).

⁷⁵ G.O. 5.833 Ext. del 22/12/06.

planificación debería haber adquirido mucho mayor eficacia por resultar no meramente indicativa⁷⁶.

A ello cabe agregar que esa misma Ley, dentro de los lineamientos de la planificación ambiental, incluye la inserción de los sistemas de prevención de riesgos (artículo 23.6).

3. *La prevención de riesgos y el control y protección mediante la construcción, operación y mantenimiento de obras e instalaciones*

Está expresamente mencionada en la Ley de Aguas, pero no hay mayor desarrollo normativo en el texto legal (artículo 14.2).

4. *Otras menciones a la prevención de riesgos*

De forma incidental, la Ley Orgánica del Ambiente se refiere a este asunto al incluir, como causal para declarar ecosistemas de importancia estratégica, a determinados espacios territoriales en los que existan comunidades de plantas y animales que tengan relevancia desde diversos puntos de vista, entre ellos el de la prevención de riesgos (artículo 46), así como a establecer la posibilidad de decretar el libre aprovechamiento de ciertos recursos naturales y de los componentes de la diversidad biológica, por razones de catástrofe natural u otras similares que pongan en peligro a la población (artículo 53). En ese sentido, el Plan Nacional del Ambiente establece dentro de sus estrategias, la de controlar los posibles riesgos por efecto de las aguas sobre la población e identificar áreas de riesgo sísmico⁷⁷.

5. *La técnica del análisis de riesgos*

Por otra parte, el único precepto que se refiere cabalmente al tema de este epígrafe, a saber, el artículo 15 de la Ley de Aguas, establece que el análisis de riesgos estará orientado a la prevención y control de inundaciones, inestabilidad de laderas, movimientos de masa, flujos torrenciales, sequías, subsidencia (hundimiento de terrenos) y otros eventos causados por las aguas, añade que tal análisis considerará la prevención y control de las enfermedades producidas por contacto con el agua o transmitida por vectores de hábitat acuático.

⁷⁶ Planteó MARTÍN-RETORTILLO B., *op. cit.*, pp. 48-49, la conveniencia de la obligatoriedad de la planificación de los recursos hidráulicos. En similar sentido: BREWER-CARÍAS, *Derecho...*, pp. 29-30.

⁷⁷ REPÚBLICA..., *op. cit.*, p. 306. Ese mismo documento hace referencia a la elaboración en el año 2015 de una propuesta de Plan Nacional de Gestión de Riesgos (*Ibidem*, p. 336).

No obstante, hay otras disposiciones de la misma Ley de Aguas vinculadas con el tema del control y prevención de riesgos, que se mencionan a continuación.

6. *El financiamiento*

El Título VII de la Ley de Aguas regula el <<sistema económico financiero>> para la gestión integral de las aguas, estableciendo primeramente una serie de principios y objetivos vinculados con la garantía y eficiencia del uso del recurso, así como haciendo énfasis en la necesidad de inversión para el mantenimiento de la disponibilidad del agua (artículos 88 y 89).

De seguidas, se dispone como fuentes financieras tanto el presupuesto de las Administraciones Públicas como los aportes de los usuarios, estos últimos en contraprestación por el aprovechamiento. Esas contraprestaciones, destinadas a la conservación de las cuencas hidrográficas, se vinculan con los aprovechamientos sometidos a autorización estatal. Ellos estarán conformados por los aportes tanto de las empresas hidroeléctricas y de abastecimiento de agua potable como de los usuarios en general. En el último caso, el cálculo de los aportes tendrá en cuenta el costo de la planificación y los aportes públicos, así como el volumen anual aprovechado y otros factores (artículo 94). Según se ha señalado, nada de esto se ha materializado en la práctica⁷⁸.

Asimismo, se dispone el pago de tasas por la expedición de una serie de actos administrativos que permiten el aprovechamiento de los recursos hídricos más allá de los usos permitidos sin requerir tales actuaciones⁷⁹.

También establece la Ley de Aguas un Fondo para la gestión integral de las Aguas, como órgano con cierta autonomía presupuestaria, integrado en su di-

⁷⁸ Al menos hasta el año 2000, pues este sistema de financiamiento ya encontraba antecedentes en normas previas. Normas cuyo incumplimiento resultaba evidente, al punto de sostenerse que los aprovechamientos de agua realizados para abastecimiento de agua potable, riego y electricidad no generaban gastos a los usuarios, más allá de que estos eran en la mayoría los casos, el propio sector público. De allí que las inversiones terminaban haciéndose en la gran mayoría de las veces con cargo al presupuesto nacional (GONZÁLEZ LANDAZÁBAL, *op. cit.*, p. 56). Agregándose de seguidas que la asignación de tales recursos presupuestarios suele hacerse, no sobre la base de análisis económicos que comen en cuenta el balance costos-beneficios, sino de criterios exclusivamente políticos. La excepción lo serían las inversiones financiadas con aportes de fondos multilaterales (*Ibidem*, p. 57). Es de presumir que lo descrito para inicios de siglo se ha acentuado en la actualidad.

⁷⁹ Usos que no contradicen la demanialización efectuada por vía constitucional. Véanse entre otros: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 183, quien distingue entre usos generales, especiales y exclusivos. Los primeros no requieren mayores controles administrativos.

rectorio por representantes de los entes públicos con competencias en materia de recursos hídricos, como de distintos tipos de usuarios (artículos 96 al 98). Este órgano tendría como atribuciones administrar los programas de inversión y los financiamientos para la ejecución de la Ley, dejando el detalle de su organización y funcionamiento a la normativa reglamentaria (artículos 99 y 100).

Quizá lo más importante desde el punto de vista de la prevención de los riesgos y de protección, es la previsión expresa de que los recursos de tal fondo se destinarán al financiamiento, entre otros, de <<Gastos para cubrir situaciones de emergencia>> o imprevistos en la planificación (artículo 102.2). El resto de tales gastos se refieren a la formulación y ejecución de los planes de recursos hídricos y al desarrollo y mantenimiento del Subsistema de Información de las Aguas y del Registro Nacional de Usuarios (artículo 102).

Por último, el referido Fondo tendrá como fuentes de ingresos los recursos provenientes de las contraprestaciones ya referidas, el cobro de tasas y la aplicación de multas por contravención a la Ley de Aguas (sobre ello se volverá más adelante), así como los préstamos de organismos internacionales, los ingresos producto de programas de cooperación técnica, los montos asignados por las Administraciones Públicas, los beneficios que obtenga de sus operaciones financieras y cualesquiera otros que le sean asignados (artículo 105).

Como puede verse, aparte de las tradicionales asignaciones vía presupuestos públicos, el resto de los ingresos está sometido al funcionamiento cabal de los mecanismos previstos en la Ley de Aguas y, en el mejor de los casos, susceptibles de percibirse solo a mediano o largo plazo.

7. La Dirección General de Saneamiento y Control de Inundaciones

Por otra parte, como ya se destacó, la estructura organizativa actual (hasta que se ponga en funcionamiento el creado Ministerio para la atención de las aguas) del Ministerio que ejerce la autoridad nacional de las aguas, incluye una Dirección General de Saneamiento y Control de Inundaciones, a tenor del correspondiente Reglamento Orgánico. Entre las atribuciones de esta, se encuentran (artículo 20): Intervenir en los procesos de planificación, ejecución y seguimiento de obras para el control de inundaciones; realizar el seguimiento y control de las aguas servidas y de obras de mitigación de riesgos de inundaciones; regular, supervisar, inspeccionar y controlar a los entes ejecutores de tales obras; formular propuestas y recomendaciones como resultado de tal labor supervisora; recopilar, sistematizar y consolidar información sobre este asunto en articulación con las labores de la Oficina de Sistemas Integrales de Información Ambiental.

Siguiendo la tradición de desconcentrar territorialmente típica de la Administración Pública Nacional Central venezolana, el Ministerio tiene órganos en cada Estado (Direcciones Estadales), a quienes compete ejecutar las acciones en su respectivo ámbito territorial (artículos 26 al 29 del Reglamento Orgánico del respectivo Ministerio).

A continuación, se describe brevemente el régimen de limitación y sancionador en materia de recursos hídricos.

IV. LOS RÉGIMENES DE LIMITACIÓN, VIGILANCIA, CONTROL Y DE SANCIONES EN MATERIA DE RECURSOS HÍDRICOS⁸⁰

En este punto la Ley de Aguas sí contempla un Título destinado al régimen sancionador, que se resumirá a continuación:

1. *Las potestades administrativas de vigilancia, limitación y control*

Aparte de sancionar con la nulidad las concesiones, licencias y demás actos administrativos dictados en violación de su texto, de su Reglamento y de la planificación de los recursos hídrico, (artículo 106), y de reafirmar las múltiples responsabilidades en que incurren los funcionarios que emitan tales actos (artículo 107), la Ley de Aguas establece una lista no enunciativa de medidas que puede adoptar la Autoridad Nacional de las Aguas. Entre otras (aparte de las multas reguladas en los artículos 112 al 115): 1) Ocupación temporal total o parcial de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante o se obtenga la autorización correspondiente; 2) Clausura temporal o definitiva de instalaciones o establecimientos; 3) Prohibición temporal o definitiva de actividades; 4) Recolección, almacenamiento, neutralización o destrucción de agentes contaminantes, contaminados o peligrosos, a costa del infractor; 5) Remisión al medio natural de los recursos o elementos extraídos, de ser posible y conveniente; 6) Efectiva reparación del daño causado, a costa del infractor (pareciera ser una sanción distinta a la multa); y 7) Cualquier otra medida destinada a corregir y reparar los daños y a evitar la continuación de los actos perjudiciales a la calidad de las aguas (Artículo 110).

Esa competencia es asignada en la Ley Orgánica de Ambiente a un órgano llamado de Guardería Ambiental, con atribuciones para realizar la averiguación ante la comisión de un hecho punible o de una infracción administrativa ambiental (artículo 101). Ley que reafirma las potestades para dictar medidas preventivas en resguardo del ambiente, de forma similar a la enumeración ya comentada (artículo 111), y en general, establece un régimen de sanciones administrativas de aplicación supletoria (artículos 109 al 116) frente a la especialidad de la Ley de Aguas.

Para finalizar, de acuerdo con el artículo 14.10 de la Ley de Aguas y la normativa reglamentaria ya referida, esta atribución le debe corresponder a la Dirección General de Fiscalización y Control de Impactos Ambientales del Viceministerio de Gestión Ecosocialista del Ambiente, toda vez que el precepto

⁸⁰ Sobre este tema puede consultarse en general: VILLEGAS MORENO, *op. cit.*, pp. 237-252.

le asigna genéricamente la atribución de: <<Ejercer acciones para prevenir ilícitos ambientales y aplicar las medidas y sanciones conforme a lo establezca el marco normativo correspondiente...>>⁸¹.

2. El régimen sancionador

A. El régimen administrativo

La Ley de Aguas dedica un Capítulo del Título destinado al régimen sancionador a las infracciones y sanciones administrativas, estableciendo tanto las conductas infractoras como sus correspondientes multas (artículos 119 al 127)⁸². En tal sentido, los tipos infractores prevén: acciones que degraden o puedan degradar el ambiente; uso de las aguas con fines de aprovechamiento sin contar con la respectiva autorización; aprovechamiento de aguas en cantidades superiores a las autorizadas; realización de actividades prohibidas en zonas protectoras; perforación no autorizada de pozos; vertidos de efluentes contaminantes en aguas superficiales o subterráneas incumpliendo la normativa y las autorizaciones; incumplimiento de los controles administrativos que establezcan las normas técnicas y omisión de notificar a la Administración Pública competente la ocurrencia de vertidos imprevistos o producidos en situaciones de emergencia.

Esta potestad sancionadora le corresponde también, de acuerdo con el artículo 14.10 y la normativa reglamentaria ya referida, a la Dirección General de Fiscalización y Control de Impactos Ambientales del Viceministerio de Gestión Ecosocialista del Ambiente.

B. El régimen penal

En cuanto al régimen penal, la Ley de Aguas no regula el asunto. No obstante, lo hace en primer lugar la Ley Orgánica de Ambiente, que contempla la responsabilidad objetiva en materia de delitos ambientales tanto para las personas naturales como las jurídicas (artículo 130), así como establece un régimen de responsabilidad notablemente acentuado y severo, incluso de cuestionable constitucionalidad (artículo 131), ordenando la creación de una jurisdicción penal ambiental (artículos 136 y 137).

⁸¹ No obstante, la existencia del régimen sancionador y de la enunciación de las potestades administrativas de limitación y control, como señala la doctrina, más allá de las prescripciones generales de la Ley de Aguas, nada se contempla sobre la actividad administrativa de policía en orden a la conservación y gestión de los recursos hídricos. Lo cual se achaca a la dispersión, generalidad y falta de visión integral (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 190).

⁸² Sobre este régimen puede verse: BREWER-CARÍAS, *Estudio...*, pp. 73-77.

Tales normas encuentran su complemento en la Ley Penal del Ambiente⁸³, que reitera la responsabilidad objetiva en materia de delitos ambientales (artículo 3), incluyendo también la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 4).

El mismo texto legal dispone un amplio catálogo de medidas cautelares que pueden decretar los jueces penales (artículo 8) así como también órdenes definitivas en la dispositiva de la sentencia de mérito (artículo 9), similares a las previstas en la Ley Orgánica del Ambiente, ahora para sede judicial, todas competencias de la jurisdicción penal ambiental (artículo 23).

En materia de recursos hídricos, la Ley Penal del Ambiente contempla en el Capítulo V del Título III, los correspondientes tipos penales, a saber: Cambio, obstrucción o sedimentación (artículo 56); Interrupción del servicio de agua (artículo 57); Uso ilícito de aguas (artículo 58) y Surgimiento de peligro de inundación o desastre (artículo 60, el tipo de refiere a originar este peligro).

Luego en la sección primera del Capítulo VII del mismo Título, añade otros delitos en materia de contaminación de recursos hídricos: Corrupción y envenenamiento de aguas de uso público (artículo 83); Vertido de materiales degradantes en cuerpos de agua (artículo 84); daños a aguas subterráneas (artículo 85); Alteración térmica de cuerpos de agua (artículo 87); Descargas Ilícitas al medio marino, fluvial, lacustre o costero (artículo 88); Vertido de hidrocarburos (artículo 89); Construcción de obras ilícitas (artículo 90); Infracciones a Convenciones Internacionales sobre contaminación por hidrocarburos (artículo 91); contaminación accidental de aguas territoriales (artículo 93) y Omisión de dar aviso (artículo 94).

⁸³ Sobre esta ley, pueden verse, entre otros: Desde una perspectiva general: LEÓN GONZÁLEZ, José de Jesús, OVALLES DE CABEZA, Yajaira, RAMÍREZ, Gustavo Elías, RIPANTI DE MORA, Fabiola, MÉNDEZ VERGARA, Elías y GARCÍA DE MELANDRI, Yurisay, “Comentarios a la nueva Ley penal del Ambiente y su concordancia con otras normas vigentes”, *Revista Derecho y Reforma Agraria Ambiente y Sociedad* Núm. 38, Mérida-Venezuela: Universidad de Los Andes, 2012, pp. 17-52; y más específicamente respecto a los recursos hídricos: DE LOS RÍOS, Isabel. Comentarios a la Ley Penal del Ambiente, Caracas: s/e, 2012. Véase también, con relación a normas ya no vigentes: FERNÁNDEZ MORALES, *Administración...*, pp. pp. 292-294. Y especialmente: GIL CASTILLO, Roberto A. *La protección penal del agua: Un análisis de la Ley penal del ambiente*, Livrosca, Caracas: 2000; DE LOS RÍOS, Isabel, *Derecho del ambiente. Especial referencia a las disposiciones penales*, Editora Isabel de los Ríos, Caracas: 1994; ARTEAGA, Alberto, LUZARDO, Alexander, MAYAUDÓN, Julio E., BROWN, Sergio y BELISARIO, Francisco, *Ley Penal del Ambiente. Exposición de Motivos y Comentarios*, Editores Vadell Hermanos, Valencia- Venezuela: 1992.

CONCLUSIONES

A semejanza de su entorno iberoamericano, el régimen legal venezolano de los recursos hídricos ha evolucionado partiendo de su original regulación ius-privatista hacia una más acorde con la trascendencia de estos tanto para las personas como para el interés de la colectividad. En ese sentido, sin duda que el principio de gestión integral de las aguas y el establecimiento de una autoridad única para la planificación y gestión del aprovechamiento de estas constituye en la regulación vigente un estadio de avance frente a la situación previa. No obstante, el marco legal convencional, constitucional y legal, aparte de que dista de ser aplicado en la práctica, presenta una serie de debilidades.

Comenzando estas por el hecho de que se necesitaron más de siete años para que se dictara la Ley de Aguas, destinada a instrumentar la declaración constitucional como del dominio público de todas las aguas. Ello, a pesar de que desde mediados de la década de los setenta del pasado siglo existían estudios y anteproyectos normativos que iban ya en ese sentido, al partir del fenómeno de la unidad del ciclo hidrológico y del principio de gestión integral de los recursos hidráulicos. A lo anterior cabe agregar que el primer reglamento de esta Ley se dictó más de diez (10) años luego de su entrada en vigencia.

En cuanto a temas como el cambio climático y el calentamiento global y su vinculación con el régimen jurídico de las aguas, se encuentra alguna regulación dispersa tanto en la Ley de Aguas, como normativa sectorial más vinculada con la protección civil y la prevención de riesgos y desastres. No obstante, el sistema de planificación que estos instrumentos ordenan establecer no ha sido instrumentado mínimamente. Y, por otra parte, Venezuela no parece haber demostrado cumplir con sus compromisos convencionales en estas materias, si se parte del hecho de que los informes técnicos que presenta tienen un desfase de varios años en cuanto a los datos aportados.

En lo atinente a la organización administrativa e institucional para la gestión de los recursos hídricos, la misma se concentra en el nivel de la Administración Pública Nacional Central, a pesar de que las disposiciones constitucionales regulan una competencia concurrente entre los diversos ámbitos político-territoriales (nacional, estatal y municipal). Hasta donde puede tenerse conocimiento, ello no ha sido sustancialmente modificado por la entrada en vigencia de la Ley de Aguas, a pesar de que este instrumento plantea una profusa organización administrativa que en principio debería dar cabida a la participación de la sociedad civil en diversos aspectos de la planificación, gestión y aprovechamiento del recurso.

Con relación a los regímenes de control y sancionador, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, el régimen legal venezolano se caracteriza por su severidad, llegando incluso a establecer disposiciones de dudosa constitucionalidad, al resultar de difícil armonización con principios del derecho sancionador tales como la presunción de inocencia o la culpabilidad como

premisa para la imposición de las sanciones. No obstante, como es común en este y otros ámbitos, la dureza de tales previsiones contrasta con su escasa efectividad práctica.

En todo caso, la situación actual de precariedad en que se encuentra por ejemplo el servicio público domiciliario de abastecimiento de agua potable y saneamiento muestra que no basta con establecer un marco legal adecuado. Y es que si no existe la voluntad política, la organización administrativa y los recursos financieros correspondientes, una mera revisión del Derecho positivo puede ofrecer un panorama incompleto dado su eventual contraste con la realidad.

De allí que, con perspectivas de futuro, habrán de evaluarse los mecanismos legales, administrativos e institucionales bajo el prisma de su eficiencia, eficacia y efectividad, partiendo de información actualizada y confiable que permita establecer un diagnóstico integral de la situación de los recursos hídricos en Venezuela.

UN FALLO CONTRADICTORIO, UN CAMINO DE CAMBIO*

Viviana SAGRERA**

Profesora en la Universidad Nacional Lomas de Zamora

INTRODUCCIÓN

El devenir histórico del derecho público en la Argentina tiene un correlato constitucional que ha merecido un apoyo de la jurisprudencia con excepciones o fallos contradictorios que se ordenan más en clave del tiempo político (local y global), que del camino de evolución constitucional.

La tendencia a la unificación y concentración de los esquemas jurídicos es un fenómeno mundial al que se resiste el sistema federalista argentino. En esa inteligencia, la Constitución ha robustecido las normas que garantizan las autonomías locales y limitan las potestades federales.

Ciertamente, el ejido de incidencia directa de la legislación federal ha sido reducido no solo por la transformación del ex artículo 67, inciso 27 en el actual artículo 75, inciso 30, sino por el hecho trascendental de la progresiva provincialización de los territorios que data desde la constituyente fundacional, con trece y, en 1860 con catorce jurisdicciones sub federales, hasta la actualidad de veinticuatro.

* “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, CS, 17/12/2019.

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?id Analisis=756900&cache=1605036962314>

** Magister en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Ambiental, Universidad Carlos III de Madrid y Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de la materia Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, Facultad de Derecho, UNLZ. Jefa de trabajos prácticos regular en la materia Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, Facultad de Derecho, UBA.

El empuje de la reforma del año 1994 reverdeció los laureles locales, que venían ampliándose desde el esquema económico del gobierno de la década del noventa, con las privatizaciones y las cesiones de la educación primaria obligatoria a las provincias y la provincialización de puertos y aeropuertos. Así redujo el ámbito de tutela federal al que se le aplicaba el artículo 75, inciso 30, dejando pocas cuestiones en esa orbita, como las de los parques nacionales, las Universidades Nacionales y algunas más complejas, como la del fallo que nos ocupa.

En una vía contraria, –o si se quiere global– la corriente de fortalecimiento del poder central se apoya en la consagración de los tratados internacionales, (en especial la potestad del legislador nacional de “elevar” a un rango supralegal a los nuevos Tratados del artículo 75, inciso 22, y en la prórroga de administración, legislación y jurisdicción trasnacional del artículo 75, inciso 24), en el reconocimiento único a la personería del Estado Nacional, y entre otros pilares, en la carrera de velocidad que significó la *cláusula del progreso* como argumentación de la fuerza del gobierno nacional tanto por sobre los gobiernos locales, como por sobre las relaciones contractuales de los particulares. Esa tendencia centralista es explicada por Biglieri (2019) cuando sostiene que:

Ahora se deberá anotar que la vigencia y aplicación, ante conflictos surgidos de los incumplimientos de compromisos internacionales, del Tratado de Viena «aplasta» nuestro principio constitucional que consagra el sistema de reserva de las facultades no delegadas. Este problema, se ve agravado aún más, ante la tendencia de las legislaturas al dictar leyes en las que se invita a adherir a las estructuras orgánicas inferiores (por. Ejemplo la Nación a las Provincias –Protocolo Contrataciones Públicas del Mercosur LN 26443–, o alguna Provincia a sus municipios –Procedimiento Tributario cordobés–). A mi entender, el tiempo condenará a los «invitados» que no se hayan expresado por el rechazo, y equiparará estas normas al derecho indicativo (o Soft Law) y generará actuaciones jurisdiccionales del tipo del caso GRIMALDI en la Unión Europea¹.

A estas fuerzas, aparentemente encontradas, nos referiremos en este estudio desde el atalaya que construyó Harari al señalar que: *A diferencia de las leyes de la física, que carecen de inconsistencias, todo orden creado por el hombre está repleto de contradicciones internas. Las culturas intentan constantemente reconciliar dichas contradicciones y este proceso impulsa el cambio².*

¹ AAVV, dirigido por MORENO MOLINA, José Antonio; PUERTA SEGUIDO, Francisco y PUNZÓN MORALED A, Jesús. *Buenas Prácticas en la Contratación Pública: Transparencia, Responsabilidad Social y Lucha contra la Corrupción*. Ed. Ledoria. Toledo, 2019, p. 567.

² HARARI, Yuval Noah. *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Ed. Debate. Buenos Aires, 2019. p. 186.

I. EL FALLO

El Estado Nacional –Estado Mayor General del Ejército-, demandó a la provincia de Mendoza y solicitó la inconstitucionalidad de sus normas provinciales N° 6200 y 7422, por medio de las cuales se estableció el carácter de “área natural protegida” y sujeta a expropiación en los términos de la ley provincial N° 6045 a la Laguna del Diamante, dentro de cuya área declarada y ampliada por las normas provinciales citadas, se encuentra un inmueble a nombre del Ejército Argentino.

El Tribunal resolvió por mayoría, rechazar la demanda.

En el considerando 7°, la técnica utilizada aplica un sistema de clasificación de las competencias cuya inteligibilidad había sido sostenida en criterios doctrinarios y jurisprudenciales previos a la reforma. No siempre la actualización de los números de las normas supervivientes después de la última reforma puede reputarse como mantención de los galones que lucían en el anterior texto. De hecho, la comprensión y los ejemplos utilizados por la doctrina constitucional referidos a la concurrencia, antes y después del cambio constitucional, han variado lo suficiente como para aceptar que ya no nos encontramos ante una sentencia unívoca. Como ejemplo, el análisis del procedimiento legislativo del artículo 75, inciso 2° en Gelli parece encaminarse a una definición de concurrencia circunscripta a la ley convenio de coparticipación y, eventualmente, a las cuestiones de los pueblos originarios:

Sin embargo, bajo el nuevo art. 75, inc. 2 de la Constitución Nacional, en estricto sentido, los poderes fiscales delegados en el gobierno central o reservados por las provincias no cambiaron de titular, pues las contribuciones indirectas se mantuvieron como impuestos concurrentes entre la Nación y las provincias y las directas sólo por excepción podrían ser aplicadas por el Estado Federal (...). Pero, el gasto efectuado por cada jurisdicción tiene sólo una relación indirecta con lo tributado de fuente local. En otras palabras, ha desaparecido de la Constitución Nacional el principio en virtud del cual gasta quien recauda, sustituido, básicamente, por criterios de solidaridad y equidad para el desarrollo igualitario de las provincias³.

En esta inteligencia –la falta de correspondencia de la fuerza normativa de las normas sobrevivientes de la Constitución histórica–, Sabsay sostiene en “A 20 años de la reforma constitucional, ¿se han cumplido sus objetivos?”, que:

³ GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Ed. La Ley, 4ta. Edición ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2013. p. 147 y 148.

Las modificaciones introducidas a la Constitución por la reforma de 1994 consagran la señalada evolución ocurrida en la jurisprudencia. Estas enmiendas se pueden agrupar en dos grandes ámbitos: el orden de prelación de normas y los espacios de integración regional⁴.

El constituyente nutrido de las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales precedentes a su labor central ha enarbolado en forma expresa y contundente como facultades concurrentes *únicamente* a las de los artículos 75 incisos 2⁵ y 17⁶. Obviamente, respondiendo a la técnica legislativa de delegación expresa, que se inscribe en el marco del artículo 75. Solo allí puede incrustarse una noción que tome reservas y limite delegación.

Desde este abordaje, el de la utilización de la noción de concurrencia (inexistente en el texto histórico e incluida solo en esos dos casos en el año 1994) es que no utilizaremos el régimen de distribución señalado en el considerando 7 *in fine* del fallo en estudio. Sólo nos ocuparemos de analizar las fuentes que informan el artículo 75, incisos 18; 30 y el artículo 41.

II. CLÁUSULA DEL PROGRESO. FUENTE

Con tener a mano cualquier texto constitucional argentino o en las consideraciones iniciales de los fallos señeros en la materia, se descubrirá que los constituyentes de 1853 se esforzaron por diferenciar entre las potestades delegadas al gobierno central, una cláusula que no reconoce antecedente en el texto norte-

⁴ SABSAY, Daniel. *A 20 años de la reforma constitucional, ¿se han cumplido los objetivos?* En *Revista en Derecho* N° 5. ISSN (versión electrónica): 2314-0194. p. 41. Buenos Aires, 2014. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/revista-pensar-en-derecho-5.pdf>

⁵ **Artículo 75.-** Corresponde al Congreso: 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

⁶ **Artículo 75.-** Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

americano⁷. Por el contrario, veremos más adelante que el ex artículo 67, inciso 27, reconoce fuente norteamericana, con algunos detalles centrales vernáculos.

Esta discusión no se ha circunscripto a aquellos viejos incisos (16 y 27) de la norma principal de la delegación. Otra fuerte disidencia, al no reputar como única fuente de la Constitución Nacional la letra de la Constitución norteamericana es la de Cassagne; sobre la interdicción jurisdiccional del ejecutivo. Ha dicho al respecto:

Un error inicial de interpretación sobre el alcance de las fuentes constitucionales históricas condujo a un sector de la doctrina a sostener que el sistema judicialista de algunos países iberoamericanos, como la Argentina, ha adoptado el modelo norteamericano⁸.

De allí que se presente como muy difícil aplicar la histórica clasificación de la concurrencia a normas de raigambre constitucional que reconocen fuentes muy diversas. Para el caso que nos ocupa, el constituyente originario impuso entre las competencias delegadas del artículo 67 originario, la cláusula del progreso. En base a ella, la doctrina imperturbable de la Corte, desde su período fundacional ha reconocido la potestad de fomento en el gobierno nacional, así lo expresa Biglieri en el Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Administrativo:

No obstante –estas ayudas públicas concretadas por medidas erarias– aparecen en el universo legislativo de la tributación como un procedimiento de excepción al régimen general, cuya resolución final encuentra a la autoridad de aplicación dotada de un amplio margen de discrecionalidad para otorgarlas y cuyo soporte -causa de derecho- es, nada más y nada menos que la Cláusula del Progreso, sea aplicada dentro del ámbito coincidente entre la legislación dictada y la competencia del decisorio de excepcionarla, o inclusive con prescindencia de la competencia legislativa local, si la autoridad de aplicación esgrime su condición de tal en las mandas de la Constitución nacional sobre las promociones⁹.

En el mismo sentido el autor mencionado cita a Casás para sostener que:

Una de las cuestiones más álgidas suscitadas en este aspecto, es la relativa a si el Congreso Nacional puede eximir temporalmente a ciertos sujetos, ma-

⁷ “En la Constitución norteamericana no existe ninguna prescripción análoga a la que consigna el inciso diez y seis del artículo setenta y siete de la Constitución Nacional”. Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe. CSJN, 3/7/1897.

⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y CASSAGNE, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*. Ed. LexisNexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. p. 14.

⁹ HUTCHINSON, Tomás (Director), BIGLIERI, Alberto (Coordinador). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo, Poder de Policía y Fomento*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2010. p. 480.

teria o emprendimientos –en razón de la actividad, lugar de la inversión, etc.–, no solo de gravámenes nacionales, sino también de tributos provinciales y municipales, sobre los cuales no tiene potestad normativa para crearlos¹⁰.

De todas formas, desde el emblemático caso *Ferrocarril Central Argentino*¹¹ hasta la fecha, la ampliación de las competencias en el marco de la Cláusula del Progreso ha sido una de las cuestiones de más complejo análisis jurídico, y que produjo una corriente jurisprudencial¹² que, en lo que atañe a este estudio, no ha sido perturbada en los últimos ciento veinte años. En esa oportunidad se expresó la Corte:

(...) el Congreso cree conveniente acordar el privilegio de la exención del pago de impuestos locales, esta disposición será perfectamente constitucional, porque ella no importará sino el ejercicio de una facultad del Congreso, cuyas leyes priman sobre cualquiera disposición contraria que pudieran contener las constituciones o leyes de provincia. Resolver lo contrario sería reconocer en los gobiernos de provincia la facultad de anular o entorpecer los efectos de la legislación del Congreso, en cuanto ella se dirigiese a los objetos provistos en el inciso diez y seis del artículo sesenta y siete.¹³

En resumen, la progresividad de las intervenciones del estado bajo el manto del progreso han sido amparadas desde una discrecionalidad otorgada por el constituyente al gobierno nacional con la suficiente fuerza, como para arrasar cualquier ordenamiento local que impida el desarrollo de un sector económico o actividad que la Nación considere estratégica en un determinado momento.

III. CLÁUSULA DE UTILIDAD NACIONAL. FUENTE

La cuestión del artículo 75, inciso 30¹⁴ de la Carta Magna, fue debatida infinitas veces por el Tribunal cívico, con pronunciamientos diversos.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 479.

¹¹ *El Ferrocarril Central Argentino contra la provincia de Santa Fé; sobre repetición de pago indebido*. CS, 3/7/1897. <http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=68&pagina=227#page=227>

¹² Hutchinson (2010) al elegir los fallos rectores en el sistema de fomento, creado por la cláusula del progreso destaca, *Ferrocarril Central, Inchauspe Hnos., Cine Callao y Metalmeccánica SACI* (p. 359).

¹³ Corresponde al actual artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional.

¹⁴ **Artículo 75.-** Corresponde al Congreso: 30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

En su primigenia redacción¹⁵, las interpretaciones jurisprudenciales radicaron en torno al alcance del ejercicio de la legislación exclusiva por parte del Congreso Nacional. La Corte a principio del siglo XX y con una interpretación restrictiva que se extendió hasta pasada la primera mitad de ese período, sostuvo que la facultad de *legislar* surgía de la propia letra de la Constitución, cuya facultad exclusiva y excluyente no podía discutirse. Se entendía que una interpretación contraria y que permitiera el ejercicio de facultades concurrentes, hubiese implicado desnaturalizar el principio consagrado, de que el Congreso Nacional legisle con prescindencia de cualquier otro poder legislativo. Tesis enfáticamente ratificada en sucesivos fallos -168:96¹⁶; 197:292¹⁷ y retomada en el año 1968, en fallo: 271:186¹⁸:

(...) así fijado el sentido intergiversable de la palabra “exclusiva” –que quiere decir única, y no compartida–, resulta claro que sólo el Gobierno Federal tiene la potestad de legislar, ejecutar y de juzgar en los lugares que la Constitución ha querido reservar para su jurisdicción en razón de la utilidad común que ellos revisten para toda la Nación. De lo cual se sigue que tal propósito resultaría frustrado si se admitiera el ejercicio simultáneo de poderes provinciales en los establecimientos de que se trata.

En el interregno de los años 1958 y 1965, la Corte viró su interpretación en el sentido de que las facultades legislativas y administrativas de las provincias no quedaban excluidas de los lugares a que se refería el ex artículo 67, inciso 27, en tanto su ejercicio no interfiriera con la realización de los fines de utilidad pública nacional. Es interesante la reseña y argumentos que hizo en el precedente 240:311¹⁹:

(...) La cláusula cuestionada (...) tiene su fuente inmediata en la Constitución de los Estados Unidos (...). Del examen comparativo de ambos textos surge que los constituyentes de 1853 suprimieron la locución “con el consenti-

¹⁵ **Artículo 67:** Corresponde al Congreso: 27. Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional.

¹⁶ *Frigorífico Armour de La Plata c/ Prov. de Buenos Aires. Municip. de La Plata v. Frigorífico Armour de La Plata S.A. Frigorífico Armour de La Plata v. Prov. de Bs. Aires.* CS, 10/5/1933. <http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=168&pagina=96#page=96>

¹⁷ <http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=197&pagina=292#page=292>

¹⁸ *Marconetti S.A. Ltda.,* CS, 9/8/1968. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=64380>

¹⁹ *Cardillo, José c/ Ind. y Com. Marconetti Ltda. S.A.,* CS, 14/4/1958. <http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=240&pagina=311#page=311>

miento de la legislatura del estado donde se hallare” (el lugar adquirido), y, además, sustituyeron la de “otros edificios necesarios” por la de “otros establecimientos de utilidad nacional” (...). Estas diferencias entre el texto argentino y el norteamericano permiten inferir que la voluntad de los constituyentes, al apartarse de su fuente, fue la de extender la atribución del Congreso, para dictar una legislación exclusiva, a todos los lugares adquiridos en las provincias con destino a establecimientos de utilidad nacional, sin necesidad del consentimiento de las legislaturas provinciales (Fallos: 154:312; 155:104; 197:292), pero esta prescindencia del consentimiento no puede significar la federalización de los lugares adquiridos.

Sin embargo, hacia finales de la década del sesenta, la Corte vuelve sobre sus pasos en el fallo *Marconetti Ltda.* (271:186)²⁰, al considerar que adoptar el criterio de facultades concurrentes entre la Nación y las provincias en alguna medida, la coexistencia de las dos jurisdicciones sobre un mismo ámbito daría lugar al ejercicio superpuesto.

Y tuvo que pasar casi una década más para que la Corte retome el criterio sentado en *Cardillo, José*²¹, sobre la base de que no existe en nuestro sistema desmembración política de los estados provinciales sobre los establecimientos de utilidad nacional, en la medida en que su ejercicio no obstaculice directa o indirectamente los fines de dichos establecimientos.

Con el sostenimiento en el tiempo de esta línea jurisprudencial, resulta relevante saber en qué recae la violación de la cláusula constitucional sobre establecimientos de utilidad pública. Ya no radica en la clasificación de concurrencias o si debe existir o no consentimiento por parte de los estados locales. El límite empezó a estar dado por si existe o no interferencia –directa o indirecta–, en la satisfacción del propósito de interés público nacional²².

Pedro J. Frías, en la ampliación de sus fundamentos en el precedente *Vialco*²³, con una clara exposición, argumentó que para aceptar o excluir el ejercicio de las facultades provinciales debía considerarse el criterio de *compatibilidad* con el interés de utilidad pública nacional. No importa cuánto incide, sino cuán compatible es; es decir, que esa facultad provincial no condicione, menoscabe o

²⁰ *Marconetti S.A. Ltda.*, CS, 9/8/1968. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=64380>

²¹ *Cardillo, José c/ Ind. y Com. Marconetti Ltda. S.A.*, CS, 14/4/1958. <http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=240&pagina=311#page=311>

²² “Brizuela, Pablo César c/ Cía. Swift S.A. s/ daños y perjuicios en sede laboral”, CS, 23/11/1976. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11941>

²³ “Vialco S.A. c/ Poder Ejecutivo s/ demanda contenciosoadministrativa”, CS, 27/11/1979. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=18037>

impida el interés nacional, porque estos tres criterios disputan en diferentes niveles la primacía al interés nacional. Debe ser siempre extrínseca, periférica, respecto a esa utilidad pública.

En una línea similar, se expresó Abelardo F. Rossi en su voto que sirvió para conformar la mayoría en el resolutorio *Hidronor S.A.*²⁴ e hizo hincapié en el concepto de *interferencia*. Para el juriconsulto, bastaba para tener por configurada la interferencia, que la legislación provincial recaiga, afecte o incida directamente sobre el objeto mismo de la utilidad pública del establecimiento.

Más acá en el tiempo y, ya prácticamente con la conformación actual, la Corte continúa la línea preponderante de análisis sobre la cláusula 75, inciso 30, que en lo sustancial implica que, el no ejercicio de la jurisdicción local en los establecimientos de utilidad nacional se ciñe a las circunstancias en que ese ejercicio afecte de manera cierta el propósito de utilidad pública. El Tribunal contemporáneo sumó a esa argumentación, la necesidad de que esa interferencia sea probada. Así lo dijo en el fallo 335:323²⁵:

De todo lo antedicho cabe extraer dos consecuencias: las actividades desarrolladas en los establecimientos de utilidad nacional no cuentan con inmunidad absoluta ante la potestad de imposición general que se reconoce a las provincias; y el menoscabo al fin público concesivo ha de ser efectivamente demostrado por quien lo alega (...). De tal manera resulta exigible y necesario para quitar validez constitucional a la pretensión provincial acreditar el modo en que el ejercicio de los poderes locales impide, perturba, dificulta, frustra o entorpece los fines federales que determinan la creación del establecimiento (...), toda vez que la utilidad nacional asignada a una actividad no autoriza sin más a concluir que la Nación atraiga hacia si toda potestad de manera exclusiva o excluyente (...).

IV. CLÁUSULA AMBIENTAL. FUENTE

El ejercicio de competencias por diferentes entidades, en un esquema federal como el argentino, siempre trajo y sigue trayendo discrepancias. A ello no es ajeno el artículo 41 de la Constitución Nacional que, como es harto conocido ya, en su párrafo tercero establece que: *Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provin-*

²⁴ “Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ nulidad”, CS, 4 de diciembre de 1980. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6346591&cache=1607030525548>

²⁵ “Lago Espejo Resort S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ acción meramente declarativa (impuesto inmobiliario e ingresos brutos”, CS, 20/3/2012. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=137131&cache=1607031391145>

cias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Esta distribución de competencias para los temas de tutela ambiental ha sido materia de interpretación por calificada doctrina que hemos desarrollado en trabajos anteriores²⁶.

Dice Bidart Campos: *El esquema nuevo de concurrencia significa una separación categórica en dos áreas: lo mínimo y lo máximo. En lo primero, la competencia es federal; en el otro provincial. Podrá en lo mínimo dársele a la legislación la forma codificada, o la de una ley marco; y en lo máximo podrán las provincias ampliar y desarrollar para sus respectivas jurisdicciones aquel mínimo legislado por el Congreso*²⁷.

Para Humberto Quiroga Lavié: *El nuevo artículo 41 tercer párrafo, regula el federalismo ambiental. De esta manera la Constitución adhiere a la posibilidad de que se lleve adelante un federalismo de concertación*²⁸.

Daniel Sabsay opina que: *La reforma ha introducido una nueva delegación de las provincias a favor de la Nación. No resulta tarea fácil la delimitación del “quantum”. La delegación implica que la Nación podrá dictar los presupuestos mínimos los que necesariamente se aplicarán sobre los recursos naturales que hoy son de dominio de las provincias. La delegación se hace en tanto ella no importe un avasallamiento de esa facultad que las provincias han retenido sobre esos bienes de dominio público pero provinciales*²⁹.

María Angélica Gelli sostiene: *Como se advierte en punto al medio ambiente, el deslinde de competencias clásico del sistema federal que establece una delimitación de atribuciones otorgadas al gobierno central –a partir del principio de que lo no delegado queda reservado a las provincias–, se ha modificado a favor del principio de complementación, de armonización de políticas conservacionistas entre las autoridades federales y las locales pero atribuyendo la legislación de base a la autoridad federal*³⁰.

²⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *Derecho Municipal Comparado*. Ed. Liber. Venezuela, 2009. p. 521.

²⁷ BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. Tomo VI. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1995. p. 302.

²⁸ QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *La Protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional*. Ed. La Ley. Buenos Aires, 1996. p. 2.

²⁹ SABSAY, Daniel. *El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación – Provincias*. Ed. La Ley. Doctrina Judicial, 1997-2. p. 2.

³⁰ GELLI, María Angélica. *Nota al fallo Schroeder c/ Estado Nacional. La competencia de las provincias en materia ambiental*. Ed. La Ley. Buenos Aires 1997 – E – 808.

La Corte hizo lo propio, a partir del precedente *Villivar*³¹ cuando sintetizó que:

Según dicho artículo (41), corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada.

A nuestro juicio, la idea complementaria de las normas provinciales que tutelan al ambiente admitió indudables ideas nuevas y, nos hace conjeturar ciertas consecuencias en relación con otras normas de rango constitucional, como lo es el artículo 75, inciso 30.

Consideramos que, por más que intentemos utilizar el deslinde clásico de competencias federal para explicar la cláusula constitucional ambiental, éste se desarrolló durante todos estos años con matices diferentes. La *delegación* en el mínimo no es exclusiva y excluyente del gobierno central porque se habilita –sin tacha de inconstitucional– que materias no tuteladas por el congreso nacional, es decir, sin el dictado de normas mínimas de protección, puedan ser legisladas por los gobiernos provinciales y hasta municipales. Las *reservadas* no integran el análisis y, la construcción doctrinaria y jurisprudencial de facultades *concurrentes* nos convoca a expresar estas reflexiones.

La doctrina de la Corte, en varios de sus precedentes menciona a las facultades del artículo 41 como *concurrentes* y, lo ha hecho hasta luego de definir el concepto de *complementariedad*.

Concurren las normas nacionales y provinciales –ha dicho el Tribunal cívico–, en la medida que no exista repugnancia efectiva por parte de la norma local, respecto al orden federal, es decir, que ello no habilita a que una ley provincial pueda exigir, condicionar o limitar más que una ley nacional vigente, los derechos y garantías constitucionales. Situación que, no dudamos, está dada en la complementariedad.

Aclarada en el punto II la situación referida al conjunto calificado como facultades concurrentes en el Considerando 7, nos adentramos en la lógica y las ponderaciones que ha hecho la Corte para arribar a su conclusión jurisdiccional.

Las fuentes sobre cuyas bases se construyeron las cláusulas del progreso, de los establecimientos de utilidad nacional y de los presupuestos mínimos son tan diversas como lo hemos analizado. Pero la Corte ha echado mano a un entrelazado de causales, para alcanzar a un objetivo o finalidad que aparece como la noticia central del fallo en estudio.

³¹ “Villivar, Silvia Noemí c/ Provincia del Chubut y otros, CS, 17/4/2007. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6249631&cache=1607031524376>

Destacamos en la lógica de utilizar –solo analógicamente– la noción de concurrencia que, los antecedentes detallados en los Considerandos 4° y 16, forjan un tejido en el que las ideas de contrato, convenio y propios actos fluyen para condenar al estado nacional en su intención de erigirse como titular exclusivo de la normativa aplicable al área natural protegida.

4° (...) existieron diversos intentos y propuestas de acercamiento entre las partes, buscando fórmulas de conciliación para compatibilizar un plan de manejo conjunto del área. (...) la provincia de Mendoza presentó una propuesta de cumplimiento (...), que incluía entre otros aspectos la posibilidad de formalizar un Acta Acuerdo de cogestión del área, y el compromiso de la provincia de no proceder a la expropiación de los terrenos implicados (...).³²

16) Que de las constancias de autos, se advierte que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial pudo desenvolverse armoniosamente en razón de que las partes, con anterioridad a la interposición de la demanda, compartieron objetivos comunes relacionados al medio ambiente; esto surge tanto del reconocimiento por parte del Ejército de que el personal de guardaparques provincial tenía el poder de policía en el área natural que comprendía parte del predio (...); como del convenio de cooperación mutua suscripto en noviembre de 2001 (...).³³

La cuestión a dilucidar que plantea el Tribunal en el considerando 6°³⁴ y las conclusiones a las que arriba es, a nuestro entender, la progresividad³⁵ consecuente con la que durante todos estos años se viene construyendo el paradigma ambiental.

No da lugar a confusión, principalmente teórica, que en territorios de las provincias el Estado nacional tenga competencias ambientales mínimas y los estados locales la facultad de regular con mayores limitaciones, exigencias y protecciones para el ambiente.

³² Fallo citado.

³³ Fallo citado.

³⁴ “6°) Que conforme a las pretensiones de las partes y a las normas transcritas, en estas actuaciones corresponde dilucidar si la Provincia de Mendoza es autoridad competente para proteger el medio ambiente en el área en donde se encuentra la Estancia El Yaucha -"EBR 3792 Campo General Alvarado"-, establecimiento de utilidad nacional, que es propiedad del Ejército Argentino. En efecto, en el caso, lo que está en tela de juicio es la interacción de las potestades federales y las competencias locales -competencias concurrentes-; y si existe manifiesta afectación o interferencia concreta al fin público concebido a un establecimiento de utilidad nacional”.

³⁵ **Principio de progresividad:** Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

El debate se planteó desde la óptica inversa, es decir, si la provincia de Mendoza es autoridad competente para dictar normas de policía ambiental en territorios sometidos a la jurisdicción federal y, destinados a un fin de utilidad pública. Con anterioridad a 1994 y sin la cláusula del artículo 41, la doctrina judicial imperante consideró que:

*(...) es indudable la facultad de las provincias de darse leyes y ordenanzas de impuestos locales...y en general todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 108 (actual 126) de la Constitución Nacional (Fallos: 51:349; 114:282; 178:308) (...) los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando una absoluta y perpetua incompatibilidad en el ejercicio de ellos (...)*³⁶.

Y ello se desarrolló sobre la idea clásica de las facultades *concurrentes*.

Ahora bien, y como venimos sosteniendo, con el nuevo esquema competencial del artículo 41, la noción de complementariedad no puede hacer suponer la misma idea o iguales consecuencias que la de concurrencia, ergo, no pueden tratarse de la misma manera.

La habilitación constitucional de posibilitar la tutela del ambiente a partir de mayores restricciones por parte de los gobiernos locales, como garantes de la conservación de sus propios bienes asentados en sus territorios, se refuerza con la idea sistémica, colectiva y transindividual que caracteriza a dichos bienes. Idea central que cimienta las acciones contemporáneas que concretizan las autoridades públicas y toda la comunidad.

Sobre esta argumentación, la decisión del Tribunal interpreta la cláusula del artículo 75, inciso 30 y su doctrina predominante, es decir la falta de inmunidad absoluta en el desarrollo de las actividades en los establecimientos de utilidad nacional y la necesaria demostración efectiva de quien alega el condicionamiento.

Ahora bien, lo estudiado hasta aquí nos hace suponer que inmunidad absoluta para legislar no es lo mismo que no interferir en los fines de utilidad pública. Temporalmente son momentos diferentes, pues el ejercicio del poder de policía provincial allanado a partir de 1994 no implicó, desvirtuar la noción de no interferencia, de incompatibilidad desarrollada por la Corte para limitar ese ejercicio.

³⁶ “Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús s/ Acción meramente declarativa”, CS, 18/4/1997. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6220>

Esta noción, es la que creemos se ha corrido a partir del fallo en estudio. En el considerando 14³⁷ el Tribunal hace una enumeración de las actividades que con fines de utilidad pública la actora desarrollaba y que a partir de las leyes provinciales se verían alteradas, para concluir que esa supresión no hace desaparecer el fin de defensa nacional, porque los límites impuestos no son irrazonables ya que tienen como fin la cooperación en la protección del ambiente.

Podemos inferir que surge una nueva graduación en la noción de interferencia. Ella ahora puede existir, en la medida que no sea irrazonable. Y esa razonabilidad estará dada por los argumentos utilizados para dictar la medida. Si el fin es la tutela del ambiente, la concurrencia se verá superada por la complementariedad.

CONSIDERACIONES FINALES

La conclusión a la que arriba la Corte, a nuestro juicio valiosísima y en consonancia con los principios ambientales significa también, una consecuencia jurídica distinta a la hasta aquí valorada para situaciones en las que entran en pugna intereses nacionales y provinciales.

Relativizar la noción de interferencia o ampliar el criterio de compatibilidad desarrollado por la doctrina jurisprudencial predominante con fundamento en la cláusula de protección al ambiente, implica una vez más avanzar en la aplicación del principio de progresividad.

³⁷ “14) *Que el Ejército Argentino afirma que en razón de las leyes provinciales - protectoras del ambiente- debe soportar "serias limitaciones" en el uso del predio como la restricción del tránsito por caminos interiores, prohibición de la circulación fuera de los caminos; imposibilidad de realizar innovaciones significativas; prohibición de prácticas de tiro; de efectuar cualquier tipo de aprovechamiento de los recursos naturales (como extracción de leña en cantidad, captación de agua, etc.); cesar la introducción y/o pastaje de ganado exótico y, prohibir vuelos a baja altura, excepto para el rescate de personas o ante desastres naturales (fs. 14, 46 vta. y 54 vta.). Sin embargo, surge de sus propios dichos que puede desenvolver funciones militares como "instrucción de fracciones de nivel Unidad e inferiores, despliegue y ejercicios de puestos de comando; fracciones logísticas; instrucción particular de montaña, ascensiones al Volcán MAIPO; reconocimientos; navegación terrestre, captura de datos de campo y Comunicaciones" (fs. 14, 46 vta. y 54 vta.). En conclusión, el actor reconoce que existen ciertas limitaciones en el uso del predio, pero afirma que lo utiliza con fines militares. En este sentido no demuestra que las leyes provinciales -que tienen como objeto la protección del ambiente impidan o dificulten el fin de la utilidad nacional como es el desarrollo de la función militar y la defensa nacional. Especialmente cuando el propio Ejército Argentino es el primero en afirmar que está plenamente comprometido con el resguardo ambiental que no es otra cosa que lo que persiguen las leyes provinciales atacadas”.*

VII

DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA. CONCEPTO, INTERPRETACIÓN Y CONTENIDO

José ARAUJO-JUÁREZ*

Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello

SECCIÓN 1ª. CONCEPTO

INTRODUCCIÓN

§1. Planteamiento de la cuestión — La proposición de una Constitución administrativa, se inscribe en la dogmática del fenómeno o proceso de constitucionalización del Derecho generada en virtud del reconocimiento de la Constitución, ya no sólo como valor político de creación y organización del Estado sino, también, como norma jurídica de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley (Cap. I). De ahí que se haya advertido sobre la existencia de un zócalo constitucional, de las bases constitucionales, o más propiamente de un «marco constitucional» de todas las disciplinas del Derecho, incluso ajenas al Derecho público.

Este imperativo lógico común a todas las ramas del Derecho, posee una incidencia muy especial en lo que se refiere a la regulación de la organización y funcionamiento de la Administración pública, sus relaciones con las personas, así como el sistema normativo que las rige y las garantías jurídicas correspondientes, como las señas de identidad o «núcleo identificador» de la ciencia o disciplina del Derecho administrativo (Cap. II), que nos ofrece la posibilidad de elaborar un ensayo que pretende ser una síntesis que forma parte de una obra en proceso de elaboración, como aporte al homenaje que se le rinde muy mereci-

* Profesor de Postgrado e Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano del Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Administrativo Iberoamericano, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo; y Miembro de Honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

damente a nuestro querido amigo –hermano por elección–, excelente académico y jurista: Dr. José Luis Villegas Moreno.

Y sin más, comienzo por señalar como ha destacado reiteradamente K. Loewenstein¹, las Constituciones contemporáneas han ampliado el ámbito tradicional de su *telos*, no limitándose al establecimiento de las reglas de creación de instituciones para limitar y controlar el Poder político y la protección de los destinatarios del Poder público contra la arbitrariedad y falta de mesura de los detentadores del poder, por las que debe desarrollarse el proceso político o manifestarse la declaración estatal sino incorporando, además, con más o menos exactitud, principios y valores superiores que deba medir la acción del Estado constitucional, reformas de orden social, así como los derechos, funciones y deberes que han de ser cumplidas tanto por los órganos estatales en ejercicio del Poder público, como también por los derechos y deberes constitucionales de la persona. De esa manera se supera lo que R. Carré de Malberg² denominó «Constituciones limitadas», cuyo objeto exclusivo era la organización del Poder público.

Surge, así, en el ámbito del Derecho constitucional, la existencia junto a la Constitución constituida por mecanismos institucionales de la limitación del Poder público y de la participación (en términos de Loewenstein³), una clasificación de la Constitución sobre la base de las normas o disposiciones constitucionales destinadas a disciplinar diversas materias, según analizaremos a continuación.

1. *Clasificación*

§2. Plan — En términos materiales, es sabido que el contenido de las Constituciones es de una extraordinaria heterogeneidad, como es lógico en una norma que constituye el vértice y resumen de todo el sistema normativo u Ordenamiento jurídico general. La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental, en cuanto contiene el Ordenamiento jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Desde este planteamiento, señala I. De Otto⁴, se busca en la Constitución al menos un diseño básico del orden eco-

¹ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Traducción y estudio por A. Gallego Anabitarte, Reimpresión de la 2ª. ed. Ariel, Barcelona, (1979 [1959]). 151-153 y especialmente 211-213.

² CARRE DE MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'Etat; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Vol. I. Dalloz. Paris, (2003 [1920]); y CARRE DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*, 2ª edición en español. Fondo de Cultura Económica. México, (1998 [1920]).

³ LOEWENSTEIN, K. *Ob. cit.*, nota 1, 213.

⁴ DE OTTO, I. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7ª. Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, 44.

nómico, una «Constitución económica»; o también un diseño de la sociedad en su conjunto, una «Constitución social», con lo cual la Constitución es una norma que ya no señala al Poder público los límites de lo permitido, sino que le impone también al legislador el deber de crear un orden. Y la Constitución ya no solo incorpora solo la concepción política de lo que el Estado constitucional debe ser, sino un programa de lo que debe hacer, en «desarrollo» de la Constitución.

En este orden de ideas, es sabido que la doctrina de la teoría constitucional ha procedido desde una perspectiva didáctica, a sustantivar cada parcela de la Constitución coincidente con determinadas disciplinas, dándoles diversos nombres, así: 1.º, la Constitución política; 2.º, la Constitución social; 3.º, la Constitución económica; 4.º, la Constitución fiscal; y, por último, pero no en importancia, nos permitimos agregar la Constitución administrativa.

§2.a Constitución política — En primer lugar, la denominada Constitución «política» que hace referencia tanto a la organización del Estado como a la distribución del Poder público. Es así como en el pensamiento de F. Rubio Llorente⁵, la Constitución, como reza el título de su obra más importante, y donde se abarcan la casi totalidad de las cuestiones del Derecho constitucional, es la «forma del poder». Un Poder público definido en su configuración, esto es, en su alcance y límites, y en su ejercicio, a cargo de terminados órganos (los «superiores») y autoridades, exclusivamente, por el Derecho.

Ahora bien, la Constitución contempla el ejercicio general del Poder público, es decir, contempla al Estado exclusivamente como representante político general de los individuos, de la sociedad. En efecto, sostiene la doctrina⁶, los hombres que ejercen el Poder político no lo ejercen por un poder propio, sino por una atribución del Ordenamiento jurídico. Se dice entonces que ostentan, ya sea individual o ya colegiadamente, la calidad de órganos del Estado, porque sus actos se tienen como ejercidos por el Estado, y por ello se le atribuyen al propio Estado. Y se les denomina autoridades o Poder público. Vendría a corresponder con lo que la doctrina alemana⁷ conoce como Derecho de Estado en sentido restringido, esto es, la ordenación del ejercicio del Poder estatal «hacia adentro» —por oposición al ejercicio del Poder «hacia afuera» que correspondería al Derecho internacional—; es decir, sería la denominación genérica de todas aquellas normas constitucionales que se refieren al Estado, y a la

⁵ RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vols. I Tercera edición. Madrid, 2012. CEPC.

⁶ HAMON, F. et TROPER, M. *Droit Constitutionnel*. 33eme édition. LGDJ, Paris, 2012. 31 y 32.

⁷ STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol . I, 1ª ed. Munich. 1984. 7-11. Cit. por GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. “Derecho del Estado y Ciencia del Derecho del Estado”. En *REDC*, núm. 41, 1994. 346.

organización y actividad hacia adentro de los órganos de éste, aunque no todos, sino solo de los «superiores», así como las relaciones fundamentales entre la persona y el Estado.

Es así como en la práctica totalidad de los documentos constitucionales que se aprueban en la Europa continental durante el siglo XIX, tienen el carácter de textos que regulaban, principalmente, como noción dominante la organización política, que contenía las reglas organizativas fundamentales de los Poderes públicos. De ese concepto que dominó las Constituciones decimonónicas, hasta que se arraiga la noción de garantía institucional y, más tarde, la del contenido esencial de los derechos fundamentales, solo resta el vestigio de denominar Constitución política, a aquella parte que regula la organización y actividad general del Poder público, que resulta de la distribución de competencias entre tales órganos «superiores» o ramas del Poder Público –con mayúsculas– de acuerdo con el Art. 136 de la Constitución de 1999 (en adelante C).

Sin embargo, como señala K. Hesse⁸, la Constitución como «el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad» abarca materias que no se limitan a la ordenación de la vida del Estado, tales como el matrimonio, la familia, la propiedad, la educación la libertad del arte y de la ciencia; en ese sentido, el Derecho constitucional va más allá del Derecho del Estado. En efecto –añade Hesse–, el Derecho «político» –*Staatsrecht*– el cual, tanto en virtud del objeto como del significado literal, se refiere solo al Derecho del Estado, pues comprende materias que no pertenecen al orden fundamental de la comunidad, como «el Derecho administrativo o el Derecho procesal», lo cual daría lugar a identificar también esas otras materias. La diferenciación del Derecho del Estado frente a otros sectores del Derecho público no puede venir dada –en opinión de Jörn Ipsen⁹– por el hecho de que aquél se refiera a la organización del Estado, puesto que a los órganos y funcionarios del Estado se refiere también el Derecho administrativo. De acuerdo con ello, la *differentia specifica* consistiría, para esto autor, en que el Derecho del Estado se refiere solo a los órganos «superiores» del Estado.

§2.b Constitución social — En segundo lugar, la otra dimensión de la Constitución es la de la denominada Constitución «social», a la que normalmente se presta menor atención y que, sin embargo, constituye igualmente una de las piedras angulares del edificio constitucional y una de sus más destacadas virtudes: el diseño de un modelo social, que se ha traducido en un enorme avance en la cohesión de la sociedad y en la igualdad de oportunidades. La

⁸ HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*, CEPC, Col. Democracia y Derecho, Madrid 2011, 44.

⁹ JÓRN, Ipsen. *Staatsorganisationsrecht (Staatsrecht, I)*, 2.a ed., Frindoit del Maine, 1989, 30-31. Cit. por GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. *Ob. cit.*, nota 7, 348.

importancia de esta pieza del entramado constitucional se pone de relieve desde el Art. 2 de la C, que define al Estado venezolano como un Estado social y de Derecho, y que proclama como valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico, junto con la libertad y la justicia.

Ahora bien, salvo el único precedente de la Constitución de 1793 de reconocer en la misma algunos derechos de naturaleza social, la posterior Constitución francesa de 1848, se anticipó en mucho tiempo a la implantación del denominado Estado social, como avance de lo que sería un futuro reconocimiento constitucional que entonces apenas se advertía. Tan solo, una vez más, A. Tocqueville¹⁰ lo diagnosticó certeramente al escribir: «[...] en materia de *constitución social*, el campo de lo posible es mucho más vasto de lo que se imaginan los hombres que viven en cada sociedad» (Cursiva nuestra).

Ahora bien, la fórmula Estado social aparece en Alemania y es acuñada por K. Heller, iuspublicista, en el año 1929¹¹. Es solo a partir de la II Guerra Mundial cuando aparece el primer texto constitucional que consagra la expresión Estado social de Derecho: la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y, en concreto, en sus Arts. 20.1 y 28.1. En tal sentido, la Constitución social hace referencia tanto al estatuto de las personas como a las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Así las cosas, la concepción de Estado social¹² de la que parte la Constitución, lleva a ésta a expresar un conjunto de valores superiores, derechos fundamentales y principios rectores de la política o materia de orden laboral y de protección social pública (o si se prefiere, ampliamente, jurídico social), muy en concordancia con el modelo jurídico-político de Estado social elegido por la Constitución, como mandatos a los órganos o ramas del Poder público y, a la vez, que generan el nacimiento de los denominados derechos fundamentales sociales o prestacionales (Araujo-Juárez)¹³. El contenido mencionado es muy amplio, y desborda el simple encargo a los órganos y ramas del Poder público para que estos lleven a cabo una determinada tarea normativa, para alcanzar también la adopción de otras medidas políticas y administrativas, y que ha dado lugar todo ello a la conformación de un modelo social constitucional o, más propiamente, a la instauración de una Constitución social.

¹⁰ TOCQUEVILLE, A. *Recuerdos de la Revolución de 1848*. Trotta, Madrid 1994, 93.

¹¹ HELLER, H. *Escritos Políticos*, Selección y “Prólogo” de A. López Pina. Alianza, Universidad, Madrid, 1985, 261 y ss.

¹² *Vid. in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. “Prólogo” de A.B. Brewer-Carías. CIDEP-EJV, Caracas, 2017244 a 262; ARAUJO-JUÁREZ, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. “Prólogo” de A.B. Brewer-Carías. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020. 199 a 206.

¹³ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 12, 244 y ss.

En definitiva, por cuanto la cláusula del Estado social le impone al Estado la realización de fines de naturaleza social, la calificación de Constitución social obedece al criterio de que se utilice en la Constitución la vía de imponer a través de sus normas o disposiciones, un fin o una tarea social al Estado o la enumeración de derechos sociales de los ciudadanos (J.M. Rodríguez de Santiago¹⁴).

§2.c Constitución económica — En tercer lugar, la denominada Constitución «económica» que hace referencia al conjunto de normas y principios constitucionales destinados a proporcionar el marco jurídico fundamental, para la estructura y funcionamiento de la economía¹⁵.

La Constitución económica es un término que tiene también su origen en Alemania, por primera vez, por Beckerath¹⁶ en 1933, donde se la utiliza para distinguirlo de otra disciplina relacionada: el Derecho Administrativo de la Economía. Ahora, es sabido que las relaciones entre la Constitución y la economía son bastante recientes, pues se ha debido esperar a la Constitución alemana de Weimar, para que lo económico entre en lo constitucional, para que se empiece hablar de Constitución económica, esto es, «la suma de los elementos estructurales del orden de las economías» (R. Schmidt¹⁷).

En tal sentido, corresponde a la Constitución establecer lo que doctrinalmente se ha llamado «orden económico», esto es, el conjunto de todas las reglas por las que se rige la economía nacional y los procesos económicos, así como la totalidad de las instituciones competentes para la administración, dirección y estructuración de la economía en general. En suma, las líneas rectoras del régimen económico, consagrar los derechos económicos de las personas y, por último, delimitar el ámbito de participación del Estado en la vida económica. A ese conjunto de normas que regulan los aspectos económicos de la vida nacional se les ha denominado Constitución económica.

Desde entonces, doctrinalmente, es sabido, el concepto de Constitución económica ha sido ampliamente tratado. Así, en opinión de M.A. Aparicio Pé-

¹⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *La administración del Estado social*. Marcial Pons, n° 34, Madrid, 2007. 27 y 28.

¹⁵ Sent. de la CSJ/CP, del 15-12-1998, caso *Pedro Antonio Pérez*.

¹⁶ BECKERATH. «Politische und Wirtschaftsverfassung». En *Festgabe für Werner Sombart*. Munich. 1933.

¹⁷ SCHMIDT, R. “Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft”. En Isensee/Kirchhof, vol. III, 1988. 1148, se toma la traducción de Baquero Cruz, J. *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Civitas, Madrid, 2002. 59.

rez¹⁸, en realidad lo que se plasma en la Constitución económica es «una combinación entre iniciativa privada y planificación o programación pública: la formulación es, pues, es la propia del capitalismo bajo un Estado intervencionista»; o para M. Aragón Reyes¹⁹, la Constitución no establece un modelo económico específico, pero sí un concepto genérico que rechaza, al menos, dos soluciones extremas: por un lado, la absoluta libertad económica del conocido principio del liberalismo que postula la máxima abstención estatal («*laissez faire, laissez passer*») o economía de libre mercado; y por el otro, la pura estatalización de la economía o la plena socialización o colectivización de la economía o economía interventora.

Así las cosas, la Constitución económica comprenderá el conjunto de principios y normas constitucionales que establecen la ordenación económica general o el marco regulatorio constitucional para el desarrollo de la actividad económica, previendo formas de interrelación entre la iniciativa económica de los particulares (individualmente o en grupos, asociaciones o empresas), y la actividad del Estado.

Es por ello que autores como García Pelayo²⁰ han definido a la Constitución económica como:

[...] el conjunto de las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico [...].

En este orden de ideas, la jurisprudencia²¹ del Alto Tribunal ha señalado lo siguiente:

[...] la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales que garantizan una economía social de mercado, que se inspiran en el fin de la justicia social, pero tales normas constitucionales poseen una indiscutible naturaleza “neutral”, lo cual implica la posibilidad del legislador de desarrollar esas directrices generales o principios básicos constitucionales atendiendo a las necesidades reales de la Nación y respetando los límites que la propia Constitución impone.

¹⁸ APARICIO PÉREZ, M.A. “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Estudio sobre el Estado Social*. (Cámara Villa, G. y Cano Bueso, J. (Coords.). Tecnos, Madrid, 1993. 56.

¹⁹ ARAGÓN REYES, M. *Libertades económicas y Estado social*. Mc Graw-Hill, Madrid 1995. 12 y 13.

²⁰ GARCÍA PELAYO, M. Cit. en BERMEJO VERA, J. y otros. *Derecho Administrativo Especial*. Editorial Civitas, Madrid, 1996. 673.

²¹ Sent. del TSJ/SC, de fecha 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Antonio Pérez Alzurutt*.

A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el “empresario mayor”).

§2.d Constitución fiscal — Siguiendo la estela de la doctrina anglosajona²², y sobre todo la doctrina alemana donde la expresión Constitución «financiera» o Constitución «fiscal» (*Finanzverfassung*) ha llegado a adquirir carta de naturaleza, tanto en la doctrina del Derecho público²³ como en el lenguaje de la Hacienda Pública, e incluso en el de la propia normativa²⁴, de la misma manera surgiría así, con toda naturalidad, una parte del Derecho financiero a la que se le puede llamar con toda propiedad un Derecho «constitucional financiero»²⁵, o más propiamente un Derecho «financiero constitucional», perfectamente individualizable respecto del Derecho financiero, al que se le denomina Derecho financiero ordinario²⁶, o si se le prefiere denominar con más propiedad un Derecho «fiscal constitucional»²⁷.

-
- ²² BRENAN, G., y BUCHANAN J.M. *El Poder Fiscal. Fundamentos analíticos de una constitución fiscal*, trad. y presentación de Álvarez Rendueles. Unión Editorial. Madrid, 1987; y BUCHANAN, J.M., y TULLOCK, G. *The calculus of Consent*. University of Michigan Press, Ann Arbor. Michigan, 1962; DAM, K.W. “The American Fiscal Constitución”. En *The University of Chicago Law Review*, Vol. 44, núm. 2, 1989. 271-320, cit. por CASAS PARDO, J., y FERNÁNDEZ, J.J. “Las Constituciones económica y fiscal en la Constitución española de 1978”. En *Diez Años de Régimen Constitucional*, Enrique Álvarez C. (Ed.). Tecnos, Universitat de Valencia, Madrid, 39 y ss.
- ²³ SÁNCHEZ SERRANO, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario constitucional*, I. Marcial Pons, Madrid, 1997. 101.
- ²⁴ Ley de modificación y desarrollo de la Constitución Financiera (*Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Finanzverfassung del 23-12-1955*). Cit. por SÁNCHEZ SERRANO, *Ob. cit.*, nota 22, 99-100 y 161-163.
- ²⁵ AA.VV. *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Depalma. Buenos Aires, 1994; SANPAIO DORIA, H. *Direitto constitucional tributário e dues process of law*. Forense. Rio de Janeiro, 1986; y SPISSO, R.R. *Derecho constitucional tributario*. Depalma Buenos Aires, 1992.
- ²⁶ SÁNCHEZ SERRANO, L. *Ob. cit.*, nota 23, 103; y AGUALLO AVILÉS, A. “Derecho Financiero Constitucional”. En *Estudios en Memoria del Profesor Jaime García Añoveros*, 2001. 50.
- ²⁷ PHILIP, L. *Droit fiscal constitutionnel*. Edit. Económica. Paris, 1999; y JARACH, D. *El hecho imponible*. Tercera edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996. 22 y ss.

Así las cosas, la doctrina reconoce la llamada Constitución financiera o Constitución fiscal²⁸, cuyo contenido estaría formado por las normas de la hacienda pública (ingresos y gastos públicos) del Estado que conforman las reglas (constitucionales y cuasi-constitucionales básicas de financiamiento) de la economía financiera pública y de sus agentes. Esas reglas abarcan tanto al denominado vínculo fiscal como al gasto público y sus pautas de distribución, siendo las relativas a esta última vertiente de la actividad financiera las que aportan novedades a la Constitución fiscal.

2. *Constitución administrativa*

§3. Planteamiento general — Y por último surge en el ámbito de la Constitución, una Constitución «administrativa» –marco constitucional de la disciplina del Derecho administrativo y «núcleo identificador» del correspondiente Derecho administrativo constitucional–, y como tal constituida por las normas o disposiciones constitucionales destinadas a disciplinar u ordenar la materia iusadministrativa o, en términos generales, a regular la Administración Pública y la función administrativa, en razón de lo cual proponemos agregar a la anterior clasificación, la denominada Constitución administrativa, tema este que anticipáramos en su oportunidad²⁹, y que trataremos de desarrollar más ampliamente a continuación.

Como cuestión previa hemos de señalar que fue A. Tocqueville³⁰, en una de las más grandes obras historiográficas de todos los tiempos, y cuyos criterios centrales parten de perspectivas iusadministrativas, el primero en haber formulado la famosa y feliz caracterización de Constitución administrativa, a comienzos del siglo XIX, al escribir:

Es que desde 1789 la *constitución administrativa* ha permanecido siempre en pie en medio de las ruinas de las Constituciones políticas. Se cambiaba la persona del príncipe o la forma del poder central, pero el curso diario de los negocios no era ininterrumpido ni alterado [...] porque si bien en cada revolución la administración era decapitada, su cuerpo estaba intacto y vivo; las mismas funciones eran ejercidas por los mismos funcionarios, quienes conservaban, a través de la diversidad de las leyes políticas, su mentalidad y su experiencia [...] ¿Qué les importaba a ellos el nombre de su amo? Su oficio consistía en ser buenos jueces y buenos administradores, más que buenos ciudadanos. Una vez pasada la primera sacudida era, por tanto, como si nada se hubiese movido en el país. (Cursiva nuestra)

²⁸ SÁNCHEZ SERRANO, L. *Ob. cit.*, nota 23, 99 y 100.

²⁹ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 12, 154 a 157.

³⁰ TOCQUEVILLE, A. “L’Ancien Régime et la Révolution”. En *Œuvres complètes*, Tomo 2º, I. Gallimard, Paris, 1952. 242 y 243; y TOCQUEVILLE, A. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Guadarrama, Madrid, 1969. 257.

De manera más contemporánea, tal y como lo reconoció García de Enterría³¹ en una obra imprescindible, sobre la enorme importancia del sistema administrativo creado por el Imperio Napoleónico, como un ejemplo de un proceso de racionalización, adquiriendo una fortaleza que le garantizará una continuidad para atravesar e influir literalmente los diferentes regímenes constitucionales de los siglos XIX y XX, nos reitera la misma idea de Tocqueville al señalar que «la observación de que al lado de la Constitución política Francia tiene una *Constitución administrativa*, que ha permanecido inalterada desde Napoleón, haciendo así superficiales los constantes cambios de aquélla, es una observación certera que revela una de las claves de la vida francesa», para concluir enfáticamente: «Esta Constitución administrativa permanente ha sido precisamente la napoleónica».

Por otro lado, se debe resaltar también la importancia que para este tema tiene el conocimiento y la utilización del Derecho constitucional norteamericano, el primero de todos en la historia y uno de los más notables y más instructivos en su desarrollo, como sostiene García de Enterría³². En este orden de ideas, sostiene Schmidt-Assmann³³, que si bien en Estados Unidos el término «constitucionalización» al que se refiere ampliamente la doctrina no es empleado, sin embargo, el concepto de «*Administrative Constitution*» juega un papel importante y es un punto de cristalización para reflexionar en las influencias de la Constitución de 1787 en el *Administrative Law* (*delegation of power, federalism, due proces, etc.*).

Ahora bien, más recientemente con motivo del Simposio en la Universidad de Pennsylvania de fecha 18-19 de octubre de 2018 denominado «*Revisión de leyes*»³⁴, se abordó el tema del «*administrative constitutionalism*». En efecto, al reunir a los principales académicos para analizar y debatir el constitucionalismo en y sobre el Estado administrativo, se hace referencia a que se ha desarrollado un campo de estudios que arroja nueva luz histórica y teórica sobre estos temas entrelazados de la Administración pública y el Derecho constitucional. Reunidos bajo el nombre de «constitucionalismo administrativo», los académicos estudian las raíces constitucionales del Estado administrativo, el papel que juegan sus agencias federales en la interpretación, implementación y transformación del Derecho constitucional, y las herramien-

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución francesa y Administración contemporánea*. 2ª. edición. Taurus, Madrid, 1981. 54.

³² ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 12, 154 a 157.

³³ SCHMIDT-ASSMANN. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Trad. española. Inap-Marcial Pons, Madrid, 2003. 31.

³⁴ Véase “*The history, theory, and practice of administrative constitutionalism*”. Universidad de Pennsylvania.

tas que los presidentes, legisladores, jueces y ciudadanos comunes usan para controlar la creatividad constitucional del Estado administrativo.

Finalmente, cuando se enfrenta un sector de la doctrina italiana a la explícita consideración de la Constitución administrativa, deduce que constituiría el primer punto de referencia para la visión administrativa, valorada como fuente para la conformación no solo de la Administración pública, sino también para el Derecho administrativo y, por último, como fuente para su innovación. En tal sentido debemos de mencionar a U. Allegretti³⁵, quien sostiene que la Administración pública está siempre en una relación esencial con la Constitución, que es en realidad bidireccional. En este orden de cosas, se debería proceder no exegéticamente, sino reconstructivamente para diseñar una nueva figura de la Administración pública y del Derecho administrativo. En sustancia, no cabe pensar que la Constitución no penetre en la Administración pública, lo que puede denominarse como la «coextensividad» –*coestensività*–, entre Constitución y Administración pública; es decir, que la Constitución cubre toda la Administración pública y que, a su vez, en toda la Constitución hay una dimensión administrativa –doble coextensividad–.

§4. Régime administratif — Cuando la Revolución Francesa consagra junto con el principio de libertad, el denominado principio de legalidad al proclamar la exigencia de que los distintos Poderes públicos debía ajustar sus actividades a la ley va a nacer un modelo administrativo de tipo francés llamado por M. Hauriou³⁶ «*régime administratif*» –por oposición al «*régime judiciaire*»–, el cual J. Rivero³⁷ lo caracteriza más tarde por los tres postulados fundamentales siguientes.

El 1º, es el postulado según el cual la Administración pública, guardiana del interés general o público, debe hacerlo prevalecer, y por esta razón se la inviste de potestades o prerrogativas exorbitantes al Derecho común, inconcebibles entre sujetos privados. Es la noción de la «*puissance publique*» –Poder público–.

³⁵ ALLEGRETTI, U. “Reformas constitucionales y reformas administrativas”. En *DA*, núm. 248-249, 1997. 183 y 184. Cita también a otros autores que han valorado favorablemente la lectura de la Constitución administrativa que explícitamente contribuirían a valorarla como fuente directa para la conformación de la Administración pública y del Derecho administrativo, y más aún como fuente para su innovación, como lo hace, por ejemplo, BACHELET, V. *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*. Giuffré, Milano 1966; Bachelet, V. *Scritti giuridice*, II, Giuffré, 1981. 451 y ss.); y más difundido y complejo, por ejemplo, NIGRO, M. *Giustizia Amministrativa II*. Bologna, Mulino. 1983.

³⁶ HAURIOU, M. *Précis de droit administrative et de droit public*, 8ª. édition. Sirey, Paris, 1914. 227.

³⁷ RIVERO, J. et WALINE, J. *Droit administratif*, 21 éme édition. Dalloz, Paris, 2006. 469 y ss.

El 2.º postulado, puesto que se trata de un Estado de Derecho, es el de la necesidad, aun reconociendo tales potestades exorbitantes al Derecho común en cabeza de la Administración pública, de que sean fijadas con precisión y de limitarlas en interés del principio de la libertad de las personas mediante reglas de Derecho. Es el denominado *principe de legalité* –principio de legalidad–. La autonomía del Derecho administrativo con relación al Derecho común o privado se afirma a través de estos dos postulados.

Y el 3.º y último postulado que emerge de los ya mencionados, es la necesidad de someter el ejercicio de la actividad de la Administración pública al control jurisdiccional de un Juez, para verificar que esta se desarrolle conforme al principio de legalidad, y al cual se ha juzgado necesario subordinarla.

Así las cosas, es bien sabido que dentro del conjunto de relaciones que se desenvuelven entre el Estado constitucional y las personas, se encuentran las relaciones de carácter iusadministrativo. De ahí que cualquier modelo de «sistema –orden o régimen– administrativo»³⁸, precisa de una estructura normativa que permita a los diferentes actores de la vida iusadministrativa, la seguridad jurídica que implica la certeza de sus normas y la existencia de confianza por parte de las personas en el Ordenamiento jurídico y en su correcta aplicación. En conclusión, todo modelo de sistema administrativo necesariamente ha de tener su formulación jurídica, concreta y particular y, en tal sentido, su organización y funcionamiento depende de las normas. Es así que como fundamento del sistema jurídico, la Constitución constituye no solo una de las bases en sentido amplio o más propiamente el marco, si no la más importante de las fuentes normativas de todo modelo de sistema administrativo.

³⁸ El concepto de «sistema» no es algo novedoso en la literatura jurídica. Se puede decir que va ligado estrechamente a la dogmática jurídica alemana del siglo XIX, en el campo del Derecho privado (Savigny, Puchta, Ihering) y en el terreno del Derecho público (Gerber, Gierke o Laband), han contribuido de manera decisiva a la «institucionalización» del concepto de sistema. La dogmática jurídica actual resultaría incomprensible al margen del concepto de sistema, pues ésta se concibe a sí misma como sistema conceptual ordenador de la «materia» jurídica. Ahora dentro de los distintos usos más frecuentes del concepto de sistema jurídico en los diversos discursos que conforman el “universo jurídico” y del análisis que recoge G. Tarello, con la expresión «sistema» queremos hacer referencia a la «común proyección institucional», y según este criterio forman o pertenecen a un sistema todas las normas que regulan una misma institución, que en nuestro caso es la materia iusadministrativa. TARELLO, G. *Cultura giuridica e politica del Diritto.*, Ed. II Mulino, Bolonia, 1988. 164 y ss. Por otro lado, los sistemas jurídicos se caracterizan por ser sistemas: autoregulados, institucionalizados, jerarquizados, comprensivos, supremos, y por último, abiertos. LÓPEZ RUIZ, F., “Sistema jurídico y criterio de producción normativa”. En *REDC*, núm 40, 1994. 164 y 165.

Por tanto, nadie dudaría hoy de que dentro del arsenal de contenidos actuales de las Constituciones comprende un sector de principios generales, valores superiores y reglas básicas que se refieren o son aplicables al modelo de sistema administrativo, actual, individual y concreto y, de manera principal, a la Administración pública y su actividad o función estatal, relaciones jurídicas y control público. Estas normas a veces integran un segmento de la codificación constitucional dedicado específicamente al modelo de sistema administrativo, y de ello el Derecho comparado puede dar ejemplos. Otras veces, por lo general, tales normas están dispersas en el articulado total de la Constitución, pero tanto de una manera como de otra, ello nos permite proponer la existencia de una Constitución administrativa tanto formal como material.

En conclusión, en razón de la posibilidad cierta de aislar e identificar un conjunto de principios generales, valores superiores y de reglas jurídicas básicas constitucionales definitorios, cuyo ámbito material concierne a los aspectos fundamentales del modelo de sistema administrativo de rango constitucional, esto es, de la Administración pública, de su actividad o función estatal, de sus relaciones y del correlativo control público en todo Ordenamiento jurídico general, se propone emplear el término de Constitución administrativa.

§5. Concepto — Pero ¿Qué debemos entender por Constitución administrativa? ¿Cómo se puede expresar su esencia de una forma sucinta y elemental? Desde luego, no con una definición, siempre difícil de obtener y hasta peligrosa, si es que hemos de creer al jurisconsulto romano. El intento hay que dirigirlo, pues, a la captación del concepto que mejor lo representa.

Así las cosas, el primer problema que nos encontraremos puede ser el diverso y a veces impreciso significado que podría recibir tal expresión de cada uno de los autores que decidan utilizarlo. Problema que a su vez se agudiza con el que derivaría de los diversos significados que histórica, política y doctrinalmente ha ido adquiriendo el propio término de «Constitución» y que —recordaremos—, el propio García Pelayo³⁹ clasificó en los conceptos «racional normativo», «histórico» y «sociológico» de la misma. Por tanto, debemos remitirnos aquí de nuevo a esos conceptos previos acerca de qué sea una Constitución, cuyo desentrañamiento y desarrollo nos llevaría muy lejos y sería impropio de este lugar. Solo efectuaremos las precisiones al respecto que parecen imprescindibles en atención al ensayo que nos ocupa.

En tal sentido, podemos sostener que el concepto amplio de Constitución encierra, a su vez, una Constitución administrativa, actual, individual y concreta, la cual está constituida por un sistema administrativo constitucional destinado a proporcionar el «marco constitucional» que tiene por objeto ordenar, dirigir, limitar y controlar a la Administración pública y su función estatal, o

³⁹ GARCÍA PELAYO, M. «Derecho constitucional comparado», En *Obras Completas*, Vol. I. Segunda edición revisada y aumentada. CEPC, Madrid, 2009. 260 y ss.

dicho de otro modo, esto es, como fuente normativa primaria para la regulación del entero sistema del Derecho administrativo .

Definiciones al margen, la Constitución administrativa vendría a ser, entonces, de manera omnicompreensiva, el modelo de «sistema administrativo constitucional» incorporado a la Constitución formal, y que preside la configuración amplia del Estado administrativo, del Poder administrativo o del Estado de Derecho administrativo⁴⁰. Por tanto, guarda relación con el Derecho administrativo y sus grandes áreas o temas –categorías, conceptos e instituciones– y, de consiguiente, son aplicables directamente a la Administración pública en su organización –estructura y funcionamiento–, actividad o función estatal –medios y fines–, relaciones jurídico-administrativas –con personas y demás ramas del Poder Público– y su control público –preponderantemente jurisdiccional–.

Sin embargo, el modelo de sistema administrativo constitucional no es una pieza aislada, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la Constitución en sentido amplio. Es más, se debe enmarcar la Constitución administrativa dentro de un contexto más amplio: el modelo de sociedad y el modelo jurídico-político del Estado venezolano que ha diseñado el Poder constituyente: «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia» (Art. 2 de la C), la última expresión categorizada de la evolución del Estado constitucional.

Así las cosas, el modelo de sistema administrativo constitucional ha de estar enmarcado dentro de la Constitución administrativa en el sentido material de la expresión. Y solo cuando todos o parte de los principios generales, valores superiores y reglas básicas o fundamentales son recogidos en el texto fundamental se hablará, entonces, de una Constitución administrativa en el sentido formal de la expresión. Razones, pues, de juridicidad y de seguridad jurídica aconsejan, cada día con más urgencia, la formalización de la Constitución administrativa. En cualquier caso, por encima de denominaciones o nomenclaturas más o menos consagradas, puede decirse que estamos ante el núcleo donde está anudada, la coherencia última del modelo del sistema administrativo constitucional, y que cabría hablar al referirse al citado contenido de Constitución administrativa.

La Constitución administrativa parece ser, en definitiva, la fuente jurídica más idónea para ocuparse de la ordenación, la dirección, la limitación y el control ya no solo político, sino del control público –preventivo y represivo– del Poder administrativo. Por eso, haya o no Constitución administrativa en sentido formal, sí existe en todo caso una Constitución administrativa «material» que es

⁴⁰ CAILLOSSE, J. *L'État de droit administratif*. LGDJ. Paris, 2015; y MEJIA BETANCOURT, J.A. “La Configuración del Estado de Derecho administrativo en Venezuela”. En V. R. Hernández-Mendible, y J.L. Villegas Moreno, (Dir.), *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*. CERECO-UMA-CIDEP, Caracas, 2018. 143-168.

el marco constitucional, cuando menos tácito, del Derecho administrativo en el más amplio de sus sentidos, la ciencia que se ocupa del Derecho “de la Administración pública” entendida ésta como Poder administrativo.

Finalmente, la importancia de la Constitución administrativa acabada de poner en valor en forma genérica se concreta, además de: 1.º, las razones o aspectos metodológicos de carácter científico; 2.º, las de orden didáctico⁴¹, así como por último 3.º, en el plano de la hermenéutica jurídica o de la interpretación constitucional aplicativa, sobre la cual volveremos más adelante.

§6. Elementos estructurales normativos — Al respecto empezaremos afirmando que tanto las Exposiciones de Motivos, los Preámbulos como los propios textos de las Constituciones, se caracterizan por las abundantes remisiones a preceptos, declaraciones y principios de naturaleza iusadministrativa, al igual que son múltiples las categorías, instituciones y técnicas desde marcado carácter iusadministrativo.

En sentido amplio, la Constitución administrativa comprendería cuatro (4) conjuntos normativos: 1.º, las normas de organización –estructura y funcionamiento– de la Administración pública; 2.º, las normas de actividad –medios y fines– de la Administración pública; 3.º, las normas de relación, por las que al regularse sustancialmente la materia iusadministrativa, se fijan determinadas habilitaciones y límites a la referida Administración pública frente a las demás ramas del Poder público y las personas; y por último 4.º, las normas de control público –administrativo, parlamentario, pero sobre todo, fundamentalmente, de tipo jurisdiccional–.

Ahora, cuando se aborda el tema de la Constitución administrativa se pueden emplear conceptos referenciales y descriptivos. Desde el punto de su significación estrictamente iusadministrativa (por ej., la estructura o modelo de centralización o de descentralización administrativa); o ya desde un lenguaje propiamente jurídico (por ej., la organización u orden administrativo, relaciones o potestades administrativas).

Por tanto, el nexo entre la Constitución administrativa y el Derecho administrativo –y por extensión, el Derecho procesal administrativo– que se aprecia es el de norma y de contenido normativo. De ahí que el objeto de análisis de la denominada Constitución administrativa serán las normas o disposiciones constitucionales con contenido iusadministrativo, por lo que se pretende ahora es hacer un desarrollo desde una perspectiva dogmática jurídica; por tanto, desde el punto de vista metodológico difiere de los que sobre el mismo tema parten del análisis de las Ciencias administrativas o de la Administración u otras ciencias sociales, cuyo objeto de estudio puede ser también la Administración públi-

⁴¹ ARAUJO-JUÁREZ, J. “El derecho administrativo constitucional y su enseñanza”. En *RTD*, N° 30, Edición impresa/ N° 5 Edición digital, UCAT, San Cristóbal, 2019. 105 y ss.

ca. Y es que el Derecho administrativo, en tanto que ciencia jurídica, no es una ciencia política o social más, ni puede intentar manejarse desde sus categorías ordinarias del conocimiento o teoría social o política.

De lo expuesto se puede colegir que la Constitución administrativa establece el marco de la ordenación jurídica del modelo de sistema administrativo constitucional desde los puntos de vista siguientes:

(i) El *subjetivo*: le adjudica las potestades, establece las modalidades y los límites de actuación de los órganos y personas jurídicas (denominados entes en el lenguaje normativo) administrativos del Estado (la «Administración Pública», con mayúscula según el Art. 141 de la Constitución cuando hemos de referirnos concretamente al Derecho positivo en concreto), así como los derechos y garantías de las personas con las que establecen relaciones jurídicas (el «administrado»).

(ii) El *sustantivo*: le determina a la Administración pública su ámbito jurídico de actuación y sujeta su conducta al Ordenamiento jurídico, que abarca tanto el bloque de constitucionalidad como el bloque de legalidad, y más recientemente el bloque de convencionalidad (en suma: el principio «de juridicidad»⁴²), y su correlativo control público —predominantemente jurisdiccional— para hacer efectiva la sujeción al Ordenamiento jurídico general.

⁴² En su bien conocida obra A. Merkl elabora, en efecto, el concepto de «principio de juridicidad» en polémica con la idea, procedente del absolutismo y vigente todavía en la doctrina germánica de la Monarquía constitucional, de que la vinculación o enlace entre Administración pública y Derecho administrativo es una relación histórica, contingente, no necesaria, o, lo que es lo mismo, frente a la idea de que es conceptualmente posible una Administración pública que existe y actúa al margen del Derecho. Esa separación de Administración pública y Derecho es para Merkl, un imposible lógico porque no cabe identificar como acción del Estado, una actuación humana cualquiera si no existe un precepto que así lo establezca, sin una «regla de atribución», de modo que es forzoso entender que el Derecho administrativo no es *conditio sine qua non* para la existencia de la Administración pública, sino más precisamente *conditio per quam*. «La conexión necesaria entre Derecho y Administración puede ser designada —nos dice— como principio de la juridicidad de la Administración.» Y es menester no confundir este principio con el principio, emparentado, de «legalidad de la administración» o de «administración legal», que «es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad». Aquel significa, no solo que la Administración, considerada en conjunto está condicionada por la existencia de un Derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción. Por tanto, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico, pues «la ley no es más que una de las fuentes del Derecho, y la legalidad, por lo tanto, una juridicidad cualificada». MERKL. A. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Comares, Granada, 2004. 204 y 206.

(iii) El *adjetivo*: comprende el control de la Administración pública –estructura, actividad y fines– que reside, en lo esencial, en el sistema jurisdiccional denominado comúnmente –y ahora constitucional y legalmente– jurisdicción contencioso- administrativa o Justicia administrativa, cuyo estudio corresponde al Derecho procesal administrativo, que no se confunde y es necesario distinguir del Derecho administrativo, que es un Derecho sustantivo por antonomasia.

Así las cosas, de la Constitución administrativa se dependen los «elementos estructurales» del modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto, esto es, el cauce o marco constitucional de actuación tanto de los órganos y personas jurídicas de la Administración pública, a través del análisis particular dentro del marco de las fuentes que constituyen el catálogo de los principios generales, valores superiores y normas constitucionales, y donde la tarea debe partir, como es obvio, sobre un doble criterio diferenciador, en atención a la directa relación o no que los mismos presentan en sede de la Administración pública, así:

(i) Por un lado, están los que informan la actuación de las ramas del Poder público, en un plano más general (por ej., los principios de separación de poderes, de legalidad, de protección a los derechos fundamentales, et.), así como del ejercicio de las potestades públicas –por ej. reserva estatal, dominio público, y un gran etc.–, y del posterior control público –por ej., el control de la jurisdicción contencioso administrativa–.

(ii) Y por el otro, están aquellos que tienen directa repercusión en la Administración pública, como instituto jurídico –por ej., iniciativa pública económica, expropiación pública, fomento, planificación, regulación, y un gran etc.–.

Y en ambos casos, están los *principe de principes*, supraprincipios, meta –principios, rectores, segundos o fundamentales –como indistintamente se les denomina–, que por configurar un conjunto de postulados esenciales, se erigen en principios de cabecera, capaces de aglutinar o albergar, a su vez, otros principios derivados y más específicos, principios segundos, tanto en el plano adjetivo como sustantivo –muchos de los cuales están reconocidos en instrumentos internacionales–. De lo anterior se concluye que, entre unos y otros, solo existe una relación meramente ideal o conceptual, de género a especie.

En resumen, la Constitución administrativa establece las coordenadas básicas por lo que respecta, en primer lugar, a las distintas fórmulas del modelo de sistema administrativo constitucional que consisten: 1.º, los sistemas de organización administrativa –central y descentralizada; nacional, estatal y municipal, etc.–; 2.º, los principios generales de su actividad –legalidad, honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, etc.–; 3.º, por lo que respecta al catálogo de derechos y garantías fundamentales de las personas frente a la Administración pública –buena administración, debido proceso, acceso a la información, presunción de inocencia, etc.–; y por último –pero no en importancia– el con-

trol público de la Administración pública –en su estructura, actividad y fines– que reside, en lo esencial, en el control jurisdiccional.

De lo expuesto podemos establecer con la Constitución administrativa una suerte de «territorio común», en el que podemos destacar dos ideas fundamentales:

(i) La Constitución administrativa no ha establecido un modelo de sistema administrativo constitucional cerrado y rígido. Es una suerte de «neutralidad» de la Constitución administrativa, de modo que no se garantiza un determinado modelo de sistema administrativo constitucional puro. Sin embargo, existe, a efectos descriptivos, un llamado modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto, en el que se integren y alcancen unidad sistemática, los diversos elementos estructurales normativos que la Constitución administrativa proyecta en los planos de la regulación sobre la Administración pública y su actividad o función estatal, y de la hermenéutica jurídica o de la interpretación constitucional aplicativa.

(ii) La neutralidad de la Constitución administrativa no equivale a apertura absoluta de la misma y, por ende, no significa que en su interior quepa cualquier modelo de sistema administrativo constitucional. Las normas constitucionales con proyección iusadministrativa destinadas a proporcionar el marco para la estructura, funcionamiento y control de la Administración pública, no solo se construyen sobre la base de ciertos presupuestos, sino que además establecen exigencias, directrices, límites y controles públicos que conllevan algunas opciones y excluyen otras, lo cual significa una toma de postura en relación con el modelo Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que consagra el Art. 2 de la C.

En definitiva, podemos afirmar que la Constitución administrativa incorpora distintos contenidos normativos referidos al modelo de sistema administrativo –organización, actividad, relaciones jurídicas y control público–, pero si bien no en todos los casos lo hace de manera estructurada ni sistemática, de su estudio es posible prefigurar el sustento para un modelo de Constitución administrativa y siempre, naturalmente, que se precise que es lo que por Constitución administrativa se entiende –como esperamos haberlo dejado claro–, nada podría objetarse a su aceptación y al empleo jurídico de la expresión en la construcción doctrinal.

En mérito a lo antes expuesto, pudiéramos concluir que habría un consenso en torno a la idea de que la Constitución administrativa, sí prescribe un determinado modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto, que pueda utilizarse como parámetro para valorar la conformidad de la Administración pública con la Constitución, en general, y con la Constitución administrativa, en concreto. Por ello, la valoración de una decisión ya sea legislativa, administrativa o judicial, debería realizarse por referencia a las distintas normas o disposiciones constitucionales que las afectan, y que en el ámbito iusadministrativo, como también en otros, en normas relativas a la estructura, fines, potestades y derechos fundamentales que encierra la Constitución administrativa.

Así las cosas, desde la Constitución administrativa se proyectan exigencias positivas o negativas, cuyo respeto o cumplimiento constituirá el objeto esencial de los controles de constitucionalidad, de legalidad y de convencionalidad: en suma, del respeto al principio de juridicidad, y donde irá a jugar un papel importante la teoría de la hermenéutica jurídica o de la interpretación constitucional aplicativa.

Por último, no hay duda de que el concepto propuesto de Constitución administrativa abre para la teoría jurídica de la rama que se ocupa del Derecho «de la Constitución» en sentido amplio, entendida ésta como norma y como “núcleo identificador” de la disciplina del Derecho constitucional, un conjunto de problemas del máximo interés sumamente relevante para una teoría de la interpretación constitucional, pero también para la propia teoría constitucional. Ciertamente que ese trabajo, todavía no acometido a fondo entre nosotros, de analizar, estudiar, concretar y sistematizar el conjunto de principios generales, valores superiores y reglas básicas o fundamentales que componen la Constitución administrativa, precisará de unos instrumentos conceptuales previos, pertenecientes a la Teoría de la Constitución y al Derecho constitucional, lo que nos obliga aquí, aunque solo sea a efectos del estudio que nos ocupa, a tratar de precisarlos en la medida que nos sea posible y necesario, asunto este que abordaremos a continuación.

SECCIÓN 2.ª INTERPRETACIÓN

INTRODUCCIÓN

§7. Planteamiento general — «La Constitución se compone de normas» (Hesse)⁴³. Ahora, la aplicación de la Constitución requiere, como es lógico, que se fije bien el sentido de sus normas. Por ello deberíamos de ocuparnos del tema de la interpretación de la Constitución, una cuestión fundamental que ha dado lugar a largos tratamientos por parte de la mejor doctrina constitucional, preocupada por saber si la especificidad de tales normas comporta o no una simétrica especificidad en las reglas a utilizar para interpretarlas.

Ahora bien, hemos señalado que la Constitución administrativa recoge diversas categorías, conceptos e instituciones del Derecho administrativo, cuyo contenido y alcance no han sido aún precisados definitivamente por la doctrina o la jurisprudencia constitucional. Como hemos sostenido, es obvio que estas materias solo pueden ser examinadas desde la Constitución, con criterios propios de la Teoría de la Constitución y del Derecho constitucional. Por lo que, si de lo que se trata es de estudiar los aspectos constitucionales del Ordenamiento jurídico-administrativo, los rasgos o matices del método a seguir deberían ser los propios de la Teoría de la Constitución y del Derecho constitucional.

⁴³ HESSE, K. *Ob. cit.*, nota 8, 51.

Y es que, desde el punto de vista sistemático, es indudable la confusión en que se incurre al tratar conjuntamente y en absoluta mezcolanza cuestiones constitucionales con otros que no lo son, solo porque se refiere a una misma realidad material, sin establecer orden alguno de prioridad entre dichas cuestiones, y sin distinguir las básicas o fundamentales de las más contingentes o accidentales. Pese a lo que acabamos de señalar, se insiste, no son quienes se dedican exclusivamente al análisis del Derecho político o del Derecho constitucional, sino quienes se dedican a la doctrina y a la jurisprudencia iusadministrativa, quienes están destinados a realizar la labor de entroncar el estudio del Derecho administrativo y sus categorías, conceptos e instituciones jurídicas, en los aspectos constitucionales del Ordenamiento jurídico o del denominado bloque de constitucionalidad.

En primer lugar, porque aún con todo el respeto que nos merecen, los estrictamente constitucionalistas no cuentan con la experiencia y los conocimientos precisos –los rudimentos– para llevar a cabo esta tarea. En segundo lugar, porque aún en la hipótesis de que, efectivamente, se llegara a la conclusión de que el análisis de la Constitución administrativa y del Derecho administrativo constitucional correspondería más bien a la doctrina y la jurisprudencia del Derecho constitucional, es claro que sería una labor que estarían desatendiendo.

Por tanto, los principios, los valores y reglas jurídicas básicas o fundamentales que integran la Constitución administrativa, se han de atraer a la disciplina del Derecho administrativo que, en tanto que relacionados con la Administración Pública y su actividad, no deben ser objeto del conocimiento del Derecho constitucional –y por tanto, de un pretendido Derecho «constitucional administrativo»–, sino como parte integrante del Derecho administrativo –y por ende, de un Derecho «administrativo constitucional»–, que habrá de ser analizado, eso sí, con criterios de hermenéutica –término griego que significa aquello que nos da a conocer algo oculto– singulares, se insiste, propios de la Teoría de la Constitución y del Derecho constitucional. Ahí están, por ofrecer algunos ejemplos, las categorías de actos y reglamentos administrativos, procedimientos administrativos, contratos de interés público, dominio público, expropiación pública, responsabilidad administrativa y un gran etc. No estamos en estos casos –como se habrá advertido– ante conceptos más o menos relacionados con el Derecho constitucional, sino frente a categorías, conceptos e instituciones que forman parte integrante del sistema de Derecho administrativo.

En todo caso, se advierte que no se trata de construir una Constitución administrativa desconectada de la auténtica Constitución, pues no se debe olvidar que aquella es solo una parte inseparablemente unida al resto de la Constitución propiamente tal. Se trata, por tanto, de unos principios, valores y reglas básicas o fundamentales que exigen la indagación de cuál sea su contenido constitucional, que reclaman vigorosamente la interpretación llevada a cabo, desde y dentro del marco de la Constitución y –esto es muy importante asumirlo– con criterios hermenéuticos propios, específicos, del Derecho constitucional que, como tales, han sido acuñados –como no podría ser de otro modo–, por la Teoría

de la Constitución y del Derecho constitucional. Así, pues, no es dudoso que si de lo que se trata es de estudiar los aspectos constitucionales del Derecho administrativo, los rasgos o matices del método a seguir serán los propios de la hermenéutica jurídica o de la interpretación constitucional aplicativa.

Es el momento, en definitiva, de pasar de un Derecho constitucional administrativo –que ha venido siendo analizado por doctrinarios del Derecho administrativo, la mayor parte de veces, con desconocimiento de las nociones básicas de la hermenéutica específica jurídico-constitucional–, a un Derecho administrativo constitucional, como sector del Derecho administrativo, eso sí, singularizado por su peculiar método de análisis.

A este Derecho administrativo constitucional ha sido, precisamente, al que un sector de la doctrina iusadministrativa le hemos dedicado esfuerzos⁴⁴, pero donde aún hay mucho por hacer, pues las categorías, conceptos e instituciones acuñados por la Constitución administrativa, que poseen un contenido concreto debe ser delimitado, así como determinar los límites constitucionales dentro de los cuales –en virtud de la «ductibilidad de la Constitución»– puede moverse el legislador en la elaboración del Ordenamiento jurídico-administrativo o sistema administrativo, no han sido suficientemente definidos, ni tampoco el método de análisis empleado en muchos de los casos resulta satisfactorio.

A. Teoría de la interpretación constitucional

§8. Planteamiento de la cuestión — Es necesario poner en valor que, tras la Constitución de 1999, se generó en la doctrina del Derecho administrativo –en general, podría decirse sin temor a error, en los estudiosos de todas las ramas del Derecho–, un especial interés por el análisis de las normas desde un anclaje o perspectiva constitucional.

Así las cosas, la primera de las razones que aconsejan –*rectius*: reclaman– un análisis del Derecho administrativo desde un contexto o marco constitucional es que este no solo no resulta contraproducente para la defensa de su unidad y autonomía didáctica –quien duda hoy de que esta exista– sino que, además, es precisamente en la Constitución y en el Derecho constitucional⁴⁵ donde pueda encontrar unidad, sentido y fundamento el Derecho administrativo postconstitucional.

⁴⁴ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 12; MEILÁN GIL, J. L. “El Marco Constitucional del Derecho Administrativo español”. En *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. Quito, Ecuador 2006; y Rodríguez-Arana, J. “Nota Explicativa”. En *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. EJV. Caracas, 2007.

⁴⁵ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 12, 41 y ss.

Y es que la patria del Derecho es la Constitución, porque en la Constitución y su evolución, es donde se plasman los valores sociales de un momento (L. Martín Rebollo⁴⁶).

La segunda de las razones es que una gran cantidad de categorías, conceptos e instituciones más importantes del Derecho administrativo, aunque acuñados hace ya muchas décadas por los grandes «*faiseurs de systèmes*»⁴⁷, hoy día se encuentran recogidos expresamente dentro de la Constitución o del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, en algunas ocasiones los autores nos hemos detenido –sea o no de manera episódica– en el estudio de las categorías, conceptos e instituciones claramente relacionados con la disciplina del Derecho administrativo que se recogen en la Constitución. Pero también es evidente que la razón de una perspectiva tal de análisis –esto es, la constitucional– hay que buscarla, sobre todo, con un método de pura «hermenéutica específica jurídico-constitucional». Todo ello sigue siendo hoy en día, no solo pertinente y más adecuado en la tarea de actualizar e innovar la disciplina del Derecho administrativo, sino también para la noble tarea de su enseñanza.

Ahora bien, tal y como señala J. Pérez Royo⁴⁸, en la tradición europea del Derecho constitucional nos encontramos con la doble singularidad: la interpretación jurídica brilla por su ausencia desde los orígenes del Derecho constitucional a comienzos del siglo XIX hasta los años cincuenta del siglo XX. Esto es, desde el principio y a lo largo de dos siglos de vida del Estado constitucional, no hubo interpretación jurídica en la exposición del Derecho constitucional, como sí ha ocurrido en todas las demás disciplinas jurídicas, sin excepción; y cuando se incorporó la interpretación al Derecho constitucional desde fecha más reciente –específicamente después de la II Guerra mundial– ha sido una interpretación distinta de la de todas las demás disciplinas, también sin excepción.

Ahora bien, la determinación del contenido del mandato de toda norma no es sencillo porque siempre presupone un problema, una duda, una pregunta; pero que presenta notables dificultades, superiores en el caso de las normas constitucionales, en razón del propio objeto que pretenden regular. En efecto, las particularidades de la interpretación de la Constitución han sido resaltadas y

⁴⁶ MARTÍN REBOLLO, L. “El procedimiento como garantía (Una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios”. VV.AA. *Derechos y garantías del ciudadano* (López Menudo. Coord.). IUSTEL, Madrid, 2011. 791.

⁴⁷ RIVERO, J. “Apologie pour les ‘faiseurs de systèmes’”. En *Dalloz*, chr.23, 1951. 99 y 102.

⁴⁸ PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M. *Curso de Derecho constitucional. Decimosexta edición*. Marcial Pons, Madrid, 2018.108.

sistematizadas por la doctrina alemana (K. Stern)⁴⁹, quien señala que cinco son los puntos en que se condensaría la peculiaridad de los preceptos de la Constitución para su interpretación:

- (i) Dan cuerpo al fundamento material y organizativo de la vida del Estado y de la sociedad.
- (ii) Están formulados, con frecuencia, de modo amplio, indeterminado e incompleto.
- (iii) Determinan los acontecimientos políticos.
- (iv) Conllevan consecuencias para la totalidad del orden jurídico.
- (v) Y, por último, son confiados para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica.

§9. Interpretación constitucional— La interpretación constitucional, en el sentido estricto que aquí interesa, resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución misma no permite resolver de forma concluyente (Hesse)⁵⁰.

En tal sentido, sostiene Bilbao Ubillos⁵¹, si ya de por sí la interpretación normativa es un elemento central de la dogmática jurídica en general, la doctrina coincide en destacar la especial relevancia que aquella posee para la Teoría de la Constitución. De hecho, el centro de gravedad de la Teoría de la interpretación se ha desplazado, durante el siglo pasado, desde el ámbito del Derecho privado —donde tradicionalmente tuvo su sede— al del Derecho público —como ha ocurrido con la propia Teoría de las fuentes—.

Así las cosas, una de las pocas cuestiones en que la doctrina de Derecho público se halla de acuerdo, es en proclamar la importancia capital del tema de la interpretación «constitucional», del que se ha dicho que es el núcleo central de la Teoría de la Constitución (Rubio Llorente)⁵². De ahí la advertencia de que el problema de la interpretación constitucional es, también, y sin duda por ese mismo carácter central, una de las cuestiones más complejas y controvertidas de toda la ciencia jurídica.

⁴⁹ STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I, 2. ed., Múnich, 1984. Cit. por De Borja López-Jurado Escribano, F. “La formulación de criterios de interpretación en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad”. En *REDC*, núm. 34, 1992. p. 4.

⁵⁰ HESSE, K. *Ob. cit.*, nota 8, 57.

⁵¹ BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F. y VIDAL ZAPATERO, J.M. *Leciones de Derecho Constitucional I*, 4ª edición. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018. 343.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1988. 485.

Al respecto debemos recordar, que la conocida frase del *Chief Justice* J. Marshall⁵³ «*We must never forget that is a Constitution we are expounding*», tuvo un enorme eco en Europa. No podía ser de otra forma, ya que se condensa ahí una realidad que condiciona todo el proceso interpretativo: la peculiaridad de la interpretación de la Constitución es consecuencia de la peculiaridad de la Constitución misma como norma.

Ahora bien, es sabido que la Constitución no solo conforma el Ordenamiento jurídico, sino que, como señala Rubio Llorente⁵⁴, es ella misma fuente material del Derecho, no limitándose a establecer las normas de organización y procedimiento indispensables para la creación y aplicación jurídicas. Contiene, pues, también, normas de contenido de muy heterogénea condición y naturaleza, las menos cerradas y autosuficientes, no precisadas para su correcta definición de más conexiones que no sean las inexcusables a los principios, ya institucionales, ya ordinamentales, que las integran en el sistema general; pero las más, son de carácter genérico y ambiguo, cuando no de sentido equívoco, incluso contradictorias e indeterminadas.

Y es que la «apertura» originaria de buen número de las normas constitucionales, su falta de complejidad estructural revela tanto el origen pactado como su deliberada predisposición para hacerse compatible con la existencia de alternativas u opciones políticas diferenciadas. Su existencia demuestra, en fin, que el Poder constituyente no quiere pronunciarse definitivamente sobre una cuestión sujeta a distintas posibilidades, de desarrollo e interpretación, al ser consciente de la variabilidad de las circunstancias y de la conveniencia de que sea una norma futura de rango inferior, al efecto habilitada, esto es, una ley, quien ajuste el Ordenamiento jurídico a la realidad política del momento, asegurando así su constante adecuación a las demandas sociales que se susciten.

De ahí que como destaca A. Nieto⁵⁵, la Constitución sea, por naturaleza, esencialmente una «norma de reenvíos» que precisa de un desarrollo posterior, una guía de conductas que incluya escasos mandatos, abundando, sobre todo, en la enunciación de principios y valores, consciente de que dar más indicaciones precisas de las indispensables a una comunidad esencialmente pluralista, en la que coexisten perspectivas muy diferentes, aboca probablemente a su fracaso, y pronta obsolescencia. Esa heterogeneidad de sus normas, explican el reiterado traslado, ya sea, primariamente al legislador, ya, derivativamente, como

⁵³ MARSHALL, J. *The Writings of John Marshall, Late Chief Justice of the United States, upon the Federal Constitution*, 165. Cit. por De Borja López-Jurado Escribano, F. *Ob. cit.*, nota 49, 1839. 101.

⁵⁴ RUBIO LLORENTE, F. “La Interpretación de la Constitución”. Vol. III, *Ob. cit.*, nota 5, 2012. 1531.

⁵⁵ NIETO, A. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”. En *RAP*, núms. 100-102, 1983. 368-377.

consecuencia de la función del control público, al Poder judicial y, en su caso, al Tribunal constitucional. Es, pues, un «derecho de mínimos» que no pretende agotar la materia que regula, en relación con cualquier esfera sustantiva vinculada al mismo. Por ello conocer su estructura y clases, es la precondition que al intérprete de la Constitución se le impone, que procurará, en fin, antes que nada, si se halla ante un valor superior, un principio general del Derecho, o ante una regla jurídica; ante una cláusula fundamental determinante de la arquitectura y configuración del Estado constitucional, de una norma declarativa de derechos, etc.

Ciertamente que esta concepción corre el peligro de ser objeto de manipulaciones políticas por ideologías de pensamiento único, cerrado o estático –por oposición al pensamiento abierto, compatible y dinámico–, de tal modo que con fundamento en un pretendido desarrollo de los intereses generales o públicos, se pueda llegar a desconocer la parte dogmática de la Constitución. Por ello, la Constitución deberá introducir criterios o estándares claros sobre los derechos fundamentales de la persona y el interés general o público que condicionen al legislador, al juez y, en fin, a la propia Administración pública, a la hora de la regulación y del ejercicio de sus funciones, respectivamente.

Finalmente, como señala Bilbao Ubillos⁵⁶, por cuanto las normas de la Constitución se caracterizan frente a las demás normas por tener una textura, abierta, elástica, para su interpretación se necesitará acudir, a veces, para esclarecer su significado, a otros enfoques complementarios, como el histórico, el sociológico, o el propio de la Ciencia Política o del Derecho comparado. Además, otra especificidad de las normas constitucionales radica en el hecho de que nacen directamente de la realidad política y se proyectan luego sobre ella, lo que implica que este tipo de normas no plantean sólo problemas de «validez» (o de corrección técnica), sino también de «legitimidad», esto es, de justificación conforme a principios o valores políticos en el sentido amplio del término, lo cual explicaría también la necesidad de utilizar métodos de análisis distinto del estrictamente jurídico, eso sí, sin perder de vista en ningún momento que se seguirá estando ante una disciplina eminentemente jurídica.

§10. Método de interpretación específico — ¿Y cómo se interpreta la Constitución? Y en nuestro caso también ¿cómo se interpreta la Constitución administrativa? Tal como se expone en el Diccionario panhispánico del español jurídico⁵⁷, la actividad de interpretación consiste en determinar el sentido de una norma o regla de derecho, principalmente el de un texto o documento. Bajo estas coordenadas es obvio que la interpretación constitucional tiene un objeto

⁵⁶ BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F. y VIDAL ZAPATERO, J.M. *Ob. cit.*, nota 51, 30 y 31.

⁵⁷ Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial. *Diccionario del español jurídico* (DEJ). Espasa. Madrid, 2016.

muy preciso: el texto constitucional. Pero si la interpretación de cualquier texto normativo plantea, en sí misma, un número considerable de problemas, mucho mayores aún serán los que se suscitan con la interpretación de un texto o documento normativo de naturaleza tan singular como la Constitución.

Así las cosas, señala Garrorena Morales⁵⁸, el hecho de que la Constitución sea la norma que, desde su superioridad, pone los fundamentos y fija las opciones primeras del resto del Derecho o del Ordenamiento jurídico, permite entender que en ella se contenga –quintaesenciada– la raíz de sentido de todo el Ordenamiento jurídico. La Constitución es, así, la síntesis última y más acabada de todo el Derecho, con lo cual se comprende que el auténtico significado de las demás normas solo se muestra y alcanza cuando las ponemos en contacto con ese referente o matriz de sentido suyo que son las normas constitucionales «eficacia hermenéutica» o «eficacia para la interpretación del resto de las normas».

En este orden de ideas, García de Enterría⁵⁹ sostiene lo siguiente: «La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás –ha dicho el Tribunal Constitucional⁶⁰–, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento jurídico. La Constitución es, así, la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico». En esta afirmación puede concretarse la concepción esencial del Tribunal Constitucional español, sobre el modo de abordar la interpretación de la norma constitucional.

En cuanto norma jurídica, continúa señalando, la Constitución ha de interpretarse con métodos jurídicos, según toda la tradición de la jurisprudencia a partir del Derecho romano. Por ello, el Tribunal Constitucional español⁶¹ no ha tenido inconveniente en citar y utilizar a veces el Art. 3 del Código Civil, que enuncia los criterios ordinarios interpretativos de las leyes, artículo que, sin embargo, no tiene más valor que el de una referencia a los métodos clásicos de interpretación, sin coartar en modo alguno las exigencias propias de la interpretación constitucional. Pero se trata –se insiste– de una norma completamente singular, que no se limita a regular una serie de relaciones jurídicas determinadas, sino que fundamenta la totalidad del Ordenamiento jurídico, al que es, por tanto, superior. Todas estas particularidades que hemos precisado de la posición y del contenido de la Constitución –y por supuesto, de la Constitución administrativa–, matiza necesariamente las reglas tradicionales de la hermenéutica jurí-

⁵⁸ GARRORENA MORALES, A. *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 4ª edición. Ed. CEPC, Madrid, 2020. 104.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Los fundamentos constitucionales del Estado”. En *REDC* Nº 52, 1988, 20.

⁶⁰ Sentencia de 31 de marzo de 1981

⁶¹ Sentencia de 13 de febrero y 11 de noviembre de 1981 y 26 de enero de 1989.

dica haciendo de ellas preferentemente un «sistema axiológico»⁶². Ello prima necesariamente lo que el Tribunal Constitucional español llama «finalismo» sobre el «literalismo»⁶³.

Ahora bien, cuando el Derecho administrativo se construye como disciplina jurídica, a nadie se le ocurre pensar que la interpretación no es importante, pero tampoco a nadie se la ha ocurrido construir una teoría de la interpretación específica para el Ordenamiento jurídico-administrativo o sistema administrativo. En cambio, una vez que la Constitución se afirma como norma jurídica, y en nuestro caso como texto o documento normativo, el problema de la interpretación constitucional se plantea como algo distinto de la interpretación jurídica «tradicional» para la interpretación de la ley administrativa o común –que también vale en tanto que es condición necesaria, pero no suficiente para la interpretación de la Constitución–.

Como no puede ser de otro modo, señala también J.M. Lafuente⁶⁴, el método de interpretación de la Constitución participa del método tradicional de interpretación del Derecho, norma que comparte con las demás, los criterios o técnicas interpretativas clásicas: 1.º, el *literal* o gramatical –sentido de las palabras–; 2.º el *histórico* –origen y procedimiento de elaboración–; 3.º el *sistemático* –posición y relaciones con otras en el conjunto del Ordenamiento jurídico–; 3º el teleológico –espíritu y finalidad de la norma–; y por último 4.º el *sociológico* –realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada–; pero, además, presenta unas reglas especiales y propias, que responden a la particularidad o singularidad de su objeto, es decir, a la especificidad de la norma constitucional.

Y esas reglas «específicas» o especiales lo son por razón del *objeto*: porque así lo exigen las características de las normas constitucionales que han de ser interpretadas; del *sujeto*, porque son diferentes los intérpretes de las mismas; y, por último, del elemento *teleológico*, porque es distinta la finalidad que persiguen⁶⁵. A partir de ese momento afirma su presencia como un método específico, una «teoría de la interpretación de la Constitución» distinta de la interpretación jurídica general. Y así, concluye Rubio Llorente⁶⁶, la teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución.

⁶² Sentencia de 13 de febrero de 1981.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Ob. cit.*, nota 59, 21.

⁶⁴ LAFUENTE, J.M. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Colex, Madrid, 2000. 37.

⁶⁵ PÉREZ ROYO, J. y Carrasco Durán, M. *Curso de Derecho constitucional*. Decimosexta edición. Marcial Pons, Madrid, 2018. 98.

⁶⁶ RUBIO LLORENTE, R. *Ob. cit.*, nota 5, Vol. III, 1531.

Ahora bien, como ya señaló R. Alexy, la norma jurídica, desde el punto de vista de su estructura –que no de la importancia– puede presentarse como una regla y como un principio. La norma que contiene una regla es la norma tradicional, es aquella que contiene la idea clásica de la norma jurídica: enunciado que consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica. Mientras que la norma que contiene un principio contiene, sin embargo, un mandato de optimización de un determinado bien o valor jurídico; se ordena que el valor jurídico enunciado o protegido sea realizado en la mayor medida posible.

Por último, señala R. Alexy⁶⁷, en el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios –y agregamos, los valores superiores–. Así, reglas, principios y valores tendrán distintas técnicas de aplicación. Estos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. Las primeras se rigen por la técnica de la subsunción, es decir, la solución consiste básicamente en «un sí o un no», mediante las reglas básicas de la hermenéutica –literal, histórica, sistemática y teleológica–; mientras que las segundas se rigen, además, por la técnica de la ponderación⁶⁸, en cuanto que el intérprete ha de, en primer lugar, determinar cuál es el valor o el bien jurídico protegido, y, en segundo lugar, determinar hasta dónde puede llegar la optimización del mismo, o lo que se denomina que la respuesta que ofrecen se hace en términos de «más o menos». Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la interpretación y aplicación jurídica constitucional, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

Por todo lo dicho, no hay duda de que si lo que se trata es de analizar el marco constitucional del Ordenamiento jurídico-administrativo o sistema administrativo, los rasgos o matices del método a seguir deberían ser los propios o específicos del Derecho constitucional; interpretar la Constitución, orientar su aplicación, comprender y dirigir su eficacia normativa. Una función, como señalara García-Pelayo⁶⁹, «que no es solo interpretar la Constitución como si se tratara de una simple ley, sino desarrollarla, proseguirla y precisarla».

⁶⁷ ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 93 y ss.

⁶⁸ BERNAL PULIDO, C. “La racionalidad de la ponderación”. En *REDC*, núm. 78, 2006. 51-75.

⁶⁹ GARCÍA PELAYO, M. “Presentación” de *Jurisprudencia Constitucional*, T.I, TC-BOE. Madrid, 1982. VIII.

Es por eso que en esa línea de pensamiento, García de Enterría⁷⁰ dice que si bien la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, pues se trata de una norma completamente singular, que no se limita a regular una serie de relaciones jurídicas determinadas, sino que fundamenta la totalidad del Ordenamiento jurídico, al que es, por tanto superior y esto resulta capital en la interpretación de la misma: «Esto exige una especial formación, un hábito en el manejo del Derecho y sus instrumentos, cuya sustantividad nadie puede razonablemente poner en duda».

§11. Preámbulo constitucional — Por último, debemos mencionar la problemática del valor del Preámbulo de las Constituciones a los efectos de la interpretación constitucional. Al respecto señalamos que el Preámbulo constitucional no es mera literatura carente de valor y significación jurídico-política, aunque no tenga por sí mismo contenido dispositivo alguno. En Derecho las palabras y conceptos empleados en el Preámbulo tienen un sentido jurídico-político: expresar y condensar el espíritu de la voluntad normativa configuradora del régimen jurídico-político contenido en la parte dispositiva del texto constitucional con el cual forma parte inescindible.

En tal sentido, nos adherimos a quienes afirman la normatividad del Preámbulo (J.G. Bidart Campos, y J. H. Sarmiento García)⁷¹, pues es evidente que lo que diga el Preámbulo constitucional ha de vincular a todos, tanto a los órganos del Poder público como a las personas pues, de lo contrario, sería inútil. Él concreta los fines esenciales del Estado constitucional, define los objetivos, lo que se debe hacer comunitariamente en síntesis de gobernantes y gobernados, ofrece y propone el modelo de lo que se debe realizar y alcanzar, anticipa normativamente lo que el Estado constitucional decide, lo que va a hacer, a través de formulaciones que imponen pautas de ejemplaridad y deber ser.

El Preámbulo constitucional, pues, da sentido y sirve de interpretación de los conceptos y definiciones contenidas en la propia Constitución. Por todo ello, los términos empleados en el Preámbulo constitucional, aunque se pretenda que son meramente descriptivos de una realidad política que no tienen efecto jurídico directo o inmediato, no son inocentes y encierran un enorme valor simbólico y político que no carece de consecuencias.

Por su parte, la definición de «carga de principios o garantías» que la sociedad legitimada aporta al edificio constitucional, fue el fundamento empleado

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Prólogo” a “Principios Generales del Derecho Público”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, 30 y 31.

⁷¹ BIDART CAMPOS, J.G. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar, Buenos Aires, 1995, XXX.

por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia–Sala Constitucional⁷² para definir el Preámbulo constitucional como fuente del Derecho constitucional.

B. Modelo de sistema administrativo constitucional

§12. Planteamiento de la cuestión — La enumeración de normas o preceptos constitucionales de contenido administrativo es sumamente amplia y heterogénea. A esta enumeración no exhaustiva, habría que añadir que su misma diversidad plantea dos importantes cuestiones. De una parte, si nos encontramos ante normas o preceptos que tienen una misma naturaleza y fuerza de obligar; y, de otra parte, según lo analizáramos más arriba en el parágrafo § 6, si del conjunto de normas o preceptos constitucionales se deriva un modelo de sistema administrativo por el que la Constitución administrativa ha optado frente a otros posibles.

Con relación al primero, recordemos que García de Enterría⁷³ ha señalado que de este modo queda ya perfectamente claro que la Constitución ha pasado a ser una norma jurídica. De ello deducimos que si bien no todas las normas (o artículos) de la Constitución administrativa tienen un mismo alcance y significación normativa, pero todas rotundamente enuncian efectivas normas jurídicas, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación, que vinculan tanto a las personas como a todos los órganos de las ramas que ejercen el Poder público.

Resuelta la primera de las cuestiones inicialmente planteadas, queda pendiente el segundo problema que cabe señalar: es si la denominada Constitución administrativa debe tener un pronunciamiento expreso o no sobre el modelo de sistema administrativo constitucional del Estado de que se trate.

Al respecto, una primera posición sería pronunciarse sobre el principio de neutralidad, esto es, sobre la naturaleza o base «neutral» de la Constitución. Una segunda posición, y es la que compartimos, se pronunciaría sobre la necesidad de que la Constitución establezca el marco de regulación jurídico sobre el modelo de sistema administrativo constitucional. La sanción constitucional de las normas básicas o fundamentales del modelo de sistema administrativo representa un elemento de seguridad jurídica pero que, sin embargo, deje abiertas las distintas posibilidades al legislador, por supuesto, con la estricta observancia por parte de este último de los límites y fines esenciales consagrados en la Constitución. Por ende, el Derecho constitucional incluye en el orden normativo de las Constituciones una serie de principios generales, valores superiores y

⁷² Sent. del TSJ/SC N° 457 del 5-04-2001, caso *Recurso de interpretación sobre extensión del período presidencial*.

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Décimonovena edición. Civitas-Thomson Reuters. Madrid, 2020.

reglas básicas o fundamentales, que, versando sobre el sistema administrativo componen, hemos sostenido más arriba en el párrafo §5, la denominada Constitución administrativa. Y cuando a la Constitución se le adjudica un sistema axiológico y se le reconoce su fuerza normativa vinculante estamos, pues, en condiciones de afirmar la existencia también de la Constitución administrativa.

En mérito a lo antes expuesto: ¿Es posible deducir de todas las normas constitucionales la existencia de un modelo de sistema administrativo, particular o concreto, por el que ha optado la Constitución administrativa? Dado el carácter unitario de la Constitución en general, y de la Constitución administrativa en concreto, su consideración como norma u Ordenamiento jurídico, y no como un conjunto de normas dispersas y discordinadas, la idea de la existencia de un modelo de sistema administrativo constitucional, unitario o coherente, es posible deducir, como analizaremos a continuación.

§13. Principios de la interpretación constitucional — Como cuestión previa, es preciso advertir la distinción, como lo hace A.E. Pérez Luño⁷⁴, entre parámetros metodológicos básicos, a través de los cuales se realiza la interpretación, e instrumentos o categorías metodológicas, que sirven de vehículo para concretar en la práctica interpretativa aquellas condiciones y teorías, así: «Si los métodos de la interpretación constitucional hacen referencia a los medios o instrumentos a través de los que se realiza la actividad hermenéutica, los principios suponen directrices, pautas o *guidelines* fundamentales, que orientan la labor del intérprete». Convendría, por ello, como continúa señalando Pérez Luño⁷⁵, tener presente también que la interpretación de la Constitución tiene sus propias y nuevas exigencias hermenéuticas, además de las generales propias de todo texto jurídico.

En primer lugar, constituye un principio esencial de la interpretación de la Constitución, entre otros, el principio «de la unidad constitucional» —o de unidad de la Constitución (Hesse)⁷⁶—, esto es, el postulado de que el conjunto que resulta del Preámbulo constitucional y de las normas constitucionales forman una totalidad, de modo que toda determinación constitucional concreta o particular está en conexión de sentido con el resto de las normas de la Constitución, los cuales forman una unidad interna. La Constitución contiene normas muy heterogéneas, pero todas ellas deberían interpretarse como formando parte de un sistema con una unidad de significado —plasmado sobre todo, en las grandes definiciones que afectan a la forma de Estado constitucional y de gobierno, así como en sus principio y valores—.

⁷⁴ PÉREZ LUÑO, A.E. “La interpretación de la Constitución”. En *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984, 121-122.

⁷⁵ PÉREZ LUÑO, A.E., *Ob. cit.*, nota 74,109.

⁷⁶ HESSE, K. *Ob. cit.*, nota 8, 67.

En segundo lugar, dicha unidad remite, a su vez, a la necesidad del principio «de la coherencia constitucional» –principio de armonización o de la concordancia práctica (Hesse)⁷⁷–, y partiendo de que una moderna Constitución es un todo unitario, y en cuanto tal deberá ser interpretada, se llega a que las controversias y las expresiones contradictorias que existen entre las distintas partes –normas o preceptos– que integran el modelo de sistema administrativo constitucional, deben ser niveladas, allanadas en una palabra: armonizadas. Debe evitarse la aplicación exclusiva de uno en perjuicio o a costa del otro, y ponderar el peso específico de cada una de ellas en el caso en concreto, buscando la maximización de ambas normas –eficacia normativa–.

Y en último lugar, el «principio de la corrección funcional», en el sentido que, si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los órganos de las funciones estatales, de modo que el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas, y no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado (Hesse y Pérez Royo)⁷⁸.

Ahora bien, por cuanto la Constitución en sentido amplio, como la Constitución administrativa en sentido concreto, poseen en su totalidad naturaleza normativa, por lo que no solo vincula a todas las personas y a todas las ramas del Poder público sino porque, además, como norma y Ordenamiento jurídico de rango constitucional que es, ha de ser interpretada –y entendida– como un texto unitario y coherente, de forma que no resulta correcta la interpretación de las normas constitucionales de forma aislada, mucho más cuando mediante ese método se obtiene o se logra el efecto de atribuir a unos y a otros una distinta naturaleza que, en principio, no se deriva de la propia Constitución administrativa ni tiene por qué derivarse.

Finalmente, es de mencionar que una ciencia se diferencia de otra no por el objeto, sino por el aspecto que contempla, por la perspectiva que utiliza: en suma, al método que emplea una ciencia determinada y concreta. De hecho, un mismo objeto como lo es en efecto la Administración pública, puede ser de interés para distintas ciencias jurídicas, como lo son para el Derecho constitucional y para el Derecho administrativo.

A partir de las anteriores consideraciones, resulta que la interpretación que pretenda aclarar la función y la estructura de la Ordenación administrativa constitucional ha de ser necesariamente sistemática de los preceptos constitucionales, cualquiera que sea su ubicación y contenido⁷⁹.

⁷⁷ HESSE, K. *Ob. cit.*, nota 8, 67 y 68.

⁷⁸ HESSE, K. *Ob. cit.*, nota 8, 68 y 69; Pérez Royo, *Ob. cit.*, nota 65, 108.

⁷⁹ PÉREZ LUÑO, J. *Ob. cit.*, nota 75, 117-118.

En consecuencia, de allí también se deduce inmediatamente que la unidad y coherencia constitucional que se obtienen con este método y este conocimiento constitucional dan como resultado, la descripción de un específico modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto, en cada Derecho positivo.

§14. Conclusión — En mérito a todo lo anterior se constata, hay que proseguir en el análisis desde la perspectiva o marco constitucional del Derecho administrativo, porque no solo resulta útil para avanzar en la actualización, transformación, innovación, revalorización y enseñanza científica integral del Derecho administrativo, sino porque sus categorías, conceptos e instituciones basales –integrados en la Constitución administrativa– aún están en gran medida por delimitar con la mayor precisión posible:

(i) *Positivamente*: en el sentido de saber qué está en la Constitución administrativa, bien en una norma constitucional concreta, bien en una norma constitucional que pueda ser deducida del bloque de constitucionalidad, y con qué concreto alcance y contenido.

(ii) *Negativamente*: en el sentido de saber qué no está en la Constitución administrativa, es decir, qué nociones, valores o exigencias no puedan extraerse o deducirse del bloque de constitucionalidad.

En todo caso, un análisis sosegado de la Constitución administrativa, llevado a efecto con arreglo a los criterios propios de la hermenéutica específica jurídico-constitucional nos permite alcanzar, al menos, las conclusiones siguientes:

No todo el sistema de Derecho administrativo es deducible, directa o indirectamente, de la Constitución administrativa; es decir, hay un Derecho administrativo general y hay un Derecho administrativo especial. En efecto, tal como derivan de los escasos trabajos doctrinales y de los razonamientos de la jurisprudencia, no todo el Ordenamiento jurídico-administrativo es corolario inmediato de la Constitución administrativa y, por tanto, todos los conceptos, categorías e instituciones no serán inmediata, inequívoca e invariable consecuencia de los mandatos constitucionales (L. Parejo Alfonso)⁸⁰.

De ahí que no todo problema jurídico que se plantea en su seno pueda resolverse acudiendo a la Constitución, ya sea bien porque ésta como “derecho dúctil” permite más de una solución, o bien porque la solución, simple y llanamente, no se encuentra en la Constitución. Y es que como denuncia Hesse⁸¹, no es admisible desde el punto de vista metodológico, sistemático y práctico, que cada problema jurídico deba resolverse como problema constitucional.

⁸⁰ PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, Ed. Tecnos, 1993, 31 y ss.

⁸¹ HESSE, K. *Ob. cit.*, nota, 8, 234; y HESSE, K. “La ley fundamental y la unidad en Alemania. Una conversación con Konrad Hesse (Freiburg, mayo de 1991)”. En *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 3, 1991, 17-18.

(ii) Que no todo el Derecho administrativo tiene el mismo alcance y protección en la Constitución administrativa, de modo que no todos tienen la misma resistencia. La Constitución administrativa no ofrece la posibilidad de construir un solo modelo de sistema administrativo cerrado, sino que establece un conjunto de lindes dentro de los cuales es posible adoptar diversas soluciones, pues es «derecho dúctil». En efecto, la Constitución administrativa como marco normativo, suele dejar márgenes más o menos amplios, por lo que el edificio concreto del Derecho administrativo positivo no será obra de la Constitución administrativa sino del legislador ordinario. De ahí también la necesidad de encontrar, un punto de equilibrio entre la libertad de configuración del legislador y la posibilidad de control público jurisdiccional del mismo mediante la «función correcta» de la Justicia constitucional, allí donde verdaderamente exista y funcione.

(iii) Finalmente, el contenido de la Constitución administrativa es susceptible de cambios, es decir, sin que su texto cambie, por ser «derecho móvil» o «mutable» –«mutación constitucional» (*Verfassungswandel*)-. De la misma manera, la Constitución administrativa será también «derecho dúctil» o «elástico», puesto que junto a ciertos aspectos de indudable rigidez, coexisten otros de notoria movilidad que permiten responder al cambio histórico, así como a la diversidad de situaciones vitales a través de la «mutación constitucional», lo cual en modo alguno debería confundirse con los supuestos de «ruptura constitucional» –*Verfassungsdurchbruch*–, esto es, de inobservancia pura y dura –transgresión– de la Constitución, sin que este haya sido objeto de revisión alguna conforme a Derecho, como ha puesto de manifiesto Hesse⁸².

Finalmente, será de gran trascendencia la observancia de un «principio de lealtad» no solo a la Constitución en general, sino también a la Constitución administrativa en concreto, esto es, al modelo de sistema administrativo constitucional en su doble vertiente: tanto de respeto a sus postulados como al desarrollo progresivo de sus principios, valores superiores y reglas básicas constitucionales. Por todo lo anterior, y para evitar el peligro de una transformación –disolución de la Constitución –en la conocida expresión de E. Forsthoff– solo queda un camino: que la interpretación constitucional en las decisiones del operador de la Justicia constitucional no aparezcan como mero decisionismo, sino que presenten un sólida y racional fundamentación guiada por criterios argumentativos acrisolados: que sean Derecho y no política (De Borja López Jurado Escribano)⁸³.

⁸² HESSE, K. *Ob. cit.*, nota 8, 49 y 50.

⁸³ DE BORJA LÓPEZ, Jurado Escribano, F. *Ob. cit.*, nota 49, 124.

SECCIÓN 3.^a CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN

§15. Planteamiento de la cuestión — La Constitución administrativa, hemos sostenido más arriba, hace referencia a una serie de principios, valores superiores y reglas básicas o fundamentales sobre las materias iusadministrativas. Y ellos se extienden, prácticamente, a todo lo largo y a lo ancho de la Constitución vigente, siendo difícil incluso su enumeración completa. Y como es sabido, la Constitución debe interpretarse según el método propio de las reglas de la hermenéutica jurídica o de la interpretación constitucional sistemática, concibiéndola como un todo, con criterio de eficacia integradora (Hesse)⁸⁴, por lo que es una cuestión capital la inclusión de una norma en un contexto determinado, lo que sin duda influye en la relación entre unas y otras normas constitucionales. En este orden de ideas, la Constitución administrativa tiene un carácter central respecto a las categorías, conceptos e instituciones propios del Derecho administrativo, pues en ellos se abarcan las cuestiones más importantes que afectan a la Administración Pública y su función estatal.

No corresponde a la altura del objeto de este estudio efectuar un análisis completo de la definición, alcance, características y significación completa de cada uno de ellos, y sobre las cuales volveremos en la obra general. En cuanto a su estructura, lo primero que llama la atención de la Constitución vigente es su extensión: es una Constitución larga —la más extensa de nuestra historia constitucional—: contiene un Preámbulo, 350 artículos distribuidos en 9 Títulos, más 18 Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y otra Disposición Final.

Bástenos, por ahora, un pronunciamiento a grandes rasgos sobre el estatuto constitucional fijado en lo fundamental en nuestro Derecho positivo, cuya Constitución, además de dedicarle un Sección a las disposiciones generales de la organización del Estado, le dedica en el Capítulo I del Título V *Del Poder Público* a la Sección Segunda *De la Administración Pública* (Arts. 141 a 143); la Sección Tercera *De la Función Pública* (Arts. 144 al 149); y la Sección Cuarta *De los contratos de interés público* (Arts. 150 al 151), las cuales establecen junto con otras normas constitucionales diseminadas a lo largo del texto constitucional, el tratamiento con un criterio orientador de eficacia integradora —en coherencia con el carácter de la Constitución—, del entramado normativo constitucional sobre el modelo de sistema administrativo constitucional, esto es, sobre la Administración Pública —organización, actividad, relaciones y control—, que al presentar un grado muy elevado de densidad regulatoria, constituye así la Constitución administrativa.

⁸⁴ HESSE, K. *Ob. cit.*, nota 8, 69.

II. DERECHO POSITIVO

§16. Planteamiento de la cuestión — Y es que la idea de una Constitución administrativa en el Derecho positivo tiene un serio fundamento. Basta constatar el ingente volumen –no solo cuantitativo sino cualitativo– de normas constitucionales que abarcan al Derecho administrativo, contrasta con el más reducido material normativo –aunque sin duda muy importante– del que deben dar cuenta otras disciplinas jurídicas que tienen su legislación sustantiva y adjetiva más codificada, como ocurre con el Derecho civil, mercantil, penal, procesal, tributario, etc. De ahí que las categorías, conceptos e instituciones iusadministrativas sobre los que se proyectan las normas constitucionales estructurales son, además, muy numerosas, las cuales pueden ordenarse sistemáticamente, sin pretensión de agotarlas, en grupos normativos materialmente homogéneos al reflejar las normas constitucionales más relevantes, y que resumidamente son las que mencionaremos a continuación.

§17. Organización administrativa — Sobre la organización administrativa, la Constitución administrativa consagra las decisiones constitucionales estructurales sobre: el principio de Estado federal descentralizado (Art. 4, 6 y 16); el principio de distribución territorial del Poder Público (Art. 136, 156, 164 y 178); el principio de descentralización político territorial (Art. 157, 158, 165, 184 y 185); el principio de colaboración (Art. 136); el principio de competencias concurrentes (Art. 165); el principio de competencia residual (Art. 164, núm. 11); el principio de la competencia implícita (Art. 156, núm. 33); la organización y funcionamiento de los órganos del Estado (Art. 156, núm. 32); la Administración Pública central y ministerial (Arts. 141 y 236, núm. 20); las personas de Derecho público territoriales y no territoriales (Arts. 145 y 322); la administración descentralizada funcionalmente, como los institutos autónomos (Art. 142); la autonomía municipal (Art. 16, 168, 169 y 178); las mancomunidades municipales (Art. 170); la autonomía universitaria (Art. 109); el Distrito Capital (Art. 18 y 156, núm. 10); los distritos metropolitanos (Art. 171 y 172); las parroquias (Art. 173); las entidades funcionalmente descentralizadas del Estado para la realización de actividades sociales o empresariales –institutos autónomos, institutos públicos y empresas del Estado– (Art. 300 y 301).

§18. Función pública — En materia de la función pública, la Constitución administrativa consagra las decisiones constitucionales estructurales relacionadas con: el estatuto del funcionario público (Arts. 96, 97, 143, 144, 145, 148, 149, 189, núm. 3); el concurso público bajo los principios de honestidad, idoneidad, eficiencia y mérito (Art. 146); el régimen de jubilaciones y pensiones (Art. 147); y el principio de la responsabilidad individual del funcionario público (Arts. 7, 25, 46, núm. 4, 57, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 241, 242, 244, 255, 281, núms. 4 y 5, 285, núm. 4 y 315). Y finalmente, el principio de responsabilidad y reparación integral por violación de los derechos humanos (Arts. 19, 29, 30, 31 y 46, núm. 4).

§19. Actividad administrativa — Por lo que respecta a las formas de la actividad administrativa tenemos que la Constitución administrativa se caracteriza por la vastedad y heterogeneidad de al las decisiones constitucionales estructurales que se inician con el principio vicarial del Art. 141 *eiusdem*, al disponer la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Y, por otro lado, los no menos importantes las decisiones constitucionales estructurales sobre la información pública que regula el Art. 143 de la C.

Así, las decisiones constitucionales estructurales en la función administrativa material bajo los principios de la policía administrativa siguientes:

En cuanto a los principios de la actividad de fomento o promoción están: los medios de participación en lo social y económico como las cooperativas, cajas de ahorro, empresas comunitarias y demás formas asociativas (Art. 70); la ciencia, tecnología, el conocimiento y la innovación (Art. 110); la protección de la iniciativa privada (Art. 112); las asociaciones comunitarias y cooperativas de carácter social para el desarrollo de actividades económicas (Art. 118 y 308); los espectáculos públicos, juegos y apuestas (Art. 179, núm. 2); la agricultura (Art. 305); la protección de la industria nacional (Art. 302 y 303); el desarrollo rural integral (Arts. 306 y 307); y por último, la integración económica (Art. 153)

Con referencia a los principios sobre la regulación de: la libertad económica y la iniciativa privada (Art. 112 y 299); la prohibición de monopolios (Art. 113); la competencia en la economía (Art. 113); la calidad y cantidad de bienes y servicios y la defensa del consumidor (Art. 117); la actividad agrícola (Art. 305); la pequeña y mediana industria (Art. 308); el régimen monetario (Arts. 156, núm. 11 y 318) la estabilidad económica (Art. 320); las medidas en materia de emergencia económica y financiera en casos de excepcionalidad institucional (Arts. 236, núms. 7 y 8); y, por último, la reserva constitucional (Art. 302 y 324). Asimismo, la actividad de planificación como medio de acción del Estado (Arts. 187, núm. 8, 236, núm. 18, 166 y 182).

Por su parte, en la materia las decisiones constitucionales estructurales sobre la función administrativa formal o jurídica tenemos: la petición administrativa (Art. 51); los principios de los actos administrativos (Art.25); los reglamentos administrativos (Art. 236, núm. 10); los principios de la contratación pública (Arts. 50, 113, 129, 145, 150, 151, 156, núm. 16, 187, núm. 9, 236, núm. 14, y 247); el procedimiento administrativo (Arts. 24, 28, 49, núm. 3, y 141); las sanciones administrativas (Art. 24, 49, núm. 2, 49, núms. 6 y 7, y 117); y por último, la ordenación de la actividad de las personas (Arts. 20, 112, 113,127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 299) y de las personas extranjeras (Art. 156, núm. 4).

Finalmente, en materia del control público contiene: la actividad contralora (Arts. 163, 176, 187, núm. 3, 273, 274, 281, núm. 2 y 9, 287 y 289); de la actividad de consulta (Art. 251 y 323) y de asesoría jurídica (Art. 247); y por último, los estados de excepción –alarma, emergencia económica y conmoción interior o exterior– (Arts. 337, 338 y 339).

§20. Interés público — Ahora, la garantía de realización del interés público es la principal tarea del Estado. Por ello, su referencia central es elemento clave para caracterizar al sistema de Derecho administrativo y a la Administración pública contemporáneos, que ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos. Ahora, es a partir de la noción de interés público, la matriz desde la cual se deben abordar los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho administrativo contemporáneo, por lo que el elemento clave debe estar en lo que debe entenderse, en cada momento, por interés público.

En tal sentido, otro aspecto de la concepción de la Constitución administrativa son las decisiones constitucionales estructurales sobre los fines esenciales de interés general o público a cargo de la Administración pública. Así, la Constitución administrativa contiene en el Preámbulo la noción de «bien común», y a lo largo de su articulado las nociones de «sector público» (Art. 97); «orden público» (Arts. 20, 68, 260 y 332); «orden social» (Art. 20); «interés público» (Arts. 110, 113, 150, 151, 170, 187, numeral 9, 247 y 302); «interés social» (Arts. 112, 115, 178, núm. 1 y 307); «interés general» (Arts. 115 y 156, núm. 2); «utilidad pública» (Arts. 115 y 156, núm. 32); «utilidad social» (Art. 156, núm. 32); o en fin el «interés nacional» (Art. 187, núm. 9, 305 y 310), expresiones estas que no son equivalentes desde el punto de vista jurídico.

Del mismo modo, en el articulado de la Constitución administrativa, las constantes referencias de las distintas manifestaciones o personificaciones de la Administración pública, siempre aluden a un elemento finalista, por ejemplo: por lo que respecta a los fines esenciales del Estado, los fijados en el Art. 3, 136 y 152; y con carácter general el Estado «garantizará» (Art. 19, 76, 80, 82, 84, 85, 87, 88, 91, 96, 99, 100, 101, 103, 108, 111, 115, 123, 124, 125, 272); el Estado «estará obligado» o «tendrá la obligación» (Arts. 29, 30, 62, 82, 83, 85, 86, 89 y 127); el Estado «protegerá» o «promoverá» (Art. 75, 76, 77, 78, 89, 98, 118, 127, 305 y 306, 308, y 309); etc., los cuales se logran a través de la Administración Pública, por lo cual goza de ciertas potestades públicas que la ubican en un plano de supremacía necesario para el cumplimiento de los mismos⁸⁵.

Finalmente, la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación, sus aplicaciones y servicios de información asociados se declaran de «interés público» (Art. 110).

⁸⁵ Sent. del TSJ/SC N° 104 de fecha 21 de noviembre de 2000.

§21. Servicio público — La Constitución administrativa contiene a lo largo de su articulado las decisiones constitucionales estructurales sobre el servicio público, que además de la creación, modificación o suspensión de servicios públicos en caso de urgencia comprobada (Art. 196, núm. 6), permite a la doctrina nacional (J. Araujo-Juárez, y A.R. Brewer-Carías)⁸⁶ identificar cuatro grupos de servicios públicos constitucionales por oposición a los creados por ley formal, según su vinculación a: (i) los derechos de la Nación; (ii) los fines del Estado; y por último (iii) los derechos y libertades individuales.

§21.a Servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación — Son aquellos que la Constitución administrativa declara como derechos irrenunciables de la Nación, es decir, de toda persona e instituciones, vinculadas a la soberanía y que origina la obligación del Estado de resguardarla y, por tanto, exclusivos del Estado, y en muchos casos excluyentes tales como: (i) el servicio público de defensa y seguridad —la Fuerza Armada Nacional— (Arts. 322, 328 y 156, núms. 2, 7 y 8); (ii) el servicio público exterior y diplomático (Arts. 152 y 156, núms. 1); y por último (iii) el servicio público de promoción y ordenación de la economía (Arts. 112, 299, 308, 309 y 310) y en particular: el régimen fiscal y monetario (Arts. 311, 312, 313, 314 y 315); el sistema tributario (Arts. 316 y 317); el sistema monetario nacional (Arts. 318 y 319); y la coordinación macroeconómica (Art.320).

§21.b Servicios públicos vinculados a los fines del Estado — El Estado constitucional tiene como fines esenciales la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo (Art. 3), para lo cual la Constitución administrativa establece los siguientes servicios públicos: los servicios de policía, bomberos y defensa civil (Arts. 20, 156, núm. 6, y 178, núms. 3, 4, 5 y 7, 332); los servicios de la seguridad ciudadana (Arts. 55, 332, núms. 1, 2, 3 y 4); y los servicios de protección civil (Art. 178, núm. 4); la policía estatal y municipal (Art. 164, núm. 6, 178, núm. 7, y 329); y la administración de riesgos y emergencias (Art. 156, núm. 9) y el régimen de los extranjeros (Art. 156, núm. 4), que tienen por misión mantener y proteger el «orden público»; y los servicios de identificación (Art. 156, núm. 5); (ii) el servicio público de justicia (Art. 26) y de defensa pública (Art. 268); (iii) los de protección ambiental (Arts. 127, 128 y 129); (iv) los sociales como la asistencia y protección social (Arts. 75, 76, 77, 78, 79, 80 y 81); (v) de salud y sanidad (Arts. 83, 84 y 85); (vi) seguridad social (art. 86); (vii) educación (Art. 102); (viii) vivienda (Art. 82); (ix) de empleo (Art. 87); (x) culturales (Art. 98, 99, 100 y 101); el turismo local (Art. 178, núm. 1); y en fin (xi) los deportivos y de recreación (Art. 111).

⁸⁶ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ob. cit.*, nota 12, p. 221 y ss; y BREWER-CARÍAS, A.R. “A Manera de Prólogo sobre ‘el Marco constitucional de los servicios públicos’”. En *Los Servicios Públicos domiciliarios*, (Director: Víctor Hernández-Mendible). EJV-Cerdeco- Funeda. Caracas, 2012. 21 y ss.

§21.c Servicios públicos para garantizar el ejercicio de derechos y libertades individuales — El otro grupo de servicios públicos constitucionales se configura por aquellas actividades prestacionales impuestas por la Constitución administrativa al Estado constitucional para garantizar el ejercicio de los derechos individuales, así: (i) los servicios públicos para la circulación (Art. 50) tales como la vialidad nacional (Art. 156, núm. 27) y urbana (Art. 178, núm. 2), el transporte público (Art. 156, núm. 26), tales como navegación, aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre (Art. 156, núm. 26), ferrocarriles nacionales (Art. 156, núm. 27) y transporte público urbano de pasajeros (Art. 178, núm. 2); puertos y de aeropuertos (Art. 156, núm. 26); (ii) los servicios públicos para las comunicaciones (Art. 48) tales como la información (Arts. 58, 101 y 108) y de correos (Art. 156, núm. 28); comunicación social —denominados posteriormente en la legislación sobre la materia como comunitarias—; los de las redes de bibliotecas y de informática (Art. 108 de la C); (iii) el alcantarillado, canalización, disposición de aguas servidas, cementerios y servicios funerarios (Art. 178, núm. 6; y, finalmente (iv) los servicios públicos e intervención del Estado constitucional en la economía (Arts. 112, 115, 305, 308, 309 y 310).

§21.d Servicios públicos domiciliarios — Si bien el articulado de la Constitución administrativa vigente hace relación a los servicios públicos de modo general, también lo hace en algunas disposiciones, de manera específica, a una especie de ellos, los servicios públicos para la calidad de vida denominados servicios públicos domiciliarios, que son los que se prestan, a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales que son las viviendas o sitios de trabajo, tales como electricidad, agua potable y gas doméstico (Art. 156, núm. 29) y aseo urbano y domiciliario (Art. 178, núm. 4 y 178, núm. 6).

§22. Bienes públicos del Estado — Sobre las decisiones constitucionales estructurales en materia de los bienes públicos de dominio público, la Constitución administrativa consagra los principios siguientes: la inalienabilidad (Arts. 12, 119 y 181); la imprescriptibilidad (Arts. 12, 119 y 181); la inembargabilidad (Art. 119 y 304); la administración de tierras baldías (Arts. 13, 156, núm. 16 y 164, núm. 5) y de las aguas (Art. 304); la garantía de no confiscación de bienes (Art. 116 y 317); la propiedad colectiva de las tierras indígenas (Art. 119); las obras públicas de interés nacional (Art. 156, núm. 20); el espectro radioeléctrico (Art. 156, núm. 28); y en materia de los bienes públicos del dominio privado (Art. 187, núm. 12).

§23. Control de la gestión administrativa — En materia de control de la gestión administrativa, la Constitución administrativa consagra las decisiones constitucionales estructurales siguientes: los principios de participación ciudadana en la gestión pública (Art. 62 y 184); del control ciudadano en la gestión pública (Art. 62); del control político (Art. 66); del control fiscal (Art. 287), y, finalmente, del control de gestión (Art. 141 y 315).

§24. Garantía patrimonial del Estado — Con respecto a las decisiones constitucionales estructurales en materia de la responsabilidad administrativa o patrimonial del Estado constitucional, están las siguientes: los principios de

integralidad y del sistema mixto de responsabilidad (Arts. 25, 29, 30, 140, 49, núm. 8, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 259, 281, 285 y 319)⁸⁷; y en materia de expropiación pública o forzosa, los principios de garantía de la propiedad, de la integridad patrimonial y de la indemnización (Art. 115 y 156, núm. 32).

Otras normas o preceptos constitucionales que constituyen la base del sistema de la garantía patrimonial del Estado en el Derecho positivo, son: el principio de legalidad–juridicidad (Arts. 25, 137, 138 y 350); el principio de corresponsabilidad por las gestiones públicas (Arts. 4, 136, 165 y 184); el principio a la tutela jurisdiccional efectiva (Arts. 26, 49 y 259); el principio a la defensa de los derechos de los consumidores a recibir bienes y servicios de calidad e información adecuada, y su consecuente derecho al resarcimiento por los daños causados por la violación de dicho derecho (Art. 117); el principio de igualdad de las cargas públicas (Arts. 21, 133, 311 y 316); el principio de legalidad presupuestaria (Art. 314).

En definitiva, y por expresarlo con toda concisión, podemos afirmar que, efectivamente, en el Derecho positivo, la Constitución administrativa contiene un conjunto de normas o preceptos constitucionales referibles a la Administración Pública, actúe ésta *in veste* de tal Administración Pública o no, o conforme a procedimientos jurídico-públicos o jurídico-privados⁸⁸, y que exigirá un método propio de las reglas de la hermenéutica jurídica o una interpretación-aplicación constitucional sistemática de los preceptos que la regulan, cualquiera que sea su ubicación y su contenido, según pasamos a analizar en la obra –Caps. 4 al 11– del cual este forma parte integrante.

§25. Conclusión — En mérito a lo antes expuesto, no sólo es preciso analizar las normas o preceptos que forman parte de la Constitución administrativa con criterios hermenéuticos propios, específicos, del Derecho constitucional, sino un análisis de eficacia integral que comprenda, además, todos las normas o preceptos que la integran, entre las que se encuentran cualquiera que, no pudiendo calificarse como administrativos *strictu sensu*, pudieran resultar que afecten a los conceptos, categorías e instituciones propios del sistema de Derecho administrativo.

En definitiva, las apuntadas son las razones de peso para avalar un análisis constitucional del Derecho administrativo. Un estudio conveniente para dotar de fundamento a la disciplina y cohesión al Derecho administrativo, tanto al general como a cada una de las ramas especiales que lo componen –ambiente, economía, energía, contratación pública, municipal, urbanismo, etc.–; un análisis preciso para proveer de contenido a las categorías, conceptos e instituciones basilares propios del Derecho administrativo; así como a la protección –defen-

⁸⁷ Sent. del TSJ/SC N° 403 del 24 de febrero de 2006.

⁸⁸ MARTIN-RETORTILLO, S. *Derecho Administrativo Económico*, T. I. La Ley, Madrid, 1988. p. 218.

sa, respeto y servicio— de la dignidad humana y todos los derechos y garantías —fundamentales o no—, que puedan verse afectados por sus normas o actos de aplicación o ejecución; un análisis que, en fin, resulta imprescindible para la enseñanza y formación de operadores jurídicos integrales y permeables a los principios y valores de la sociedad que la Constitución en general consagra.

De la aceptación de los planteamientos anteriores se sigue, que la tarea principal en cada uno de los Derecho administrativos nacionales, consistirá en el descubrimiento y estructuración del modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto respectivo. A la vista de tales normas o disposiciones constitucionales, se habría de proceder al estudio de la Constitución administrativa en cuanto tal, en la que cabría descubrir un cuerpo sistemático de normas que encierran principios generales, valores superiores y reglas básicas referentes a la materia iusadministrativa, así como del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, y, por último de los criterios proferidos por la jurisprudencia de la Justicia administrativa y constitucional —allí donde existan y funcionen correctamente—, de un considerable número de pronunciamientos interpretativos sobre importantes cuestiones en tal materia, no solo de la función principal del control de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, sino del desplazamiento de su finalidad originaria hacia el terreno de la protección de la dignidad y de los demás los derechos fundamentales.

Así las cosas, importa dilucidar el marco del modelo de sistema administrativo constitucional con un método de pura hermenéutica específica jurídico-constitucional, o lo que es lo mismo, la necesidad de entroncar en la Constitución administrativa, por de pronto, el estudio de las áreas o temas básicos o fundamentales del modelo de sistema administrativo —organización, actividad, relaciones jurídicas y control público—.

Madrid, 2021

EL DERECHO A RELACIONARSE ELECTRÓNICA- MENTE CON LA ADMINISTRACIÓN. UN DERECHO EN CRISIS

Juan Carlos MORÓN URBINA*

Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA: LA BUENA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

No cabe ninguna duda que la modernización de la administración pública pasa, en una de sus vertientes, por el uso intensivo de las tecnologías de información tanto en sus relaciones interadministrativas como extra administrativas.

Es un fenómeno global y ya está entre nosotros, con tendencia sostenida hacia su generalización y consolidación. En este contexto, el presente estudio pretende aportar al análisis del denominado derecho subjetivo “a relacionarse electrónicamente con la administración” creado en el derecho administrativo español y exportada a diversos ordenamientos, como el salvadoreño¹ y que alcanzó su máximo nivel al haber sido incorporado en la Carta Iberoamericana-

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad la Coruña. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Ehecopar. Juancarlos.moron@ehecopar.com.pe

¹ La nueva Ley de procedimientos de El Salvador (art. 16 numeral 2) consagra como uno de los derechos de las personas frente a la Administración “a relacionarse con la Administración Pública por los medios tecnológicos que esta ponga a disposición”.

na de Gobierno Electrónico², instrumento de *soft law* de primer orden para nuestra comunidad iberoamericana.

Valgan verdades, la tramitación electrónica del procedimiento no siempre significa para todos los ciudadanos necesariamente hacerlo más simple, accesible o garantista. Todo lo contrario, acarrea nuevas transformaciones al estatuto jurídico del administrado, exigencias de nuevos niveles de diligencia –impensados antes–, además de una exposición clara a mayores riesgos para el debido proceso y el acceso a la justicia.

Es conveniente recordar que toda reforma en la gestión pública debe estar orientada al ciudadano y no concebida únicamente a facilitar celeridad a la administración, pues ella ya cuenta con el poder (por naturaleza), con la autoridad (por el derecho) y con los recursos (de los ciudadanos) para ejercer sus actividades eficazmente. No obstante, la practica la incorporación de nuevas tecnologías es fundamentalmente un cambio en favor de los usuarios de los servicios y funciones estatales, pero no siempre es concebido en favor de ellos, sino que se le es impone a costa de poner en riesgo sus derechos y aminorar sus garantías.

Es claro que como la ha advertido preclara doctrina española “Para el ciudadano, la transformación digital de un procedimiento administrativo convencional puede entrañar complicaciones importantes, acaso mayores a las que ya acarrea la versión tradicional. Y no me refiero solo a los problemas relacionados con la famosa brecha digital. A parte de las posibles fracturas sociales –debido a la edad, la discapacidad, la riqueza, la formación, o el lugar de residencia, entre otras causas–, es lo cierto que la tramitación electrónica requiere de una serie de engranajes –desde los sistemas de identificación y autenticación, pasando a los registros electrónicos o las nuevas formas de notificación en clave electrónica– cuyo manejo dista de ser, por el momento, fácil y natural. No está al alcance de todos, pongamos el caso, aplicar con agilidad (...) los rudimentos técnicos de su funcionamiento”.³

Esta reforma no puede hacerse sin algunos datos de la realidad sobre la cual se intenta aplicar. Algunos datos no menores de la realidad peruana revelan que, según la Encuesta Nacional de Hogares (2018) en zonas rurales únicamente el 5.5. % de ciudadanos cuenta con acceso a computadoras y el 1.3% accede a INTERNET, y en las zonas urbanas distintas a Lima esas cifras aumentan solamente a 32.5%. En cuanto a la frecuencia de uso de internet tene-

² Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Pucón, Chile, 31 de mayo y 1° de junio de 2007. Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007 (Resolución N° 18 de la Declaración de Santiago).

³ CERCO SEIRA, César; “La administración electrónica al servicio de la simplificación administrativa; luces y sombras”, Revista Aragonesa de Administración Pública N° 38, 2011, p. 180.

mos que el 3.3% hace uso de internet una vez al mes o cada dos meses o más y un 22.3% una vez a la semana. Finalmente, en cuanto al rango de edad de ciudadanos que hacen uso de INTERNET solamente contamos con un 41.9% de ciudadanos en el rango de 41 a 59 años y de 16.2% en el rango de 60 años a más. Con esta realidad, no sorprende por tanto que, se anuncie que el 41% de contribuyentes peruanos no lean las notificaciones electrónicas que la autoridad tributaria les cursa a sus casillas electrónicas abiertas en los servidores la propia entidad recaudadora⁴ y que, pese a ello, dichas decisiones adquieran –por mandato normativo– vigencia al día siguiente de su envío, en contra del propio administrado.

Aquí es relevante recordar que una buena administración⁵ tal como es concebida por el derecho europeo implica fundamentalmente respetar los derechos a tratar los asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable y, en particular, a ser oído antes que la autoridad tome en contra de cualquiera una medida individual desfavorable; acceder al expediente que le concierna; a recibir decisiones motivadas y a la reparación por los daños causados.

En este contexto, la exigencia de una buena administración no puede ser exceptuada a la administración cuando se relaciona con los administrados mediante instrumentos tecnológicos o informáticos, de manera que innegablemente podemos hablar también de una “buena administración electrónica”⁶ que comprenderá, entre otros aspectos, el respeto al principio de legalidad que en este ámbito exige que como se ha establecido en la Carta Iberoamericana de

⁴ Diario Gestión, 25/11/2019, recuperado 18/02/2020. <https://gestion.pe/economia/sunat-41-de-contribuyentes-no-lee-sus-notificaciones-electronicas-nndc-noticia/>

⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Artículo 41 - Derecho a una buena administración.

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

⁶ SÁNCHEZ ACEVEDO, Marco Emilio; “El derecho a la buena administración electrónica”, Primera edición, Editores Universidad Católica de Colombia y Grupo Ibáñez, Colección: *Colección Jus público* N° 8, Bogotá, 2016. Este libro es la tesis doctoral sustentado por el autor en la Universidad de Valencia (2015).

Gobierno Electrónico “que las garantías previstas en los modos tradicionales de relación del ciudadano con el Gobierno y la Administración se mantengan idénticas en los medios electrónicos. Los trámites procedimentales, sin perjuicio de su simplificación general, constituyen para todos los ciudadanos garantías imprescindibles”⁷⁻⁸.

1. Itinerario del derecho ciudadano a relacionarse electrónicamente con la administración

A. El origen: la Ley de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos de 2007

El derecho subjetivo público y central a relacionarse electrónicamente con los organismos conformantes de la Administración Pública fue creado por el derecho positivo español, específicamente en la Ley 11/2007 de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos.⁹

⁷ Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Pucón, Chile, 31 de mayo y 1º de junio de 2007, Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007, (Resolución N° 18 de la Declaración de Santiago).

⁸ Cabe tener presente que este principio suele ser incluido dentro del principio rector de “equivalente funcional” como sucede en Perú con la Ley de Gobierno Digital aprobada por el Decreto Legislativo N° 1412, que indica al respecto:

Artículo 5.- Principios rectores

Las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como su aplicación se rigen por los siguientes principios rectores:

5.2 Equivalencia Funcional. - El ejercicio de la identidad digital para el uso y prestación de servicios digitales confiere y reconoce a las personas las mismas garantías que otorgan los modos tradicionales de relacionarse entre privados y/o en la relación con las entidades de la Administración Pública.

⁹ Incluso España, advirtiendo la ausencia de protagonismo de los derechos de los ciudadanos en las políticas sobre administración electrónica preparó una “Propuesta de Carta de la Presidencia Española sobre los Derechos de los Ciudadanos ante la Administración Electrónica”. El artículo 1 de ese proyecto proponía:

Artículo 1º. Objeto. La presente Carta dispone lo necesario para que el uso de los medios electrónicos en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones públicas no se considere como una facilidad que éstas últimas ponen a disposición de los administrados, sino que se reconozca como un derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración, en vista del desarrollo actual de las tecnologías de la información y del principio común a todos los Estados miembros del derecho al buen funcionamiento de las Administraciones públicas. El objeto de la presente

Dicha Ley empezaba proclamando como su objeto (art. 1) reconocer “el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos” además de regular “los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas”. Es decir, ubicaban en el centro mismo de la regulación de las relaciones entre las entidades públicas y el ciudadano a este derecho a relacionarse electrónicamente.

En el artículo 6 de la misma Ley, ratificaba como principal derecho de los ciudadanos al de “relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁰, así como para

Carta es determinar y establecer el contenido y alcance del derecho que tienen los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración, así como sentar los principios a que debe responder la normativa y la práctica administrativa para hacer efectivo tal derecho.

¹⁰ Artículo 35. Derechos de los ciudadanos

Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

- a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.
- b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
- c) A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.
- d) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico.
- e) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.
- f) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.
- g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.
- h) Al acceso a la información pública, archivos y registros.
- i) A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos”. Es decir, estábamos frente a un derecho instrumental que permitía bajo la forma telemática que el ciudadano pueda ejercer otros derechos subjetivos ante las autoridades que hasta ese entonces solo se ejercían de modo físico, presencial o tradicional. Nos referimos a los derechos relacionados a:

- Servicios de información para recoger la información ordenada y clasificada que se solicite (ej. conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos, identificar a las autoridades y al personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos, obtener información y orientación acerca de los requisitos sobre actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, acceder a la información pública, archivos y registros).
- Servicios de comunicación para la interacción entre individuos (particulares, entidades o empresas) o grupos de personas (ej. obtener copia sellada de los documentos que presenten, así como la devolución de éstos, formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, realizar consultas y alegaciones, manifestar consentimiento, o formular solicitudes)
- Servicios de transacción para adquirir productos o servicios en línea o para presentar datos (ej. efectuar pagos y realizar transacciones).

Dicha norma estuvo vigente durante ocho años, hasta que fue derogada con la entrada en vigor de la nueva Ley del Procedimientos Administrativo Común (Ley No. 39/2015) que, aunque enuncia ese derecho, implica un evidente retroceso juntamente con el producido al conjunto del estatuto de derechos ciudadanos frente a la Administración electrónica que la norma anterior consagraba. La doctrina española es clara al señalar que esta norma no solo deroga la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, sino que en su contenido se ha apartado claramente del énfasis principista de este derecho porque “ha dejado de lado la fuerte opción del legislador de 2007 por el derecho a relacionarse con las Administraciones por medios electrónicos y, además, ha renunciado a introducir garantías del cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen jurídico de la administración electrónica”¹¹.

j) A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.

k) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las Leyes.

¹¹ DELGADO, Isaac Martín; El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de administración digital auténticamente innovador”, en *Sociedad Digital y*

Ciertamente como veremos luego, la nueva norma disgrega los derechos que antes se consagraban como un estatuto de derechos del ciudadano frente a la administración¹², los modera en línea de limitarlos, pero lo más relevante, en

Derecho, Colectivo Dirigido por los profesores DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas y PIÑAR MAÑAS, José Luis; BOE, p. 193.

¹² La anterior norma (art. 6) consagraba una serie de derechos de ciudadano frente a la administración que a continuación enumeramos, y que en la nueva norma desaparecen en la mayoría de los casos y en otros se diseminan a lo largo de la norma:

“2. Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos:

a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas.

b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos

c) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas.

d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.

e) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.

f) A la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.

g) A obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública.

h) A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas.

i) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.

j) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.

sentido negativo, es que pone en plano de igualdad al derecho subjetivo a relacionarse electrónicamente con la administración (ahora solo restringido solamente a las personas naturales) con la obligación de relacionarse electrónicamente con la administración en las condiciones que ésta imponga para determinados colectivos de personas naturales y las personas jurídicas. Por cierto, esta obligación se proyecta como una clara tendencia a su incremento puesto que la misma norma permite que las entidades por vía reglamentaria puedan seguir agregando las categorías de sujetos a los cuales se le puede imponer la vinculación electrónica.¹³

k) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

3. En particular, en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:

a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.

b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.

c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios.

d) Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.

¹³ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Artículo 14. Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas.

1. Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.

2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

a) Las personas jurídicas.

B. *El reconocimiento internacional: su inclusión en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico de CLAD*

Este derecho alcanzó su máximo realce internacional al ser incluido por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD¹⁴ en su denominada “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico” aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado y adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

En efecto, en este documento doctrinario (*soft law*) de primer nivel en nuestra región incluye en su Capítulo Segundo sobre el “El Derecho al Gobierno Electrónico”¹⁵ la siguiente declaración:

-
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
 - c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.
 - d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
 - e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

3. Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

¹⁴ El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) es un organismo público internacional, de carácter intergubernamental constituido en el año 1972 cuya creación fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2845 – XXVI) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas, un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social. Su misión fundamental es promover el análisis y el intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la reforma del Estado y la modernización de la Administración Pública, mediante la organización de reuniones internacionales especializadas, la publicación de obras, la prestación de servicios de documentación e información, la realización de estudios e investigaciones y la ejecución de actividades de cooperación técnica entre sus países miembros y proveniente de otras regiones.

¹⁵ La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico fue aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Pucón (Chile) los días 31 de mayo y 1º de junio de 2007, para ser finalmente

7. La implantación del Gobierno Electrónico comporta el reconocimiento por parte de los Estados Iberoamericanos del **derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con sus Gobiernos y Administraciones Públicas**. Lo que supone que las Administraciones estén interrelacionadas entre sí a fin de simplificar los procedimientos. Las leyes de acceso a la información pública establecidas en algunos países de la región apuntan en esa dirección.

A continuación, el mismo documento se refiere a la magnitud que ese derecho debía alcanzar en los países iberoamericanos, afirmando concluyentemente que:

8. El reconocimiento del **derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas debe ser tan amplio como lo permita la naturaleza del trámite y pretensión de que se trate**.

Es decir que la dimensión del derecho no estaba subordinado a la disponibilidad de técnicos, recursos, medios o sistemas en las entidades públicas, sino que la extensión del derecho debería ser precisamente al revés, en función a que lo permita la clase de pretensión que el ciudadano requiere.

Con semejante consagración no queda ninguna duda que la Carta Iberoamericana asume que “la perspectiva desde la que debe abordarse el empleo de las TIC en la gestión pública es la del ciudadano y sus derechos”¹⁶ y no el de la conveniencia, posibilidad, medios posibles o de la utilidad que ellas le puedan o no deparar a la gestión burocrática.

Así, con este reconocimiento expreso del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con los gobiernos y administraciones públicas, la región iberoamericana “adopta la estrategia de que sea la demanda ciudadana el factor determinante que impulse una transformación de la gestión pública que comprenda la implantación, desarrollo y consolidación del e-Gobierno en los países iberoamericanos. Como contraparte, la Carta establece que los Estados nacionales adquieren la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de ese derecho de los ciudadanos mediante la creación de las condiciones y la implantación de los instrumentos que permitan el funcionamiento del e-Gobierno, asegurando: la identificación de los ciudadanos, administraciones públicas, instituciones y organismos, funcionarios y agentes que empleen medios electrónicos, así como la autenticidad de los documentos electrónicos, la oferta de información al público por medios accesibles para todos los ciudadanos, la responsabilidad por la información contenida en los sitios de e-Gobierno; la regu-

adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, realizada en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007 (Resolución N° 18 de la Declaración de Santiago).

¹⁶ Entrevista a Julio César Fernández Toro (ex Secretario General del CLAD), FORO E-GOBIERNO OEA, Boletín N° 38, Septiembre 2008. <http://www.educoas.org/RestrictedSites/Curso1/Newsletter-Septiembre08/e-goblocal35.html>

lación y establecimiento de registros electrónicos, las recepción y acuse automático de recibo de comunicaciones, procedimiento de notificaciones y régimen de los documentos y archivos electrónicos.”¹⁷

Pero la Carta no agota su contenido declarativo. Sino que adiciona además que este derecho servirá para que los ciudadanos puedan ejercer en vía electrónica otras facultades y aun cumplir con algunos deberes que le son atribuidos por el ordenamiento frente a las autoridades. Así, la Carta declara que:

9. Los ciudadanos podrán relacionarse electrónicamente con los Gobiernos y las Administraciones Públicas, entre otros, a efectos tales como los siguientes:

a. Dirigir por vía electrónica todo tipo de escritos, recursos, reclamaciones y quejas a los Gobiernos y las Administraciones Públicas, quedando éstos igualmente obligados a Responder o resolver como si dichos escritos, reclamaciones y quejas se hubieran realizado por medios tradicionales.

b. Realizar por medios electrónicos todo tipo de pagos, presentar y liquidar impuestos y cualquier otra clase de obligaciones.

c. Recibir por medios electrónicos notificaciones cuando tal medio sea aceptado por el ciudadano o si el ciudadano así lo solicita.

d. Acceder por medios electrónicos a la información administrativa general con igual grado de fiabilidad que la que es objeto de anuncio en diarios o boletines oficiales o la que se publica en anuncios oficiales por cualquier medio.

e. Acceder los interesados electrónicamente a los expedientes para conocer el estado en que se encuentra la tramitación de los mismos.

f. Acceder por medios electrónicos a información pública de alto valor agregado que sirva a aumentar la competitividad de los países, lo que supone garantizar estándares consensuados entre los Estados iberoamericanos respecto al modo en que esa información debe ser procesada y difundida con la ayuda de las nuevas tecnologías disponibles.

g. Utilizar y presentar ante el Gobierno o las Administraciones Públicas las resoluciones administrativas en soporte electrónico, así como los documentos administrativos electrónicos en las mismas condiciones que si fueran documentos en papel, así como poder remitirlas por medios electrónicos a la Administración de que se trate.

17 Entrevista a Entrevista a Julio César Fernández Toro (ex Secretario General del CLAD), FORO E-GOBIERNO OEA, Boletín N° 38, Septiembre 2008. <http://www.educoas.org/RestrictedSites/Curso1/Newsletter-Septiembre08/e-goblocal35.html>

h. Evitar la presentación reiterada ante la Administración de documentos que ya obren en poder de la misma o de otra, especialmente si son electrónicos, todo ello en el supuesto de que el ciudadano de su consentimiento para la comunicación de tales documentos entre Administraciones y entre distintas dependencias de la misma Administración, lo que supone acciones de Interoperabilidad y Simplificación Registral.

C. Su inclusión en la Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador

La Ley de Procedimientos Administrativos aprobada por Decreto No. 856 de fecha 13 de febrero de 2018 incluye dentro de los Derechos de las Personas frente a la Administración, el de relacionarse electrónicamente con la administración en los siguientes términos:

Art. 16.- Sin perjuicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y las Leyes, las personas, en sus relaciones con la Administración Pública, son titulares de los siguientes derechos:

2. A relacionarse con la Administración Pública por los medios tecnológicos que esta ponga a disposición;

Esta disposición sin duda pone al ordenamiento salvadoreño a la vanguardia de la región al ser el único que considerara dentro de la Ley de procedimientos administrativos al derecho de todas las personas a relacionarse electrónicamente las autoridades de la Administración Pública, reivindicando a la persona humana en el centro de la relación procedimental electrónica al ciudadano. Ciertamente un aspecto a discutir respecto a la forma en que ha sido redactado este inciso en el derecho positivo salvadoreño es alcance que posee la frase final referida a que este derecho se ejerce “por los medios tecnológicos que esta ponga a disposición” pareciendo afirmar que es la administración quien con su accionar positivo es la que permite el alcance, la progresividad y la potencialidad de este derecho. Una posición así virtualmente esterilizaría el contenido esencial del derecho que el legislador ha querido consagrar.

Lo bueno es que la doctrina salvadoreña ha salido al frente de esta posible interpretación literal afirmando una posición crítica de la redacción pero optimista sobre su desarrollo, argumentando que “aunque en la Ley se establezca como condición habilitante que sea la Administración la que ponga a disposición el medio tecnológico a usar por el administrado, no es de naturaleza programática; no está obligado a esperar que tal medio sea puesto a disposición, él puede y debe hacer uso de este derecho; a fin de llevar a la Adminis-

tración a fijar a la brevedad posible el medio tecnológico que lo facilite. Sin embargo, su eficacia se vuelve relativa.¹⁸

C. *El derecho a relacionarse electrónicamente con la administración incluido reglamentariamente en Perú*

Aunque el ordenamiento peruano ha reconocido este derecho, no la ha positivizado en una norma de rango legal ni en una norma principal del ordenamiento administrativo. Por el contrario, este derecho ha sido abordado exclusivamente en un reglamento ejecutivo (infralegal) y de modo casi accidental en una norma con un objeto distinto al de la administración electrónica, esto es, un reglamento dedicado a las firmas y certificados digitales¹⁹. De ahí se explica que este derecho virtualmente no haya generado impacto en las relaciones entre el ciudadano y la administración ni promovido mayor interés en la doctrina especializada nacional²⁰, siendo más bien ignorado por toda la regulación posterior en materia de administración electrónica y dejado de lado por normas reglamentarias posteriores.²¹

Ahora bien, este derecho de relacionamiento con la administración electrónica ha sido consagrado como un derecho conexo a otro al que se le ha dado mayor realce que se denomina el “derecho al acceso a los servicios públicos a través de medios electrónicos seguros”²². En efecto, la norma establece el derecho de la manera siguiente:

¹⁸ PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto; “La utilización de los Medios Tecnológicos, un nuevo derecho de los administrados: validez y eficacia”, <http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/ccjj/ddpublico/dpublico.html>

¹⁹ Coincidimos con MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, cuando afirma que esta no es la mejor ubicación para la positivación de este derecho puede debió serlo en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En “El procedimiento administrativo electrónico en los ordenamientos peruano y español”, Núm. 9 (2010), *Revista del Circulo de Derecho Administrativo*, p. 97.

²⁰ Únicamente hemos podido ubicar al respecto comentarios a este derecho en Patrón Bedoya, Pedro y Díaz García, Mónica; “Procedimiento Administrativo Electrónico”, Universidad Femenina del Sagrado Corazón – UNIFE, Lumen: Revista de la Facultad de Derecho, Núm. 14 - I (2018). <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen /issue/view/101>.

²¹ Por ejemplo, este derecho no aparece reconocido en ninguna de las normas principales sobre la administración electrónica tales como: el Decreto Legislativo N° 1412 que aprueba la Ley de Gobierno Digital ni el Decreto Supremo N° 033-2018-PCM que crea la Plataforma Digital Única del Estado Peruano y establecen disposiciones adicionales para el desarrollo del Gobierno Digital.

²² Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, Decreto Supremo N° 052-2008-PCM.

Artículo 42.- De los derechos conexos

El derecho ciudadano de acceso a servicios públicos electrónicos seguros tiene como correlato el reconocimiento de los siguientes derechos:

42.1. **A relacionarse con las entidades de la Administración Pública por medios electrónicos seguros para el ejercicio de todos los derechos y prerrogativas que incluye, entre otros, los consagrados en el artículo 55 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.** En tal sentido, constituye obligación de la Administración Pública facilitar el ejercicio de estos derechos ciudadanos, debiendo promover la prestación de servicios por medios electrónicos. Los trámites y procedimientos administrativos ante las entidades de la Administración Pública, la constancia documental de la transmisión a distancia por medios electrónicos entre autoridades administrativas o con sus administrados, o cualquier trámite, procedimiento o proceso por parte de los administrados o ciudadanos ante las Entidades Públicas o entre estas entidades, no excluyendo a las representaciones del Estado Peruano en el exterior, se entenderán efectuadas de manera segura siempre y cuando sean realizados empleando firmas y certificados digitales emitidos por los Prestadores de Servicios de Certificación Digital que se encuentren acreditados y operando dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.

En esta formula legal podemos apreciar dos de las principales características del derecho. Por un lado, su carácter de derecho instrumental porque a través de ella, los administrados tienen el escenario telemático para el ejercicio de otros derechos que hasta ese momento solo se expresaban de manera presencial. A ello se refiere la norma cuando refiere a los derechos del artículo 55 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, entre los que destacan: el de Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos, a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido; acceder a la información gratuita que deben brindar las entidades del Estado sobre sus actividades orientadas a la colectividad, incluyendo sus fines, competencias, funciones, organigramas, ubicación de dependencias, horarios de atención, procedimientos y características; a ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación, entre otros.

Artículo 40.- Del derecho ciudadano de acceso a servicios públicos electrónicos seguros. El ciudadano tiene derecho al acceso a los servicios públicos a través de medios electrónicos seguros para la realización de transacciones de gobierno electrónico con las entidades de la Administración Pública, como manifestación de su voluntad y en el marco de lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

La misma fórmula legal, explicita su carácter de derecho subjetivo frente a las entidades de la Administración Pública, a la que le impone la obligación de facilitar el ejercicio de estos derechos ciudadanos y de promover la prestación de servicios por medios electrónicos.

2. *El contenido y los elementos del derecho a relacionarse electrónicamente*

Para tener una noción histórica de este derecho, vale la pena tener en cuenta la regulación previa a su creación en el derecho administrativo español mediante la Ley 11/2007 de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos. El artículo 45.2 original de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establecía que solo:

“Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento”.

Es decir, la relación por medios electrónicos del ciudadano con la administración estaba condicionada a la existencia y disposición de tales medios por parte de las entidades públicas. Dentro de este diseño legal, el ciudadano no poseía alguna titularidad para exigir comunicarse con las entidades de modo electrónico, debiendo limitarse a una actividad documental y presencial. Era una posibilidad sujeta a la disponibilidad de medios asignados por parte de la autoridad. Esta forma diluida de valorar jurídicamente la relación entre ciudadano y la administración condujo a que con este derecho se invierta por parte del legislador pretendiendo mediante el derecho subjetivo que venimos comentando “dando el paso del podrán por el deberán”.²³

Precisamente la exposición de la Ley 11/2007 de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos (p. 6) explicaba lo siguiente:

“Sin embargo, el desarrollo de la administración electrónica es todavía insuficiente. La causa en buena medida se debe a que las previsiones de los artículos 38, 45 y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públi-

²³ COTINO HUESO, Lorenzo; “Los derechos de los ciudadanos ante la administración electrónica”, Capítulo de Libro *Los derechos de los ciudadanos ante la Administración electrónica* en *Actas de las I Jornadas sobre Administración electrónica*, Aranzadi- Institut d'Estudis Autònomic de Illes Balears. El profesor COTINO HUESO titular de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universitat de València ha escrito abundantemente sobre este derecho y puede consultar su web personal: [https:// www.cotino.es/](https://www.cotino.es/)

cas y del Procedimiento Administrativo Común son facultativas. Es decir, dejan en manos de las propias Administraciones determinar si los ciudadanos van a poder de modo efectivo, o no, relacionarse por medios electrónicos con ellas, según que éstas quieran poner en pie los instrumentos necesarios para esa comunicación con la Administración. Por ello esta Ley pretende dar el paso del «podrán» por el «deberán». Las avanzadas para el momento, pero por otra parte prudentes, previsiones legales, muy válidas en 1992 o en 2001, hoy han quedado desfasadas, ante una realidad en que el grado de penetración de ordenadores y el número de personas y entidades con acceso en banda ancha a Internet, con las posibilidades abiertas a otras tecnologías y plataformas, no se corresponden ya con los servicios meramente facultativos que la Ley citada permite y estimula a establecer a las Administraciones. El servicio al ciudadano exige consagrar su derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos. La contrapartida de ese derecho es la obligación de éstas de dotarse de los medios y sistemas electrónicos para que ese derecho pueda ejercerse. Esa es una de las grandes novedades de la Ley: pasar de la declaración de impulso de los medios electrónicos e informáticos –que se concretan en la práctica en la simple posibilidad de que algunas Administraciones, o algunos de sus órganos, permitan las comunicaciones por medios electrónicos– a que estén obligadas a hacerlo porque la Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a establecer relaciones electrónicas. La Ley consagra la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones. El reconocimiento de tal derecho y su correspondiente obligación se erigen así en el eje central del proyecto de Ley.”

Por ello, el derecho a la interacción electrónica se incrusta como un derecho subjetivo público del ciudadano que contaba con los elementos clásico de todo derecho de su categoría: titular (los ciudadanos), obligados (las entidades conformantes de la Administración Pública) y norma objetiva que lo declare como tal.

Nos encontramos frente a un derecho subjetivo público (ya que solo se ejerce frente al Estado y no frente a privados) y de índole complejo (porque confiere a su titular la posibilidad de exigir una gran cantidad de prestaciones de su contraparte) que le permite al ciudadano ejercer la pretensión de relacionarse ante las autoridades por medios electrónicos y reclamar por la falta de respeto a dicha facultad de las entidades públicas.

El centro de este derecho subjetivo es que la relación electrónica con la administración tenga su origen en el ejercicio de una facultad y no en una imposición de la autoridad, de ahí que su naturaleza voluntaria se encuentra en la base de la construcción de derecho. De este modo, es correcto afirmar que “En este sentido, el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones empleando las nuevas tecnologías es un derecho de ejercicio voluntario, (...). Corresponde a los ciudadanos la opción por este tipo de instrumentos o los medios convencionales a la hora de realizar un trámite concreto o seguir un procedimiento administrativo. Además, esta opción puede ejercitarla en cual-

quier fase de este. De este modo, la implantación de la Administración electrónica no conlleva unos efectos negativos para aquellos ciudadanos que no deseen utilizar los medios telemáticos, pudiendo seguir realizando las actuaciones ante la Administración por medio de las fórmulas convencionales. No obstante, y debido a la importancia que se le quiere otorgar al empleo de estos medios, la LAE (arts. 22 y 23) ofrece a los ciudadanos que no puedan utilizar estos medios, por cualquier causa (desconocimientos, falta de medios técnicos, etc.) la posibilidad de acceder a los servicios de la Administración electrónica a través de funcionarios públicos o de representantes”.²⁴

De este modo, habiendo esa opción, es de suyo natural que la administración deba prestar sus servicios de información, interacción y de transacción tanto de manera virtual como de manera física según sea la opción de los ciudadanos. No es compatible con este derecho, que la autoridad pretenda que, por ejemplo, algunos de sus servicios (ej. Información, pago de derechos, ingreso de solicitudes) sean concretados solamente de manera virtual.²⁵

Este derecho permite al ciudadano exigir de las autoridades decidir entre optar por el relacionamiento físico o electrónico, y que cuando decida por la modalidad electrónica pueda revocarlo posteriormente. Es como dice la doctrina especializada que “En todo caso, la proclamación del derecho a la relación electrónica comporta la facultad para el ciudadano de hacer o de no hacer, esto es, el derecho a la relación electrónica implica de suyo y como punto de partida el derecho al no establecimiento de dicha interacción electrónica”.²⁶

El centro de este derecho subjetivo es que la relación electrónica con la administración es una facultad y no una imposición, de ahí que su naturaleza voluntaria se encuentra en la base de la construcción de derecho. De este modo, habiendo esa opción, es de suyo natural que la administración deba prestar sus servicios de información, interacción y de transacción tanto de manera virtual como de manera física según sea la opción de los ciudadanos. No es compatible con este derecho, que la autoridad pretenda que algunos de sus servicios (ej. Información, pago de derechos, ingreso de solicitudes) sean concretados solamente de manera virtual.

²⁴ CARAMES, Javier Guillén; *La Administración Electrónica: ¿MITO O REALIDAD PARA LOS CIUDADANOS DEL SIGLO XXI?*, Centro PwC & Instituto de Empresa del Sector Público Madrid, Julio 2010, p. 72

²⁵ No obstante, es usual en nuestros países que algunos procedimientos tributarios y de contrataciones (ej. Subasta inversa electrónica) sean desarrollados informatizados en modo excluyente, pero mediante ley expresa.

²⁶ COTINO HUESO, Lorenzo; *Derechos del ciudadano*, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 117-234.

Este rasgo voluntario se proyecta continuamente aun cuando el administrado decide relacionarse electrónicamente con la autoridad, pues se conecta ahí con el derecho a elegir entre los canales electrónicos que se encuentren disponibles para cada concreta relación. Es decir que, en este caso, no sea la autoridad quien le imponga un determinado canal, sino que le debe ofrecer mas de una alternativa, como puede ser el Internet, vía sms, servicios de telefonía fija o móvil, entre otros.²⁷ Es decir “lo que se trata de garantizar es que existirán diversos canales de acceso a las Administraciones Públicas y que éstas no condicionan el acceso a la utilización de ninguna de ellos. En el envés de esta configuración se encuentra precisamente el derecho a la utilización de los medios o canales disponibles sin condicionamiento, por tanto, en la utilización de cada uno de ellos en el acceso a las Administraciones Públicas”.²⁸

De lo contrario se puede abrir una desigualdad o exclusión del acceso a la administración en casos de tecnologías incompatibles produciendo una división entre los que poseen unos u otros sistemas tecnológicos.

Como correlato de este derecho, estaba la obligación de las entidades a obtener los medios y sistemas electrónicos para que el derecho pueda ejercerse y ponerlos a disposición de los ciudadanos. A través de este derecho, los ciudadanos deberían poder obtener información (servicios de información o informativos), interactuar con las autoridades (servicios de comunicación o interactivos) y realizar transacciones u operaciones (servicios de transacción o transaccionales)²⁹ tal como también lo podrían hacer de manera presencial o física.

²⁷ Así la ley española establecía esta proyección del derecho en los siguientes términos: “2. Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos:

a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas.

²⁸ Documento titulado “Los Derechos De Los Ciudadanos Ante La Administración Electrónica en Europa”, p. 12. <https://administracionelectronica.gob.es/buscador-gsa/buscadorAvanzado.htm?q=derechos&busqueda=true&ticket=>

²⁹ En “La Información del Sector Público: Un Recurso Clave para Europa. Libro Verde Sobre La Información del Sector Público en la Sociedad de la Información”, afirma que los servicios del gobierno electrónico pueden desglosarse generalmente según las tres funciones principales que cumplen:

Servicios de información para recoger la información ordenada y clasificada que se solicite (como los sitios Web y demás que aportan datos a los ciudadanos en general por lo que no requieren una identificación del ciudadano).

En este sentido, este derecho tiene la particularidad de implicar para las entidades conformantes de la Administración “compromisos concretos de acciones positivas fácticas o jurídicas por las administraciones para –en interés del ciudadano– posibilitar la relación electrónica, proyectar los derechos que ya tenía reconocido el administrado, ampliar o garantizar posiciones jurídicas nuevas y propias a la naturaleza de contexto digital”.³⁰ No siendo posible para la administración aducir imposibilidad de prestarlos o cumplirlos ni hacerlo de modo que no se asegure que todos los ciudadanos puedan efectivamente relacionarse electrónicamente con ella. Del mismo modo, afrenta ese derecho, pretender que los ciudadanos queden vinculados obligatoriamente de modo electrónico únicamente sin que medie su consentimiento.

Sin ánimo de ser exhaustivos las obligaciones que para las entidades públicas se derivan de este derecho son: dotarse de los medios y sistemas electrónicos necesarios, preparar personal especializado en ello, poner a disposición de ciudadanos plataformas y programas amigables para el ciudadano, darle asistencia técnica para el involucramiento del ciudadano, brindarle servicios omnicomprendivos de información, interacción y de transacción, respetar el derecho de quienes no quieran ejercer la interacción electrónica proveyendo la opción física de relacionamiento, imponer el relacionamiento electrónico obligado de manera excepcional y ponderada, únicamente cuando razonablemente no suponga una afectación al derecho de acceso a la autoridad y de igualdad con otros administrados, pues de lo contrario estaríamos frente a un supuesto de exclusión del acceso a la autoridad.³¹⁻³²

Servicios de comunicación para la interacción entre individuos (particulares o empresas) o grupos de personas (como el correo electrónico o los foros de discusión), en los que se envían y reciben datos o informaciones individualizadas)

Servicios de transacción para adquirir productos o servicios en línea o para presentar datos (como formularios públicos o escrutinios).

³⁰ COTINO HUESO, Lorenzo; “Los derechos de los ciudadanos ante la administración electrónica”, Capítulo de Libro *Los derechos de los ciudadanos ante la Administración electrónica*” en *Actas de las I Jornadas sobre Administración electrónica*”, Aranzadi- Institut d'Estudis Autònomic de Illes Balears

³¹ Po ejemplo, en España el TSJ de Castilla y León (Sentencia No. 59/2010 de 29 de enero) anuló el artículo 5.1. de la Orden EYE/18880/2006 de Castilla de la Mancha que imponía a todos los empresarios del sector construcción que el procedimiento de inscripción en el REA se iniciase necesariamente por vía telemática a través de la página web de la Junta de Castilla y León. En dicha sentencia se afirmaba correctamente que “no puede establecerse como supuesto de hecho indubitado que todas las empresas que intervienen en el sector construcción, absolutamente todas, tienen de antemano garantizado el acceso y la disponibilidad de los medios tecnológicos precisos para realizar la comunicación de esa forma (...) y en consecuencia las dudas interpretativas que pueden suscitarse habrán de ser resueltas en el sentido de otorgar el poder de elección del

En resumen, coincidimos con señalar que “nos encontramos ante un derecho de acción positiva enunciado categóricamente, que comporta una actividad o prestación positiva determinada, un resultado obligado, pero no las vías y medios para alcanzarlo. Una mala actividad del obligado o su total inactividad pueden conducir a la vulneración de este derecho. Sin perjuicio de ulteriores precisiones, en general será fácilmente constatable la vulneración del derecho cuando no sea posible para el ciudadano establecer la pretendida relación electrónica con la Administración para cualquiera de las finalidades que se expresan”.³³

No podríamos concluir este análisis del derecho a la relación electrónica si no expresamos que su ejercicio debe estar guiado por la buena fe, ya que la administración de tan diversas opciones (relación presencial, relación electrónica y dentro de esta, cuáles son los sistemas para interrelacionarse y finalmente la revocación de la opción ya adoptada) puede hacer compleja en demasía la gestión pública. Es así, como se ha podido identificar que los ciudadanos no pueden abusar de este derecho ya que “En ocasiones, la alternatividad y el paso de la vía electrónica a la no electrónica puede ser completamente natural y habría de comprenderse en el derecho general a la relación electrónica. No obstante, la opción de la LAE, con ser positivamente garantista, puede generar disfuncionalidades, duplicidades, cargas innecesarias de trabajo administrativo y, sobre todo, usos espurios, por ejemplo, con relación a los plazos 126. Es de esperar que se trate de un temor infundado, de lo contrario se avecina una pronta reforma de la LAE”.³⁴

3. Características jurídicas del derecho a la interrelación electrónica

La doctrina especializada que ha estudiado este derecho coincide en señalar que este derecho tiene como características jurídicas: tener una configuración

medio a los interesados quienes pueden elegir si realizan la comunicación en esa forma o utilizan las vías presenciales”

³² Léase al respecto COTINO HUESO, Lorenzo; “Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, N° 26, 2011, p. 300.

³³ COTINO HUESA; Lorenzo; “Derechos del ciudadano”, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 117-234.

³⁴ COTINO HUESO; Lorenzo; “Derechos del ciudadano”, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 117-234.

legal y no constitucional, aunque se vincula fuertemente con el derecho a la igualdad de los ciudadanos que se relacionan con la autoridad y poseer una función instrumental ya que permite a quienes lo ejercen ejercer en el plano electrónico derechos administrativos que antes solo eran posibles de modo presencial.

A. *Es un derecho de configuración legal*

Nos encontramos, como muchos de los derechos previstos en las leyes de procedimientos administrativos³⁵ frente a un derecho otorgado por el ordenamiento legal ordinario al ciudadano sin prexistir alguna incorporación directa en el texto constitucional ni tampoco pertenecer a la categoría de derechos fundamentales. Al ser dado por el legislador ordinario, puede ser limitado o restringido en su extensión por normativa de la misma jerarquía. Así mismo, el legislador puede habilitar a la autoridad reglamentaria a crearle excepciones o límites si así lo considere necesario.

La relevancia de su carácter de configuración legal estriba en que siendo un derecho público subjetivo protege un interés de todos los administrados que se exige únicamente a las entidades que conforman la administración pública, a la cual para su eficacia le asigna como correlato una serie de obligaciones de prestación. En caso de transgresión o incumplimiento los mecanismos de protección serán meramente administrativos (quejas, denuncias y recursos), y finalmente, la demanda pretensión contencioso-administrativa.

B. *Es una expresión del derecho a la igualdad de los ciudadanos para acceder a los servicios y funciones públicas y evitar la infoexclusión. Democracia electrónica*

³⁵ EMBRID IRUJO sostiene que “los derechos de los ciudadanos que contiene la Ley 30/1992 son, sin embargo, meramente derechos subjetivos, otorgados por el ordenamiento jurídico del procedimiento administrativo y ejercitables, normalmente, en el curso de procedimientos administrativos. Ese carácter no fundamental lleva consigo que su desconocimiento o violación no suponga, en modo alguno, la posibilidad de apertura de ningún procedimiento judicial extraordinario de protección, ni mucho menos, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La protección de la legalidad violentada tendría lugar, en estos casos, exclusivamente por medio del recurso administrativo ordinario -en el supuesto de que procediera según las reglas de agotamiento de la vía administrativa que contiene la propia Ley 30/1992 y del recurso contencioso-administrativo ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa”. EMBRID IRUJO, Antonio; *El ciudadano y la administración (los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración según la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1996, p. 64.

Aunque se trate de un derecho de configuración legal, no podemos dejar de mencionar que su establecimiento está directamente conectado con el derecho fundamental a la igualdad entre los ciudadanos. Ello es así, porque los ciudadanos frente al empleo de los instrumentos electrónicos no solo asumen nuevos riesgos, sino que tienen distintos tipos de formación, preparación, posibilidades económicas, etc. Existen la administración no puede ser ciega a las desigualdades sociales, económicas y culturales (formativas e informativas) que impiden el acceso competitivo a la tecnología, más la imposibilidad de tener un acceso a los equipamientos y conectividad necesarias.

Por ejemplo, si se admitieran como única vía la electrónica para un determinado procedimiento se estaría favoreciendo a los mejores capacitados para ello, a quienes cuenten con mejor personal con conocimientos tecnológicos y equipamiento necesario (*software* y *hardware*, acceso a Internet, etc.), en desmedro de quienes no lo posean. Nos encontramos frente a una expresión de democracia digital que la autoridad está llamada a promover.

En esa línea, la doctrina especializada manifiesta que “en lo atinente a las personas, se debe tener presente que el establecimiento de la comunicación, el diálogo, el intercambio de información con la administración electrónica, a través del uso de las TIC’s debe ser un derecho libre de ellas, quienes deben disfrutar de la posibilidad de elegir entre comunicarse o relacionarse a través de estas o de cualquier otra modalidad existente, incluida la tradicional y en ningún caso debe considerarse una obligación o una carga, que podría terminar reforzando una nueva modalidad de exclusión, respecto de aquellas personas que no se sientan cómodas, atraídas o capacitadas –personas especiales, adultos mayores, niños y adolescentes de escasa formación o en riesgo social-, para relacionarse con la Administración, a través de las TIC’s, desarrollando de esta manera la infoexclusión”.³⁶

En ese mismo sentido, se ha pronunciado también otro sector de la doctrina afirmando “Desde el enfoque de la persona humana, entonces, corresponde reconocer un derecho a elegir entre comunicarse o relacionarse a través de los medios electrónicos o de cualquier otro medio existente (inclusive el tradicional). En ningún caso debe estimarse como una obligación o una carga para la persona (niños, personas con escasa formación o mayores), ya que debe evitarse, como hemos dicho, la “infoexclusión”³⁷.

36 HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor H.; La gobernanza, la buena administración y el Gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras”, En *Derecho Administrativo, hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Thomson Reuter, Julio, 2016, p. 326 y 7.

37 GALLI BASUALDO, Martín; “La Administración Pública Electrónica (e-administración): la aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento administrativo”, en

B. Es un derecho instrumental

Una de las características de este derecho, como ha sido plasmado en los diversos ordenamientos que lo han consagrado, es el de ser una vía o instrumento para que quien lo ejerza pueda a su vez practicar otras facultades que hasta ese momento se desarrollan únicamente en vía presencial o física. Desde esa perspectiva, incrementa las posibilidades de ejercitar otras facultades o recibir determinados servicios de la autoridad. Por ello, se afirma en la doctrina americana que “El reconocimiento de este derecho esencial para que los administrados ejerzan otros derechos, tales como el de petición pura y simple, incoar un procedimiento administrativo constitutivo para obtener un acto favorable o declaratorio de derecho, plantear una impugnación como cualquier recurso ordinario, acceder a información administrativa que consta en bases de datos o archivos, participar en los procedimientos administrativos, obtener la prestación efectiva de servicios Públicos, efectuar consultas, hacer pagos de tributos, contribuciones parafiscales, precios públicos, etc. Desde esta perspectiva, este derecho tiene un carácter instrumental, en cuanto sirve de cauce para el goce y ejercicio efectivo de otros derechos de orden material”.³⁸

Es decir, como también se ha afirmado, este derecho “configura la posibilidad para los administrados de desarrollar electrónicamente los derechos clásicos reconocidos por la LRJPAC a favor de los ciudadanos, lo que supondrá, lógicamente, que las administraciones deberán disponer de los dispositivos electrónicos o plataformas tecnológicas necesarias para permitir el cumplimiento de este derecho”.³⁹

2. El impulso opuesto: la obligación de relacionarse electrónicamente con la administración

Una constatación empírica nos lleva a afirmar que gradualmente se ha fortalecido la posición contraria a este derecho: el que la relación electrónica sea una obligación impuesta a los ciudadanos por la autoridad. Es decir que se ha migrado de una Administración que al inicio del derecho era compelida a establecer modos y formar de interrelación electrónica con los ciudadanos, a un escenario en el cual el Leviatán ahora conocedor y poseedor de tecnologías, nos impone el relacionamiento electrónico bajo sus propios cánones, reglas y sis-

Administración pública digital Revista Jurídica de Buenos Aires - año 43 - número 96 – 2018. Pedro Aberastury y Juan Gustavo Corvalán (Coordinadores), p. 83.

³⁸ JINESTA LOBO, Ernesto; “Administraciones publicas electrónicas: retos y desafíos para su regulación”, *IUSTITIA*, Año 22, N° 261-262.

³⁹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén; “El procedimiento administrativo electrónico en los ordenamientos peruano y español”, Núm. 9, *Revista del Circulo de Derecho Administrativo*, 2010, p. 97.

temas. Ciertamente es que desde siempre existió la posibilidad que la Administración impusiera bajo determinados presupuestos y garantías el relacionamiento electrónico, pero bajo forma excepcional. Hoy afirmando las causas de la modernización y de la masificación del uso de las tecnologías ya lo hace de modo alternativo y con una tendencia a extenderlo peligrosamente haciendo patente una infoexclusión notoria a grupos sociales y transfiriendo a la ciudadanía nuevos riesgos y cargas sin contar con su consentimiento. El caso de la notificación electrónica es un claro ejemplo.

Desde su inicio, la clave para el empleo de la notificación electrónica ha sido su acogimiento voluntario, lo cual es el consenso en la disciplina⁴⁰ como podemos constatar tanto en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico aprobado por los representantes de diversos gobiernos de la región, como en ordenamientos de la región como Colombia, México, Uruguay y Chile⁴¹.

⁴⁰ CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Pucón, Chile, 31 de mayo y 1° de junio de 2007)

Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007

CAPÍTULO SEGUNDO. EL DERECHO AL GOBIERNO ELECTRÓNICO

9. Los ciudadanos podrán relacionarse electrónicamente con los Gobiernos y las Administraciones Públicas, entre otros, a efectos tales como los siguientes: c. Recibir por medios electrónicos notificaciones cuando tal medio sea aceptado por el ciudadano o si el ciudadano así lo solicita.

⁴¹ En **Colombia**, la LEY 1437 DE 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevén lo siguiente:

ARTÍCULO 56. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.

En la **legislación uruguaya**, tenemos el TEXTO ORDENADO GOBIERNO ELECTRÓNICO (Actualizado y concordado al 30 de setiembre de 2014.)

Art. 225.- Comunicaciones electrónicas. - Los órganos de la Administración Central utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los interesados, siempre que éstos lo hayan solicitado o consentido expresamente.

En la **legislación mexicana**, la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, prevé lo siguiente:

Por esa peculiaridad, siempre se afirmaba que la notificación electrónica era “una opción, alternativa a la notificación convencional, cuya decisión corresponde adoptar al propio interesado, es decir, los administrados tienen libertad para decidir si quieren o no ser notificados por medios electrónicos. La elección de la forma de comunicarse con la Administración en el nuevo modelo de e-Administración corre a cargo de los administrados que serán quienes decidan voluntariamente si quieren interactuar electrónicamente con la Administración”.⁴²

De este modo, es el ciudadano quien debe analizar y decidir si se encuentra en condiciones de emplear esta nueva modalidad, si está lo suficientemente apto en el conocimiento de las tecnologías y correr los nuevos retos que ella acarrea. Solo así, procederá que se acoja a él, lo mantenga, modifique o lo cancele si así lo manifiesta de manera expresa a la autoridad, en una decisión que es perfectamente revocable cuando así lo desee. Es más, este derecho puede enriquecerse más aún, si se le permite al administrado además de optar entre la notificación tradicional y la electrónica, entre las clases de notificación electrónica de su preferencia y que le ofrezca la entidad, es decir, en una casilla administrada por la autoridad o en su propio correo personal.

No obstante, en el derecho comparado se aprecia en los últimos años, por influencia de las administraciones, la tendencia a convertir la notificación electrónica ya no en un derecho, sino en una obligación que puede ser impuesta por la autoridad a los administrados bajo el argumento de mejorar la eficacia y la

Artículo 35.- Las notificaciones, citatorios, emplazamientos, requerimientos, solicitud de informes o documentos y las resoluciones administrativas definitivas podrán realizarse:

I. Personalmente con quien deba entenderse la diligencia, en el domicilio del interesado;

II. Mediante oficio entregado por mensajero o correo certificado, con acuse de recibo. También podrá realizarse mediante telefax, medios de comunicación electrónica o cualquier otro medio, cuando así lo haya aceptado expresamente el promovente y siempre que pueda comprobarse fehacientemente la recepción de los mismos, en el caso de comunicaciones electrónicas certificadas, deberán realizarse conforme a los requisitos previstos en la Norma Oficial Mexicana a que se refiere el artículo 49 del Código de Comercio.

En el Reglamento de la N° 19799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y la certificación de dicha firma se estableció que: “Los órganos de la administración del Estado podrán relacionarse por medios electrónicos con los particulares, cuando estos hayan consentido expresamente en esta forma de comunicación” (art. 47).

⁴² MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén; Instrumentos para el acceso de los ciudadanos a la administración electrónica”, *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento* / coord. por Fernando Galindo Ayuda, Aires José Rover, 2009, p. 23.

celeridad de la acción administrativa y extender el uso de las nuevas tecnologías. Así se ha constatado, la tendencia contraria al derecho de relacionarse electrónicamente, puesto que “La legislación sigue un imparable camino hacia la imposición de las interacciones electrónicas, o más bien de desaparición de la relación presencial de la Administración con la ciudadanía, cada vez con mayores facilidades para la Administración y con menores garantías para los obligados”⁴³.

De esa manera, los administrados dejan de tener este derecho al empleo de la notificación electrónica porque se convierten en sujetos compelidos necesariamente a vincularse con la administración mediante este medio en sus procedimientos, aun cuando ello no les sea conveniente. Esta tendencia se muestra a partir de disposiciones expresas contenidas en leyes formales, por lo que se cumple con el principio de legalidad y no es impuesta arbitrariamente por la administración directamente mediante decisiones singulares.

La tendencia a la obligatoriedad de la notificación electrónica la podemos encontrar bajo dos modelos: aquel que establece la obligatoriedad del uso de la notificación electrónica en función de determinadas entidades para todos aquellos administrados que se vinculen con ellas en sus procedimientos (ej. Sistema peruano) y el otro modo, por el cual, la obligación no gira en función a determinada entidad pública, sino en función a las particularidades del administrado que se vincula con cualquier entidad con la que se vincule (ej. sistema español).

En el primer caso, la obligatoriedad se establece en función de una o más de las entidades públicas (ej. la autoridad de recaudación de impuestos respecto de todos los contribuyentes) de suerte que todas las personas que tengan que relacionarse con ella, deben hacerlo de modo electrónico. Como es obvio, esta opción tiene el riesgo de tratar como iguales a todos los administrados-usuarios de esa entidad, cuando en la realidad no son por grado de conocimiento tecnológico, edad, idioma, disponibilidad de tiempo, ubicación del domicilio físico, etc.⁴⁴

⁴³ COTINO HUESO; Lorenzo; “El Derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (Art.14 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (Art.12 LPAC). En: *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* / coord. por Severiano Fernández Ramos Árbol académico, Julián Valero Torrijos Árbol académico; Eduardo Gamero Casado (dir.) Árbol académico, Vol. 1, Tomo 1, 2017, ISBN 978-84-9143-635-5, págs. 475-531

⁴⁴ Véase al respecto, COTINO HUESO, Lorenzo; “La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y sus escasas garantías”, *Internet, Derecho y Política*, IDP Nº 26 (Febrero, 2018), 2018, “Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica”, *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, Nº 68, 2004, págs. 125-154, y “Cuando la relación electrónica con la administración es una obligación y no un derecho”, En *Hacia una Justicia 2.0: actas del XX Congreso Ibe-*

Por el contrario, en el otro modo de vinculación electrónica obligatoria es la norma la que identifica a aquellos colectivos de ciudadanos –a los que se asume que cuentan con las condiciones económicas y de conocimiento para ello– la normativa les impone el deber de relacionarse electrónicamente con todas las autoridades gubernamentales para ciertos procedimientos, dejando al resto de ciudadanos con el derecho a elegir relacionarse o no electrónicamente con la autoridad. Ese es el modelo español, cuando su norma califica dentro de estos colectivos obligados a vincularse en vía electrónica con cualquier entidad a: todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, quienes ejercen una actividad profesional de colegiación obligatoria, empleados de la administración pública, y quienes represente a cualquiera de los anteriores⁴⁵.

En nuestra opinión coincidimos en señalar que “relacionarse con las Administraciones por medios electrónicos debe seguir siendo un derecho de los ciudadanos y no una carga que les imponga la administración. Todas estas ideas responden al hecho de que el derecho administrativo ha sido, es y seguirá siendo un derecho de garantías, que no pueden reducirse en nombre de la modernización administrativa”⁴⁶.

CONCLUSIONES

1. En el contexto de una buena administración electrónica cobra singular relieve el derecho subjetivo público a relacionarse o a interactuar electrónicamente con la administración, es decir que esta vinculación sea en favor del administrado y siempre que sea voluntario.

2. Este derecho apareció en el régimen legal español y prontamente fue incorporado como *sowt law* en el Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico y de ahí, paso a ordenamientos como el peruano y el salvadoreño, aunque con matices que le afectan su potencialidad.

3. Por su contenido, este derecho permite al ciudadano iniciar o no voluntariamente una relación electrónica con la administración o mantenerla en el modo presencial y, aun cuando lo haya hecho, a poder revocarla en cualquier momento. Lo contrario a este derecho es que la autoridad imponga a los administrados el relacionamiento electrónico como canal exclusivo y bajo sus pro-

roamericano de Derecho e Informática: [Salamanca, 19-21 de octubre 2016] / coord. por Erika Yamel Munive Cortés, Irene González Pulido, Lorena Muñoz Sánchez; Federico Bueno de Mata (dir. Congr.), Vol. 2, 2016, ISBN 978-84-16324-42-2, p. 65-78.

⁴⁵ Arts. 14.3 y 41.1. Ley N° 39/15 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁴⁶ ARAGUAS GALCERA, Irene; La regulación de la administración electrónica y sus principios rectores”, *Revista Catalana de dret public*, N° 45, Escuela de Administración Pública de Catalunya, 2012.

pias condiciones, con lo cual se propicia la infoexclusión o discriminación entre los que pueden afrontar esta forma de relación y quienes no se encuentra en esa condición.

4. Como correlato a este derecho, la autoridad asume deberes como: dotarse de los medios y sistemas electrónicos necesarios, preparar personal especializado en ello, poner a disposición de ciudadanos plataformas y programas amigables para el ciudadano, dar asistencia técnica para el involucramiento del ciudadano, brindarle servicios omnicomprendivos de información, interacción y de transacción, respetar el derecho de quienes no quieran ejercer la interacción electrónica proveyendo la opción física de relacionamiento, imponer el relacionamiento electrónico obligado de manera excepcional y ponderada, únicamente cuando razonablemente no suponga una afectación al derecho de acceso a la autoridad y de igualdad con otros administrados, pues de lo contrario estaríamos frente a un supuesto de exclusión del acceso a la autoridad

5. La doctrina especializada que ha estudiado este derecho coincide en señalar que este derecho tiene como características jurídicas: tener una configuración legal y no constitucional, aunque se vincula fuertemente con el derecho a la igualdad de los ciudadanos que se relacionan con la autoridad y poseer una función instrumental ya que permite a quienes lo ejercen ejercer en el plano electrónico derechos administrativos que antes solo eran posibles de modo presencial.

Lima, enero 2021

EL CONFLICTO ENTRE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y EL GOBIERNO ELECTRÓNICO. (Caso Chile y su Departamento de Extranjería y Migración)

Julio AZARA HERNÁNDEZ*
Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN

Aunque para algunos la Revolución Industrial 4.0¹, declarada en documentos de gobierno (especialmente en Alemania), ya comenzó a partir del 2016, la realidad es que vivimos todavía la etapa final de la Tercera Revolución Industrial², la llamada revolución de la tecnología, por ello es común hoy en día que los procesos de interacción entre Gobierno y administrados sean por vía electrónica, a través de computadores, *tablets* o teléfonos inteligentes.

Esto entabla entonces una relación impersonal, lejana a la vieja práctica del papel y de la interacción humana, lo que para algunos significa un avance sustancial, que debe mejorar la prestación de los servicios y la resolución de los

* Abogado Universidad Católica del Táchira, Venezuela, 1987; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile, 2016; Título Profesional de Abogado otorgado por la Corte Suprema De Justicia Chilena, 2017; Especialista en Derecho Administrativo.

¹ El concepto Cuarta Revolución Industrial fue acuñado por Klaus Schwab, en el contexto del Foro Económico Mundial en el año 2016. Pero para algunos autores la industria 4.0 no es más que una etapa de la Tercera Revolución Industrial, quizás su etapa final, en la que la tecnología de la información se ha desarrollado a un nivel de interacción que nos lleva a la fábrica inteligente, el almacenamiento de información en la nube, el intercambio de información en forma remota, pero que por si misma no constituye una nueva era en la Industrialización.

² La Tercera Revolución Industrial es un proceso que viene definido por los cambios que se han operado en sectores tan presentes en la vida cotidiana de muchas personas, tales como las comunicaciones o la energía. Fuente <https://economipedia.com/definiciones/tercera-revolucion-industrial.html>

conflictos con el Estado, en términos claros los procesos y procedimientos de la administración deben mejorar, ser eficientes y por tanto deben satisfacer con mayor rapidez e imparcialidad las necesidades de los administrados.

Ahora bien, la pregunta que surge es ¿realmente el Gobierno Electrónico es tan maravilloso como se plantea?, las respuestas a esto son diversas y pueden depender del nivel de complejidad de la relación Administración-Administrado. En casos de trámites simples como obtención de certificados, algunos tipos de permisos o la presentación de declaraciones, a resultado eficiente, ya que la complejidad de la operación es mínima y prácticamente se circunscribe a recibir o entregar información por parte de la administración, que se almacena en servidores y se puede acceder con facilidad, tanto para “subir” como para “bajar” dicha información.

Pero, ¿qué pasa cuando esta relación es más compleja?, allí se presenta una situación diferente; al entrar en el ámbito de relaciones Administración-Administrado, en las que se involucra el llevar adelante procedimientos administrativos que planteen contradicción o incluso el posible enfrentamiento entre intereses de la Administración y de los Administrados, se hace necesaria la regulación de esa relación por vía de las normas de procedimiento que normalmente se establecen en leyes o reglamentos.

Es aquí entonces donde el conflicto surge, la informática con una dinámica de crecimiento y desarrollo exponencial y la legislación, con una lenta y compleja evolución.

Así, por ejemplo, la Ley de Moore³ sobre la expansión y crecimiento de los sistemas informáticos nos deja claro que en el transcurso de una década los sistemas informáticos van a avanzar exponencialmente, mientras que, desde el punto de vista legislativo, los procesos de formación o modificación de las leyes son lentos y pueden demorar varios años.

El conflicto entonces entre tecnología de crecimiento acelerado y legislación de procesos lentos y demorados es evidente, pero ¿cómo afecta esto al Gobierno Electrónico?, ¿cómo lo condiciona, beneficia o entorpece? y más importante aún ¿quién debe adaptarse, la Ley a la tecnología o la tecnología a la Ley?

Es a esas preguntas a las que pretendemos dar algún tipo de respuesta a través de este trabajo. No una respuesta definitiva, apenas pretendemos acercarnos a lo que podría ser esa respuesta, pero eso sí, con un planteamiento que

³ En el campo de la Informática, la denominada ley de Moore (Gordon Earl Moore), señala que aproximadamente cada dos años se duplica el número de transistores en un microprocesador, lo que conlleva a que cada dos años se incremente la capacidad de procesamiento de datos y se disminuyan los costos de producción de los microprocesadores.

no pretenda imponer criterios ni mucho menos desconocer la importancia de ambos componentes en la vida de la sociedad actual, ya que la Ley como norma de regulación de la conducta de las personas e instituciones sigue siendo fundamental para la pacífica convivencia, mientras que la informática por su parte se ha convertido en una herramienta indispensable del quehacer diario de las personas, al punto de que no se concibe la realización de las actividades diarias sin su utilización; ya hoy los permisos y salvoconductos se otorgan en forma electrónica, se firma electrónicamente con firmas simples a avanzadas e incluso se litiga judicialmente por medios electrónicos a través de plataformas web habilitadas para ello, llegando a realizarse audiencias y actuaciones judiciales por vía de videoconferencia.

En este trabajo, nos referiremos a un caso específico de implementación del Gobierno Electrónico, por parte del Departamento de Extranjería y Migración de la Subsecretaría del Interior, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile y su relación con la Ley 19.880 o Ley que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

Como punto final de esta introducción quiero señalar que, en tiempos de pandemia, se realizó el mejor esfuerzo posible por desarrollar este trabajo en homenaje a un Amigo.

CONCEPTO DE GOBIERNO ELECTRÓNICO

Ya entendiendo que la tecnología forma parte de la vida del ser humano en el siglo XXI, encontrándose presente en todos los ámbitos de su accionar diario y entendiendo que su implementación en la relación entre la administración y los administrados ha generado algo que se conoce como Gobierno Electrónico (*e-government*), se hace necesario buscar o establecer un concepto que nos permita entender a qué se refiere ese término.

De acuerdo con la Organización de Estados Americanos (OEA), se entiende por Gobierno Electrónico⁴: “el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación TIC, por parte de las instituciones de gobierno, para mejorar cualitativamente los servicios e información que se ofrecen a los ciudadanos; aumentar la eficiencia y eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación ciudadana.”

Revisando los conceptos que otras instituciones dan sobre gobierno electrónico conseguimos que:⁵

⁴ https://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_egov.asp

⁵ https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/5/39255/gobierno_electronico_anaser.pdf

“El gobierno electrónico es una innovación continua de los servicios, la participación de los ciudadanos y la forma de gobernar mediante la transformación de las relaciones externas e internas a través de la tecnología, el Internet y los nuevos medios de comunicación”. (Gartner Group)

“El gobierno electrónico se refiere al uso de tecnologías de información por parte de las agencias gubernamentales que tienen la habilidad de transformar las relaciones entre los ciudadanos, los negocios y otros brazos del gobierno” (BANCO MUNDIAL)

“El Gobierno Electrónico es el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC’s), particularmente la Internet, como una herramienta para alcanzar un mejor gobierno”. (OCDE)

Por otra parte y en términos más concretos, durante la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en el año 2007, se aprobó la Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico, la cual fue adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en ella se establece como concepto de Gobierno Electrónico⁶: “A los efectos de la presente Carta Iberoamericana se entienden las expresiones de “Gobierno Electrónico” y de “Administración Electrónica” como sinónimas, ambas consideradas como el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos. Todo ello, sin perjuicio de las denominaciones establecidas en las legislaciones nacionales.”

Esta Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, como documento rector que debía inspirar la acción e implementación de las tecnologías en la interacción Estado–Administrados, estableció siete principios que debían ser tomados en cuenta y que son: Principio de igualdad, Principio de legalidad, Principio de conservación, Principio de transparencia y accesibilidad, Principio de proporcionalidad, Principio de responsabilidad y Principio de adecuación tecnológica. Estos principios destacan una adecuación del Gobierno Electrónico al necesario respeto a los derechos de los Administrados, haciendo un énfasis transversal en dichos principios en lo relativo al respeto e implementación de los Procedimientos Administrativos establecidos en la Ley.

Así las cosas, se hace necesario también buscar dentro de la doctrina alguna definición de Gobierno Electrónico, para R. Alfaro A., G. Bustos R., A. González R. y J. Loroño A. en su obra “Introducción al Gobierno Electrónico:

⁶ CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO, consultada en: <https://documentos.serviciocivil.cl/actas/dnsc/documentService/downloadWs?uuid=6cbef843-7c70-4ab0-9985-f1f28cbbad6b>

Actores y Dimensiones”⁷, señalan que: “...es posible definir al Gobierno Electrónico o e-government como la aplicación de las TIC para lograr una administración efectiva, eficiente y transparente de todos los recursos del gobierno, así como también el acceso fácil y expedito a servicios públicos, para ciudadanos, empresas y otras entidades que interactúen con el gobierno...”.

Parafraseando a Bonham⁸, el Gobierno Electrónico se podría definir más genéricamente como la automatización de la forma de prestación de los servicios gubernamentales, tomando en cuenta que : a) se requiere el uso de las TIC, incluyendo Internet, para la distribución de información y la prestación de servicios al Administrado, sea éste persona o empresa, así como a otras instituciones de gobierno; b) prestación del servicio del Gobierno 24 horas al día, 7 días a la semana; c) la percepción de que la prestación de servicios es más conveniente y efectiva; d) es un proceso, para obtener un fin, no un fin en sí mismo; y, e) Su desarrollo debe evolucionar con las TIC e incrementando su aceptación y confianza.

De todos los conceptos antes citados, podemos determinar la existencia de elementos comunes, tales como el uso de la Internet, o el muy necesario incremento de las Tecnologías de Información y Comunicación; también la percepción de la mejor prestación del servicio o de la cercanía o de la eficiencia gubernamental. Ahora bien, la única mención que no vemos allí, en ninguno de estos conceptos, es la relativa a la legislación que debe regir la relación entre Administración y Administrado. Es importante destacar que los conceptos mencionados y la visión que los construye, da por hecho el acceso al hardware necesario por parte de los Administrados, sin reparar que el acceso a Internet en Latinoamérica es limitado, sin ser un servicio gratuito, además de que un buen porcentaje de la población carece de equipos electrónicos de comunicación e información con las capacidades tecnológicas necesarias para acceder a los sitios o plataformas de Gobierno Electrónico.

Por cierto, y creo necesario mencionar, que el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua no define significado para “gobierno electrónico”, mientras que en el Diccionario de *Oxford Languages*, si hace una definición para gobierno electrónico, como: “Conjunto de mecanismos y medidas relacionados con internet y las tecnologías de la información y la comunicación que sirven para gestionar los servicios y las notificaciones de la administración pública.”

⁷ R. ALFARO A., G. BUSTOS R., A. GONZÁLEZ R. y J. LOROÑO A. en su obra *Introducción al Gobierno Electrónico: Actores y Dimensiones*, Ediciones Universitarias de Valparaíso Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, p. 14; tomado de: http://www.euv.cl/archivos_pdf/gobierno-electronico.pdf

⁸ BONHAM, et al., 2001, tomado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/com4_uibd.nsf/BD9EB0AFF79442F705257C170009C981/\\$FILE/9711.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/com4_uibd.nsf/BD9EB0AFF79442F705257C170009C981/$FILE/9711.pdf)

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y LAS LEYES QUE LOS RIGEN

Aunque resulta extremadamente básico, se hace necesario definir qué entendemos por Procedimientos Administrativos, por lo que vamos a recurrir a la muy vieja y manoseada definición: “Conjunto de actos reglados que se realizan en forma consecutiva y ordenada y que tienen como finalidad obtener un acto o respuesta de una autoridad administrativa determinada”⁹.

De este concepto vamos a rescatar y utilizar un fragmento que nos permite avanzar en nuestra reflexión, los procedimientos administrativos están compuestos por actos reglados y ¿qué significa esto?, en términos claros y sencillos, que la secuencia de actuaciones que se realizan para obtener una respuesta de un Órgano del Estado, se encuentran regulados por normas, sean éstas de rango legal o sublegal (reglamentarias), con lo que su desarrollo, secuencia y perfeccionamiento, requieren del cumplimiento de mandatos específicos del legislador, que se constituyen en reglas o guías que van a tener como objetivo regular una relación desigual entre el poder del Estado y el débil jurídico en esta relación que es el Administrado.

Así entonces es necesario tener reglas de procedimiento, normas que regulen las relaciones entre el Estado y los Administrados, lo que nos lleva a la necesaria creación de las Normas de Procedimientos Administrativos. No es mi intención hacer aquí un estudio histórico sobre el tema, pero debo referir que la regulación moderna de los procedimientos administrativos es “bastante joven”, en comparación con otras legislaciones y más aún en cuanto a la existencia del Estado y su relación con los Administrados.

La que se conoce como la primera Ley Moderna de Procedimientos Administrativos, es la Ley Española de 1889, que si bien no era lo que hoy en día podríamos llamar propiamente una Ley de Procedimientos Administrativos, abrió el camino e institucionalizó el uso de reglas y procedimientos uniformes dentro de la Administración del Estado.

En la actualidad las leyes de Procedimientos Administrativos se han implementado en todos los países latinoamericanos, en algunos desde mediados del siglo XX o las últimas tres décadas de este, pero todas, con una influencia bastante marcada de la actual Legislación Española de Procedimientos Administrativos y de su Doctrina.

Como este pequeño estudio va encaminado a un caso específico y que se contrae a Chile y su Departamento de Extranjería y Migración, creo necesario referirme aquí a la ley de Procedimientos Administrativos Chilena o Ley

⁹ GORDILLO, Agustín; *Teoría General Del Derecho Administrativo*; Capítulo XIII; p. 453. Consultado en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo13.pdf

19.880¹⁰ (Ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado), la que es de nueva creación, ya que su iniciativa e ingreso al proceso legislativo fue en el año 2000 y su aprobación y promulgación en el 2003, con lo que en lo práctico, la ley es relativamente nueva e incluso un poco desconocida en el ámbito administrativo chileno.

Debemos señalar que algunas leyes de Procedimientos Administrativos han establecido en su articulado, en cuanto a qué se entiende por procedimiento administrativo, a ello no escapa la Ley 19.880 o Ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, al establecer en su artículo 18¹¹ que: “El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal...”.

Como ya dijimos, este trabajo se dirige a la aplicación de la Ley 19.880, por parte del Departamento de Extranjería y Migración en los procedimientos que son de su tramitación. En este sentido y como un contexto necesario debemos señalar que la migración en Chile fue relativamente baja durante el Siglo XX y hasta mitad de la segunda década del Siglo XXI, siendo a partir del año 2015¹² que se genera una explosión migratoria en el país, que excede las capacidades del órgano encargado (Departamento de Extranjería y Migración), lo que motivó la búsqueda de soluciones que agilizaran los trámites migratorios, pero que también dio cuenta del poco conocimiento sobre la aplicabilidad de las normas de procedimientos administrativos generales a los procedimientos migratorios.

Con el gran flujo migratorio y el incremento de las solicitudes de otorgamiento de visas y permanencias definitivas, el sistema empezó a colapsar, generando retardos injustificados y a la vez una diversidad de situaciones que implicaban la aplicación de la Ley 19.880, a lo que el Departamento de Extranjería se ha resistido a tal punto que al respecto debió pronunciarse la Contraloría General de la República en diversos dictámenes, el primero que conseguimos No. 45.000, fechado 28 de julio de 2017¹³ y el más reciente N° 8013, de fecha

¹⁰ <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5844/>

¹¹ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>

¹² <https://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>

¹³ Dictamen No. 45.000 de fecha 28 de diciembre de 2017, Contraloría General de la República, Chile; Tahir Mahmood Raja, reclama contra el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

07 de abril de 2020¹⁴, en este último se señaló: “...En este aspecto, es dable indicar que si bien no es obligatorio para la autoridad acceder a lo requerido, en virtud del principio conclusivo, previsto en el artículo 8° de la ley N°19.880¹⁵, la Administración debe dictar un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad, correspondiendo, asimismo, que las decisiones se adopten y comuniquen en tiempos razonables, en cumplimiento de los principios imperativos de celeridad previsto en el artículo 7° de la misma ley y de eficiencia, eficacia y rapidez a que se refieren los artículos 3°, 5°, inciso primero y 8°, inciso primero de la ley N° 18.575...”¹⁶.

Igualmente el tema de la aplicabilidad de la Ley 19.880 a los procedimientos migratorios, se judicializó con bastante fuerza a partir del año 2018, a través de recursos de amparo y de protección constitucional, quedando de manifiesto en la jurisprudencia la aplicabilidad de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos a dichos procedimientos migratorios, siendo en nuestro criterio una sentencia de referencia la dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en causa Rol 24.827-2020¹⁷, en la que se establece: “...Sexto: Que, para resolver el asunto en examen, se debe acudir a lo estatuido en la Ley N° 19.880, que regula la actividad de la Administración, estableciendo reglas y principios básicos que se deben aplicar de forma imperativa, los que sirven no sólo para colmar vacíos legales en materias carentes de regulación expresa, sino que, además, deben orientar la interpretación que la autoridad efectúe de las normas que rigen la materia propia de su competencia. Al respecto cabe subrayar que los principios normativos elementales consagrados en la referida ley de bases, que constituyen una garantía en favor de los particulares frente a la Administración, deben ser respetados en el procedimiento administrativo, y al respecto cabe reseñar que el artículo 4 de la citada ley establece cuáles son tales principios, entre los que se incluyen los de celeridad, conclusivo, economía procedimental e inexcusabilidad. En este sentido resulta útil destacar el principio de celeridad, previsto en el artículo 7, conforme al cual la autoridad debe impulsar de oficio, en todos sus trámites, el procedimiento administrativo, debiendo actuar por propia iniciativa, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su

¹⁴ Dictamen No. 8013 de fecha 14 de abril de 2020, Contraloría General de la Republica, Chile; doña Johana Cabrera Medina reclama contra el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

¹⁵ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>

¹⁶ Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado. Consultada en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29967>

¹⁷ Cusa Rol N° 24.827-2020. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Julio Pallavicini M. Santiago, 05 de junio de 2020.

pronta y debida decisión. Lo anterior resulta congruente con el principio conclusivo, consagrado en el artículo 8, que determina la necesidad de término del procedimiento con un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo, así como con el principio de economía procedimental, del artículo 9, que manda a la Administración responder con eficacia, evitando trámites dilatorios. Por último, el artículo 14 define el principio de inexcusabilidad señalando que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación. Séptimo: Que, del mérito de lo informado por el recurrido, queda en evidencia el incumplimiento de la normativa que regula la actividad de la Administración, toda vez que la autoridad respectiva ha desconocido la aplicación de los principios de celeridad, conclusivo, de economía procedimental e inexcusabilidad, en tanto ha dilatado la decisión de las solicitudes de residencia definitivas presentadas por los actores, por más de seis meses, excediendo el plazo establecido en el artículo 27 de la mencionada Ley N° 19.880...”.

Resulta interesante también para este trabajo citar la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, causa Rol 1721-2020¹⁸, que en sentencia de fecha 16 de diciembre de 2020 señaló: ”... **Undécimo:** Que, en el caso sub lite, dados los hechos establecidos, y tratándose de actos administrativos, procedente resulta tener en consideración, por ser relevante, los principios enunciados en el artículo 4 de la Ley N°19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, principios que son desarrollados en los artículos que le siguen (5 al 16). En lo que especialmente interesa, es dable indicar los siguientes: “Artículo 7°. Principio de celeridad... ..Artículo 9°. Principio de economía procedimental... **...Duodécimo:** Que junto con lo anterior y en cuanto al procedimiento administrativo mismo, que conforme con el artículo 18 de la referida Ley 19.880, es una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal, es necesario destacar su artículo 31 puesto que es fiel reflejo de los principios enunciados. Prescribe lo siguiente: “*Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos señalados en el artículo precedente y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de cinco días, subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición...*”.

¹⁸ Cusa Rol N° 1.721-2020. Pronunciado por la Corte de Apelaciones de la Serena, integrada por los Ministros don Juan Pedro Shertzer Díaz, Don Miguel Antonio Montenegro Rossi y Don Jorge Alejandro Fonseca Dittus.

GOBIERNO ELECTRÓNICO Y LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Ya hablamos del Gobierno Electrónico y de su implementación a paso acelerado, como una solución para dar agilidad a las actividades administrativas del Estado y a su vez lograr una satisfacción a las necesidades de los Administrados. Igualmente hicimos mención al Concepto de Procedimiento Administrativo y de la Jurisprudencia sobre la materia, por lo que ahora nos queda analizar la interacción entre los mecanismos de implementación del Gobierno Electrónico y la Ley de Procedimientos Administrativos.

Como ya dijimos la necesidad creciente de dar respuesta rápida a las necesidades de los administrados, ha llevado a una rápida implementación de las tecnologías de la información y comunicación. En ese proceso, los organismos administrativos han visto cómo mejora plausible el hecho de eliminar filas en las oficinas públicas, lo que no siempre se traduce en una mejora en el servicio, ya que a veces se pasa de filas físicas a filas virtuales, sin que en la realidad los procesos mejoren.

Por otro lado, la implementación de las tramitaciones vía electrónica plantea un problema particular y es la adaptación de los procesos informáticos a las normas de procedimiento administrativo, ya que al existir estas normas y los procedimientos que contemplan con anterioridad al mecanismo o plataforma electrónica, es el gobierno electrónico, el que en una lógica simple, debe adaptarse al procedimiento ya existente. Pero esto comporta una gran cantidad de problemas, comenzando por el hecho cierto de que los encargados técnicos de implementación de formas de gobierno electrónico, en muy buena parte tienen un amplio y excelente entrenamiento en materia de sistemas e informática, pero muy poca formación en materia jurídica, con lo que para estos técnicos es la norma la que debe adaptarse a las nuevas plataformas informáticas y no a la inversa.

Sobre este aspecto en particular la ya mencionada Carta Iberoamericana Sobre Gobierno Electrónico¹⁹, señala:

“Los Estados deberán prever que el derecho de los ciudadanos a emplear medios electrónicos o no emplearlos puede suponer que en un mismo expediente o conjunto de relaciones en que concurren diversos interesados puede haber quienes quieran relacionarse con medios electrónicos y quienes no lo deseen. Ello obligará a reconocer el derecho de ambos y permitir la concurrencia de modos de acceso. En esas condiciones el acceso al expediente y la toma de conocimiento del estado del mismo deberá poder hacerse por comparecencia en la oficina pública en la que se podrá exhibir a los interesados un expe-

¹⁹ CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO, página 16; consultada en: <https://documentos.serviciocivil.cl/actas/dnsc/documentService/downloadWs?uuid=6cbef843-7c70-4ab0-9985-f1f28cbbad6b>.

diente en soporte papel o, en su caso, un expediente electrónico al que se accede a través de los dispositivos que ponga a disposición del ciudadano la propia Administración en la oficina pública. También podrá hacerse el acceso de forma electrónica para los expedientes tramitados en soporte electrónico. En todo caso todo ciudadano deberá poder conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los expedientes. Con independencia de las formas de acceso a los expedientes y del mantenimiento de formas convencionales de acceso a que se refieren los párrafos anteriores, las Administraciones en las oficinas de información deberán facilitar y poner a disposición de quienes no estén familiarizados con las tecnologías de la información y las comunicaciones, o no quieran emplearlas desde sus propios domicilios y oficinas, aparatos y equipos y el apoyo de personal preparado para acceder electrónicamente desde dichas oficinas públicas. Asimismo, a través de dichas oficinas podrán acreditar su identidad los ciudadanos no familiarizados con las TIC, o que no deseen o no puedan hacerlo de otro modo, ante funcionarios públicos habilitados para ello, de modo que, aunque no cuenten con certificados de firma electrónica, se identifique su personalidad por medios convencionales y se remitan sus escritos por medios electrónicos desde la propia oficina pública de información.”

Se hace interesante aquí traer a reflexión lo señalado por el profesor Javier Barnés Vázquez²⁰, quien al hablar de la evolución del Derecho Administrativo y de los Procedimientos Administrativos nos dice: “Si el procedimiento es la “forma de hacer realidad el Derecho Administrativo”, parece evidente que habrá de evolucionar y adaptarse a esos cambios y transformaciones. La caída de las tres fronteras antes descritas determina el nacimiento de una tercera generación de procedimientos.”; las fronteras a las que hace referencia el profesor Barnés Vázquez, son: La primera es la caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional; la Segunda la permeabilidad entre las esferas pública y privada constituye un fenómeno de enormes consecuencias; y la Tercera se refiere a la incapacidad de la legislación estática y tradicional para regular los nuevos procesos, con lo que se requiere una mayor capacidad normativa de la Administración para lograr mantener las normas de procedimiento actualizadas.

De allí que surge la pregunta ¿han implementado los Estados normas sobre gobierno electrónico que permitan compatibilizar las leyes actuales con las plataformas de información en evolución?.

La respuesta a esto puede ser diversa, ya que algunos países si, efectivamente han dictado leyes de Gobierno Electrónico, pero lo cierto es que dichas

20 BARNES VÁSQUEZ, Javier, El procedimiento administrativo y el gobierno electrónico; Fundación Democracia y Gobierno local, Madrid, 2009, pp. 77-100; consultado en: www.researchgate.net/publication/280493239_El_procedimiento_administrativo_y_el_gobierno_electronico_in_Administracion_electronica_estudios_buenas_practicas_y_experiencias_en_el_ambito_local_num_12_serie_Claves_del_Gobierno_Local_Fundacion_Dem

leyes tienen como objetivo impulsar iniciativas de implementación de Tecnologías de la Información y Comunicación, más que establecer fórmulas de adaptación de las “viejas leyes” a las nuevas tecnologías.

CASO CHILE Y SU DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN

Para Chile, su preparación para el ingreso al gobierno electrónico, data de la primera década del siglo XXI, lo que curiosamente sitúa el nacimiento de la Ley 19.880 o Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (2003) casi en paralelo a la pretensión de modernización de la Administración Pública que determina el inicio de las primeras estructuras de Gobierno Electrónico; en ese sentido, podemos mencionar que la meta estratégica inicial se fijaba para el año 2010²¹; y en el marco de dicha modernización, se hacía un diagnóstico que planteaba la deficiencia del marco jurídico normativo que debía ser incompleto y no plenamente coherente por lo que se hacían necesarias reformas jurídicas completas y complejas incluyendo la eliminación de barreras a la economía digital, señalando como posibles metas o retos a lograr: la eliminación de obstáculos y el fomento de documentos y firma electrónica; normar los Títulos Ejecutivos de factura electrónica; modificación de Ley de Derechos del Consumidor para introducir derechos en comercio electrónico; actualización de la legislación en protección de propiedad intelectual. Sin que se mencione en ningún momento la adopción de medidas o modificaciones normativas relacionadas con la ya tantas veces citada Ley 19.880.

En el caso de Chile, como ya dijimos un exponencial crecimiento de la migración, llevó al Gobierno a crear una plataforma de Gobierno Electrónico denominada SIMPLE, con el fin absorber el gran número de solicitudes y poder dar respuesta a la gran masa de migrantes solicitantes.

Es así como a partir del mes de abril de 2019 esta plataforma inició su funcionamiento, señalándose una serie de fallas del ámbito informático, que hicieron necesario realizar correcciones de carácter tecnológico; hasta la fecha siguen implementándose, pero ese no es nuestro tema, ya que lo tecnológico no es nuestro campo de estudio.

A la par que los problemas tecnológicos, surgieron los problemas jurídicos, se hicieron visibles, generando críticas a los técnicos, sobre este tema, quienes a

²¹ GOBIERNO ELECTRÓNICO Y REFORMA DE LA GESTIÓN PÚBLICA: LOS RETOS DE CHILE; DOCUMENTO PREPARADO PARA EL SEMINARIO “MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN CHILE” Santiago de Chile, 16 y 17 de mayo de 2005; consultado en: http://bibliotecadigital.dipres.gob.cl/bitstream/handle/11626/12983/11_Gobierno%20Electr%C3%B3nico%20y%20Reforma%20de%20la%20Gesti%C3%B3n%20P%C3%ABlica%20-%20Los%20Retos%20de%20Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y

su vez respondieron señalando que “con algunas pocas resoluciones” que dictara la administración, “estableciendo órdenes que modificaran los procedimientos”, sería suficiente para superar los inconvenientes, dejando claro que su desconocimiento en materia jurídica no les permitía entender la preeminencia de la ley y la imposibilidad de modificarla por meros actos de la administración.

Así las cosas, un primer problema que surgió se manifestó al generarse un vacío de gestión al momento de presentarse las solicitudes y su constancia de recepción, la que en términos de procedimiento migratorio se conoce como “acogida a trámite”, ya que la plataforma no emitía certificado de acogida a trámite y éste se demoraba hasta 8 meses en ser emitido por la autoridad, lo que violaba sin lugar a duda el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 19.880²² que dice: “...Las providencias de mero trámite deberán dictarse por quien deba hacerlo, dentro del plazo de 48 horas contado desde la recepción de la solicitud, documento o expediente....”.

Esta falla no fue corregida sino hasta principios de año 2020, luego de una gran cantidad de decisiones judiciales en las que se ordenó al Departamento de Extranjería y Migración emitir el correspondiente certificado de recepción, con lo que el sistema fue adaptado a esta normativa legal y comenzó a emitir en forma automática e inmediata el certificado de recepción de la documentación, dando cumplimiento al artículo 24 antes señalado de la Ley 19.880²³ y cumpliendo además con lo establecido en el artículo 157²⁴ numeral quinto de Del Decreto 597 del año 1984 que contiene el Reglamento de la Ley de extranjeros, que nos remite al artículo 135²⁵ *ejusdem*.

²² <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>.

²³ “Artículo 24. El funcionario del organismo al que corresponda resolver, que reciba una solicitud, documento o expediente, deberá hacerlo llegar a la oficina correspondiente a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a su recepción... Las providencias de mero trámite deberán dictarse por quien deba hacerlo, dentro del plazo de 48 horas contado desde la recepción de la solicitud, documento o expediente...”; consultado en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>.

²⁴ Artículo 157°.- En general, la residencia legal en el país puede acreditarse con alguno de los siguientes documentos vigentes:... 5. Comprobante establecido en el artículo 135°...”; consultado en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=14516>.

²⁵ “Artículo 135°.- Contra la presentación de las solicitudes a que se refiere el presente Título la autoridad receptora de ellas entregará al recurrente un comprobante que certifique tal circunstancia, cuya validez será determinada de acuerdo a la solicitud de que se trate y proceso resolutivo de la misma, pudiéndose, a petición del extranjero, renovar su vigencia, si la solicitud se encontrare pendiente de resolución...”; consultado en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=14516>.

La segunda gran colisión de la Ley 19.880²⁶ y la plataforma SIMPLE, surgió una vez que el Departamento de Extranjería y Migración, empezó a emitir resoluciones de cierre de procedimientos por no haberse acompañado la documentación completa o por faltar documentación necesaria para la evaluación del trámite. Un primer acercamiento al tema dió como resultado una falla informática en la que el mismo sistema no tomaba ciertos documentos o permitía su visibilidad, error que sólo fue admitido luego de varios procesos judiciales sobre protección de derechos y garantías constitucionales, surgiendo entonces la pregunta correcta ¿por qué los administrados no volvían a subir la información y cumplían así con la exigencia legal? La respuesta era simple, el sistema no estaba adaptado a lo establecido en el último inciso del artículo 30 de la Ley 19.880²⁷: “...Los solicitantes podrán acompañar los documentos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del formulario, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan...”; pero más importante aún, la administración desconocía que estaba obligada a solicitar esta información de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 *ejusdem*: “...Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos señalados en el artículo precedente y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de cinco días, subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición...”; esto también requirió de innumerables sentencias judiciales para que al final la Administración (en este caso el Departamento de Extranjería y Migración), entendiera que la norma era de obligatorio cumplimiento y que el hecho de tramitar a través de una plataforma electrónica no le eximía de la obligación de cumplir con dichas normas. Aquí es importante señalar que la plataforma SIMPLE, no permite adicionar documentación, con lo que tratar de acompañar nuevos documentos producía como efecto el tener una nueva solicitud de trámite y dejar sin efecto la ya presentada y sólo permitiendo subsanar cuando así lo requería la autoridad, sin permitir el ejercicio de tal derecho por el Administrado.

Otro ejemplo de la falta de adaptación está precisamente en el efecto del requerimiento de subsanaciones (aplicación del artículo 31 de la ley 19.880), ya que en caso de resultar exiguo el plazo otorgado, la ley 19.880 en su artículo 26 establece la posibilidad de solicitar ampliación de plazos: “...La Administración, salvo disposición en contrario, podrá conceder, de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero...”; pero el desarrollador del sistema no tomó en cuenta tal posibilidad, con lo que a la fecha de realización de este trabajo la plataforma aún no contempla tal posibilidad y la administración se resiste sistemáticamente a su implementación.

²⁶ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>.

²⁷ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>.

Además de lo antes señalado existen otra serie de fallas o choques entre la plataforma SIMPLE y la Ley 19.880 o Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, como ejemplo tenemos la falta de implementación en la misma de lo establecido en los distintos literales del artículo 17 de la mencionada Ley: “Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:

- a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa;
- b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos;
- c) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración;
- d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley;
- e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales;
- f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución;
- g) Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente;
- h) Obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar,
- i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.”

Específicamente el administrado ve impedido el ejercicio de sus derechos en cuanto a los literales a), b), c), d), e); f) del mencionado artículo 17, ya que la plataforma no contempla tales posibilidades.

Otra norma que se vulnera en relación a la Ley 19.880²⁸, es el artículo 27, que señala: “Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.”; en el caso de la Plataforma SIMPLE y los procedi-

²⁸ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>

mientos implementados con este de Gobierno Electrónico, lejos de ser expedidos, su conclusión demora en promedio de dieciocho meses a dos años y en algunos casos hasta más, lo que además de incumplir con la ley, evidentemente es absolutamente contrario a lo que serían los principios de implementación del Gobierno Electrónico. Quizás también sea interesante señalar que este retardo y las exigencias de documentación innecesaria están reñidos con los principios de procedimiento administrativo contemplados en el artículo 4 de la ley 19.880: “El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.” (El subrayado es propio). Principios éstos que se desarrollan a partir del Artículo 5 de la misma Ley.

Por otro lado, y en cuanto a lo establecido en los Artículos 45 y 46 de la Ley 19.880, que establecen: “45°... ..Los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro... ..46° ...Las notificaciones se harán por escrito, mediante carta certificada dirigida al domicilio que el interesado hubiere designado en su primera presentación o con posterioridad.

Las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda...”; en este aspecto específico y tan relevante para la validez del acto administrativo, el sistema o plataforma SIMPLE ha presentado graves fallas, aceptadas en estrados por la Administración, consistentes en la Publicación del Oficio de notificación, en la plataforma, sin publicar junto a él la resolución que contiene el texto completo del acto, pretendiendo dar por notificados a los administrados de esta manera, vulnerando sus derechos contemplados en la tantas veces mencionada Ley 19.880.

Los aspectos aquí señalados con anterioridad no constituyen las únicas fallas de la plataforma SIMPLE, son sólo las más relevantes, las que en forma más explícita nos permiten ver cómo esta plataforma de atención de Gobierno Electrónico, que tiene como finalidad tramitar los permisos de Permanencia Definitiva a los Extranjeros en Chile, se desarrolla bajo una visión técnica, sin tomar en cuenta los aspectos jurídicos y procedimentales, que para los técnicos resultan burocráticos y obstructivos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Este tema genera muchas reflexiones y es difícil separar los pensamientos subjetivos de las reflexiones objetivas sobre el tema, sobre todo cuando hemos estado involucrados en forma directa en muchas de las acciones judiciales que han demostrado los problemas antes señalados; pero intentaremos hacerlo, intentaremos ser objetivos a fin de que resulte un aporte y no sólo una crítica.

Quisiera comenzar por hablar de los aspectos generales y las conclusiones y recomendaciones que objetivamente pueden hacerse a nivel común para todos los países y ordenamientos, para luego referirme en forma concreta a al caso de estudio (Chile), al que trataremos de aportar desde el punto de vista constructivo.

La primera conclusión a la que debemos arribar está relacionada con la pandemia y la necesidad demostrada de implantar el Gobierno Electrónico, para la continuidad en el funcionamiento del Estado durante estas épocas de confinamientos y distanciamiento social, con lo que está claro que las plataformas informáticas de atención ciudadana deben multiplicarse en los próximos meses y años. Lo que nos lleva a la necesidad de formar Abogados con competencias tecnológicas, que puedan aportar en estos nuevos procesos de creación de plataformas de *e-government*.

La segunda conclusión también está bastante clara, está relacionada con la primera y tiene que ver con la premura en la implantación de los procesos tecnológicos del Gobierno Electrónico, los que requieren de una muy importante función contralora, que permita detectar las fallas y corregirlas, evitando la reiteración de los errores o fallas, en las vulneraciones normativas, lo que permitirá avanzar con mayor rapidez en los proyectos de gobierno a distancia.

La tercera conclusión, nos lleva a que se requiere una revisión normativa extensa, vinculada a los aspectos técnicos, que permita adaptar las normas aplicables a estos procedimientos de Gobierno Electrónico, tomando en cuenta los aspectos jurídicos y de protección de derechos, todo con una visión de sinergias entre lo tecnológico y lo jurídico, entendiendo siempre que el centro de esta revisión es el ser humano.

La cuarta y última conclusión, guarda relación con los equipos de desarrollo de las plataformas del Gobierno Electrónico, los que deben ser multidisciplinarios e integrar tanto a técnicos competentes que desarrollen sistemas estables, seguros y amigables, como por Abogados que resguarden la forma en que los procedimientos deben desarrollarse, lo que permitirá minimizar las fallas tecnológicas y legales.

Por otro lado, y desde el punto de vista específico de estudio, esto es “**Caso Chile y su Departamento de Extranjería y Migración**”, quisiéramos hacer solo dos reflexiones, ya que no queremos ser excesivos sobre el tema:

En Primer lugar, quisiéramos señalar que la iniciativa de la plataforma SIMPLE es una muy buena idea y tiene un merito innegable, pero requiere de una serie de ajustes y correcciones que incorporen a sus procesos y procedimientos los principios y normativas de la Ley 19.880, con lo que sería conveniente realizar una auditoría al sistema y con la asesoría de expertos en la materia incorporar las soluciones y correcciones que son necesarias.

En Segundo lugar, es importante que el Estado Chileno, comience un proceso de actualización de las normativas que rigen la materia de procedimientos administrativos y en general de todas aquellas que pueden estar vinculadas con la implementación de plataformas de Gobierno Electrónico, lo que facilitaría los procesos de implantación de nuevos mecanismos que acerquen el Gobierno a los Administrados por vía de plataformas seguras, amistosas, pero por sobre todo ajustadas al ordenamiento jurídico.

VIII

DERECHO ADMINISTRATIVO Y TRANSPARENCIA

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE BUEN GOBIERNO

Antonio DESCALZO GONZÁLEZ

Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

I. LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La exposición de motivos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (en adelante, LTBG), indica que su aprobación supone un avance de extraordinaria importancia, toda vez que, de un lado, incorpora a una norma de este rango una serie de principios informadores aplicables al régimen sancionador al que se encuentran sujetos “todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta”.

Y, de otra parte, y según resulta de su propio título, tiene asimismo por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública estableciendo para ello un doble régimen general aplicable a todas las Administraciones públicas.

El primero, llamado de publicidad activa -al que se dedica el Capítulo II de la Ley-, impone a las Administraciones públicas la obligación de publicar en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables y, desde luego, de forma periódica y actualizada, la información relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (artículo 5 LTBG).

En segundo lugar, la Ley prevé un llamado sistema de publicidad pasiva de las mismas -compresivo del Capítulo III- al reconocer y garantizar el correlativo derecho ciudadano de acceso a la información recopilada en ejercicio de la actividad pública.

Procura entonces, desde esta doble perspectiva de la transparencia y el buen gobierno, mantener unos estándares homologables al resto de democracias consolidadas y, por tanto, dar “un paso fundamental y necesario que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia”.

La voluntad expresa de aproximarse a la normativa de los estados que junto al nuestro integran la Unión Europea no puede ocultar, sin embargo, que detrás de su aprobación hay, además, y sobre todo, una clara intención de atajar la crisis de confianza de la sociedad sobre la gestión de los asuntos públicos mediante la técnica de someter, como dice la exposición de motivos de la LTBG, la acción de los responsables públicos a un severo escrutinio, pues sólo “cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

Así que, aunque no se diga de manera expresa, el establecimiento de un sistema de transparencia y de buen gobierno es una de las respuestas a la crisis de confianza causada por los abundantes casos de malas prácticas y de corrupción que, desde hace tiempo, afectan al funcionamiento de las instituciones públicas¹. Como apunta el filósofo Byung-Chul Han, “donde domina la transparencia, no se da ningún espacio para la confianza” y, por tanto, “se apoya en el control” de todos sobre todos que permite la exposición pública permanente. Esto es, y en palabras de este mismo autor, “la exigencia de transparencia se hace oír precisamente cuando ya no hay ninguna confianza”².

Vale decir, por tanto, que la transparencia –en su doble vertiente de publicidad activa y de acceso a la información pública o publicidad pasiva– prevista en la LTBG es un instrumento capital de conocimiento de la actividad de los poderes públicos al servicio de la participación y del control que, sobre la base del artículo 105 de la Constitución, corresponde ejercer a los ciudadanos *ex* artículos 1.1, 20 y 23 de la misma norma constitucional.

¹ No puede olvidarse, sin embargo, que el fenómeno de la corrupción fue denunciado hace ya tiempo por A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

² BYUNG-CHUL HAN, *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013, pp. 90 y 91.

Contribuye de manera decidida, pues, a la mejora de la calidad democrática y a la necesaria “protección efectiva de los derechos inherentes al *status* constitucional del ciudadano”³.

Efectivamente, aunque la participación y la transparencia no aparecen mencionadas expresamente entre los principios constitucionales que rigen la organización y el funcionamiento de las Administraciones públicas recogidos en el artículo 103 de la Constitución (en adelante, CE), no cabe ninguna duda de que forman actualmente parte necesaria de su entero régimen jurídico⁴.

Así lo acredita, en primer lugar, el artículo 3.1.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), al señalar, luego de repetir el artículo 103.1 CE, que las Administraciones públicas deberán respetar en su actuación y relaciones el principio de “participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa”. Y, en segundo lugar, el artículo 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (en adelante, LPAC), al incluir entre los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas el de “acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de noviembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”. Es más, y si dejamos aparte el derecho a ser tratado con respeto y deferencia, todos los demás previstos en este artículo 13 LPAC tienen que ver con las relaciones de comunicación, participación y transparencia entre los ciudadanos y las Administraciones públicas.

Las dos leyes de 1 de octubre de 2015 enlazan, pues, con la perspectiva tradicional de la participación ciudadana en la actuación de las Administraciones públicas a la que se refiere el ya citado artículo 105 CE al ordenar la preceptiva participación de los ciudadanos en los procedimientos de aprobación de las disposiciones administrativas y luego, de manera particular, establecer la audiencia de los interesados en los procedimientos a través de los cuales deben producirse los actos administrativos.

Pero, al mismo tiempo, y como digo, la participación de los ciudadanos y la transparencia de la Administración responde hoy igualmente al doble manda-

³ PAREJO ALFONSO, L. *La vigilancia y la supervisión administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 129.

⁴ Sobre el marco teórico y constitucional de la participación ciudadana véanse, con carácter general, SÁNCHEZ MORÓN, M. “El principio de participación en la Constitución española”, *RAP*, núm. 89 (1979), pp. 171 y ss., del mismo autor, “Participación, neocorporativismo y administración económica”, en *Estudios sobre la Constitución española*, V, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3943 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, “las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, *RAP*, núm. 84 (1977), pp. 519 y ss.

to constitucional de imponer a todos los poderes públicos una acción positiva que facilite la participación en los asuntos públicos (artículo 9.2 CE) y de reconocer, en calidad de derecho fundamental, el de participar efectivamente en dichos asuntos públicos (artículo 23 CE).

No por otra razón, ciertamente, a caballo de las citadas reglas constitucionales de la participación ciudadana en los procedimientos conducentes al dictado de normas y de actos, la propia Constitución sitúa el decisivo derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos –artículo 105.b)–; materia actualmente comprendida en el llamado régimen de transparencia y buen gobierno de las Administraciones públicas, conforme expresa la ya citada LPAC⁵.

En suma, es imposible participar de manera activa en ningún asunto de relevancia pública sin contar con la necesaria información que permita un debate abierto y plural sobre las distintas alternativas a considerar. De manera que el tema de la participación y la transparencia no deja de enlazar finalmente con el derecho a recibir libremente información veraz protegido en el artículo 20.1.d) de la Constitución que, a su vez, y nuevamente, remite a los artículos 9.2 y 23 de la CE⁶ y, en definitiva, a su definición como un Estado social y democrático de Derecho, según dispone su artículo 1.

La participación en los asuntos públicos es, como bien señala la doctrina⁷, una técnica precisa, dados el crecimiento y complejidad de las tareas administrativas que exceden la pura ejecución de la Ley, para corregir, de un lado, el distanciamiento de la organización administrativa respecto del ciudadano y de

⁵ Tema que ha merecido desde hace tiempo la atención de la doctrina, véanse AUBY, J. M. “Hacia la «transparencia» de la Administración en Francia”, *RAP*, núm. 95 (1981), pp. 315 y ss.; FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M^a. *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020; GUICHOT, E. *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Global Law Press, Sevilla, 2011; MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, 2.^a edición, Civitas, Madrid, 1998; MIR PUIGPELAT, O. *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública*, Civitas Madrid, 2019; SAINZ MORENO, F. “Secreto e información en el Derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución española*, III, Civitas, Madrid, 1991.

⁶ Porque, como recuerda SÁNCHEZ MORÓN, M. citando a BURDEAU, “El principio de participación en la Constitución española”, *cit.*, p. 201, “la información es un requisito previo de la participación o, aún más, participar es, ante todo, estar informado”.

⁷ PAREJO ALFONSO, L. *El concepto del Derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 270 y 271; MUÑOZ MACHADO, S. “las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, *cit.*, pp. 528 a 534.

la realidad alimentando con ello la legitimidad de la actuación administrativa y, de otra parte, contribuye a la intensificación del conocimiento y control de la actividad pública por los ciudadanos, al margen de la actividad formalizada donde tradicionalmente comparecen en defensa de sus derechos e intereses.

No por otra razón, el acceso a la información relativa a la llamada publicidad activa es siempre abierto y libre para cualquier ciudadano. Esto es, no cabe imponer requisitos de capacidad, legitimación o postulación ni, por tanto, tampoco es admisible exigirlos sobre la acreditación de tales extremos. Antes bien, la LTBG se cuida de exigir que “será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados” (artículo 5.4 LTBG), así como que será “de acceso fácil y gratuito” (artículo 5.5 LTBG); regla que luego se enfatiza y subraya para la Administración General del Estado en los artículos 9, 10 y 11 del mismo texto legal.

Y, por lo mismo, la información pública a la que tienen acceso todas las personas aparece configurada materialmente de manera muy amplia al observar la Ley, en primer lugar, que abraza “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones” (artículo 13 LTBG) y ordenar, en segundo lugar, un ejercicio simple y sencillo del derecho, toda vez que se reduce a presentar una solicitud por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del solicitante, la información que se solicita, una dirección de contacto a efectos de comunicaciones, y, en su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada (artículo 17.2 LTBG).

Como se sabe, tales sucintos requisitos coincidían sustancialmente con los contenidos con carácter general en el artículo 70.1 de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común, texto legal en vigor cuando se aprobó la LTBG, salvo en dos aspectos de interés: de un lado, el referido a que el derecho de acceso a la información puede ejercerse sin motivación alguna (artículo 17.3 LTBG) y, de otro, que no aparece tampoco exigido de manera expresa el requisito de la firma para acreditar la autenticidad de la voluntad.

Así dispuestas las cosas, nada hacía presagiar que los requisitos de la acreditación de la identidad y de la voluntad de acceder a una información pública pudieran erigirse en un posible obstáculo formal para el ejercicio efectivo de un derecho ligado, como digo, a la calidad del sistema democrático y al *status* constitucional de los ciudadanos. Y, de otra parte, tampoco parecía posible imaginar que por razones materiales un determinado contenido pudiera quedar excluido del derecho de acceso en atención a lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición adicional primera de la LTBG, a cuyo tenor: “se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”.

Sin embargo, y conforme vamos a ver de inmediato, ambas cuestiones han sido objeto de debate con ocasión de la aplicación de la LTBG.

Por lo que hace a la primera cuestión, basta con remitirse a los informes del Defensor del Pueblo donde se afirma que si bien es cierto que en nuestro ordenamiento las solicitudes anónimas no tienen validez ni producen efectos jurídicos, pues es necesario acreditar el nombre y apellidos de la persona física o el nombre de la persona jurídica que ejerza el derecho de acceso, se hace eco de la crítica contenida en quejas recibidas en dicha Institución sobre la poca información ofrecida en el Portal de la Transparencia del Gobierno de España acerca de las vías legales para acceder a la información pública y, especialmente, del llamado Sistema Cl@ve exigido para cumplimentar la petición de información.

A juicio del Defensor del Pueblo, los pasos de ese sistema son en exceso complejos y largos, por lo que pueden resultar disuasorios y, sobre todo, aprecia que “los requisitos de registro electrónico deben referirse a la identidad, sin ninguna comprobación o actuación adicional sobre la validez del medio, puesto que la Ley de transparencia tiene por objeto, ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, conforme al principio pro acceso”. Pues, en efecto, continúa afirmando que “la norma de transparencia exige únicamente que en la solicitud queden reflejados los datos de identidad del solicitante y para esa identificación es suficiente con la indicación del nombre, apellidos y el número del DNI (se suprime la aportación de copia); corresponde a la administración verificar la identidad a través de la Plataforma de Intermediación de Datos”.

Por ello, el Defensor del Pueblo concluye a este respecto que los sistemas de registro para presentar una solicitud “deben evitar cualquier formalidad que excluya del ejercicio a titulares del derecho de acceso a la información pública, que ha de ser sencillo, ágil, efectivo y práctico”.

Juicio que sólo puede compartirse. Tanto más cuanto que, según es bien sabido, el Portal de la Transparencia dependiente de la Administración General del Estado está obligado además a incluir la información “cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia” (artículo 10.2 LTBG) y, a su vez, tanto las resoluciones dictadas donde se aplique alguno de los límites de acceso deben ser “objeto de publicidad previa disociación de los datos de carácter personal” (artículo 14.3 LTBG) como, desde luego, también son públicas por medios electrónicos las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 24.5 LTBG).

Lo que equivale a decir que entre los contenidos de la publicidad activa y el derecho de acceso como modalidades de la transparencia hay realmente una continuidad que, salvo en lo que hace a los límites de los artículos 14 y 15 LTBG, impide establecer diferencias en el ejercicio del derecho de los ciudadanos del que aquí se habla. Dicho de otra manera, más clara, no parece razonable establecer cargas legales al ejercicio del derecho de acceso —en particular, sistemas de acreditación de la identidad y de la voluntad mediante firma— cuando la vertiente de la publicidad activa carece realmente de ellos.

Es más, y en relación con la posibilidad de que tales requisitos previstos en la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, pudieran erigirse en un posible nuevo obstáculo para el ejercicio efectivo de un derecho ligado, como digo, a la calidad del sistema democrático y al *status* constitucional de los ciudadanos, cabe sostener, en primer lugar, que la transparencia de la que se viene hablando se acerca más a la categoría de la actividad no formalizada en un procedimiento - al canalizar flujos de información con los ciudadanos- que, desde luego, al estricto procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos *ex* artículo 105.c) de la norma suprema.

En efecto, y frente a lo que se dice en la exposición de motivos de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no se trata tanto aquí de establecer una regulación de las relaciones «*ad extra*» entre las Administraciones y los administrados “en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en cuya virtud se dictan actos administrativos que inciden directamente en la esfera jurídica de los interesados”, cuanto mejor, y como digo, de una relación jurídica con los poderes públicos no estrictamente formalizada y al servicio tanto del *status* constitucional de los ciudadanos como del principio democrático.

Buena prueba de esto anterior es que la propia disposición adicional primera de la LTBG distingue a la hora de su aplicación entre el régimen de acceso a la información para los interesados en el seno de las relaciones formalizadas a través de un concreto procedimiento administrativo y el ejercicio del derecho ciudadano que nos ocupa. A mayor abundamiento de esto anterior procede advertir que en la propia Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, el derecho de acceso a la información pública se encuadra en el artículo 13, del Capítulo I, de las normas generales de actuación, del Título II, sobre la actividad de las Administraciones públicas, y no, por tanto, en los títulos dedicados concretamente al procedimiento administrativo.

Supuesto esto anterior, todo apunta a considerar que los requisitos de acreditación de la identidad y de la voluntad mediante firma establecidos ahora en los artículos 9,10 y 11 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no deben ser interpretados de manera disuasoria o como un posible obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información; en particular, cuando se trata de hacerlo a través de medios electrónicos. Antes, al contrario y conforme advierte el Defensor del Pueblo, debe evitarse “cualquier formalidad que excluya del ejercicio a titulares del derecho de acceso a la información pública, que ha de ser sencillo, ágil, efectivo y práctico”.

En rigor, de la propia lectura de los sistemas de acreditación de la identidad y de la firma previstos en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, se desprende una interpretación *pro cives* en esta materia con carácter general, toda vez que, por un lado, su artículo 9.2.c) admite a efectos de la acreditación de la identidad “los sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan” y, de otra parte, el inmediato artículo 10.2.c) de la misma norma,

referido a la firma, admite “cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan”. Es más, el apartado tercero de este mismo artículo 10 dispone que “cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación contemplados en esta Ley como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados”.

Vale decir, por tanto, que la misma LPAC remite incluso a la Administración pública la posibilidad de establecer sistemas de identificación y de firma que, muy lejos de disuadir u obstaculizar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, deben ser, por el contrario, sencillos, ágiles, efectivos y prácticos.

Línea interpretativa a la que pertenece decididamente, como se sabe, la LTBG al establecer con este rango normativo y en su artículo 17.2 el derecho de todas las personas a presentar una solicitud por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del solicitante, la información que se solicita, una dirección de contacto a efectos de comunicaciones, y, en su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

De esta manera, y para concluir con este punto, cabe sostener que el sistema propio establecido en su momento para el ejercicio del derecho de acceso a la información en la LTBG no se opone realmente a las reglas de acreditación de la identidad y de la voluntad previstas en la posterior Ley 39/2015, de 1 de octubre.

La transparencia –en su doble vertiente de publicidad activa y de acceso a la información pública– en cuanto instrumento capital de conocimiento de la actividad de los poderes públicos al servicio de la participación y el control que corresponde ejercer a los ciudadanos ampara, insisto, el sistema propio de solicitud de acceso establecido en la LTBG para que, en efecto, el ejercicio del derecho “resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento”, pues contribuye de manera decidida a la mejora de la calidad democrática y a la protección efectiva de los derechos inherentes al *status* constitucional del ciudadano.

En íntima relación con todo esto anterior, y como prueba la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, ocurre igualmente que el posible carácter supletorio de las reglas de la LTBG ha suscitado dudas sobre el ejercicio del derecho de acceso al contenido de determinadas materias.

Antes de cualquier otra consideración, conviene quizás recordar el contenido íntegro de la disposición adicional primera de la LTBG para una mejor explicación:

“1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

2. Se registrarán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.

3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización”.

II. EL RÉGIMEN COMÚN Y BÁSICO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE BUEN GOBIERNO Y LA APLICACIÓN RESTRICTIVA DE SU CARÁCTER MERAMENTE SUPLETORIO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 1.565 /2020, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020, RECURSO DE CASACIÓN 4614/2019, COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES CONTRA EL CONSEJO DE LA TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO Y EL SOLICITANTE DE LA INFORMACIÓN

De esta manera, y conforme resulta del fundamento de derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo número 1.565/2020, de 19 de noviembre de 2020, recurso de casación 4614/2019 (en adelante, STS de 19 de noviembre de 2020), el asunto debatido consiste en determinar si la previsión contenida en la disposición adicional primera de la LTBG -que hace referencia a un régimen jurídico específico de acceso a la información- es aplicable:

“en relación con las disposiciones contenidas en la Ley del Mercado de Valores y, en concreto, en relación a la regulación contenida en los artículos 238 y 2758 de dicha norma que según sostiene la Comisión, ha de considerarse como un régimen jurídico específico de acceso que excluye o relega el derecho al acceso a la información en los términos previstos en la Ley de Transparencia, o por el contrario, como sostiene el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, ésta última norma resulta de plena aplicación al caso de autos”.

En efecto, para la entidad recurrente en casación, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), procede revocar la previa Sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de abril de 2019 (recurso de apelación 75/2018), con la anulación, no parcial sino íntegra, de la resolución de 18 de septiembre de 2017, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), estimatoria de la reclamación de un ciudadano que solicitó a la CNMV el “texto completo de las resoluciones administrativas sancionadoras cuyos fallos se han publicado en

8 Preceptos donde se regulan los registros públicos relacionados con el mercado de valores, la publicación en la página web de la CNMV de las sanciones publicadas en el BOE y en el registro mercantil, así como la atribución a la Comisión de competencias especiales en materia de publicidad de las sanciones.

el BOE respecto a Popular Banca Privada, SA (BOE de 31 de diciembre de 2016) y Banco Popular Español SA (BOE de 10 de agosto de 2016)”.

En breve síntesis, la recurrente en casación sostiene que denegó la información solicitada por entender que la Ley del mercado de valores contiene una regulación específica y un régimen propio de acceso a la información, razón por la que las previsiones de la LTBG no resultaban aplicables, en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera de esta última norma. En particular, la Comisión invoca el contenido del artículo 248 de la Ley del mercado de valores, relativo al secreto profesional y que señala “las informaciones o datos confidenciales que la CNMV u otras autoridades competentes hayan recibido en el ejercicio de sus funciones relativas a la supervisión e inspección previstas en estas leyes no podrán ser divulgadas a ninguna persona o autoridad”.

Por el contrario, tanto el CTBG como el solicitante de la información se oponen al recurso de casación interpuesto de contrario sobre la base de las siguientes consideraciones.

A juicio del solicitante de la información, la Comisión Nacional del Mercado de Valores no diferencia debidamente entre el régimen de la publicidad activa y el derecho de acceso de la LTBG. Argumenta, en particular, que “los registros públicos que pueda tener la CNMV no constituyen ningún régimen jurídico específico de acceso a la información, sino un régimen jurídico específico de publicidad activa. Aduce igualmente que “el deber de confidencialidad se refiere a las informaciones recibidas no a las emitidas, y que la normativa europea autoriza expresamente la entrega de la información solicitada”.

En su escrito de oposición, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno alega, de nuevo en breve síntesis, que “la CNMV es el organismo encargado de la supervisión de los mercados de valores en España, y como tal, está sujeta a la Ley 19/2013, en virtud de lo dispuesto en el art. 2.1 c)”. En relación con el deber de confidencialidad alegado por la CNMV, recuerda la interpretación reiterada del CTBG sosteniendo que “del hecho de que una materia, en este caso el secreto profesional respecto a la información confidencial se encuentre regulada en una norma específica no convierte a ésta en una normativa que regule el acceso a la información para los ciudadanos, a los efectos de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013. La interpretación contraria conduciría a considerar que cualquier norma por la que se regulara una materia específica, en este caso el deber de secreto de la entidad respecto a los datos confidenciales que deba tratar en su ejercicio de investigación sería de aplicación preferente respecto de la Ley 19/2013 que, como hemos indicado, es la norma general y básica en materia de acceso a la información pública y como tal ha de ser considerada”.

En opinión del Consejo, “no toda la información que obtenga o genere la CNMV en ejercicio de sus funciones tiene el carácter de confidencial como parece entender dicho organismo, pues debe darse la naturaleza de confidencial en información concreta y ésta debe haber sido recibida por la CNMV”. En

conclusión, “la norma alegada por el recurrente tan solo señala con carácter general que la información confidencial no puede ser entregada a terceros, cuestión muy distinta a que la resolución administrativa entera sea confidencial y que se establezca un régimen de acceso a esta. De acuerdo al criterio interpretativo mencionado, la norma no contiene una regulación específica de acceso a la información por más que pueda regular el deber de secreto profesional respecto a la información confidencial como así también sus abundantes excepciones, en consecuencia, deberá ser de aplicación la Ley 19/2013”.

Dispuestas, así las cosas, el Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia de 19 de noviembre de 2020, resuelve la cuestión suscitada en el recurso de casación con arreglo al siguiente razonamiento aquí brevemente extractado.

Por de pronto, la Sentencia recuerda que en lo referente al acceso a la información pública, la LTBG “se constituye como la normativa básica transversal que regula esta materia y crea un marco jurídico que complementa al resto de las normas”, de tal suerte y manera que “las previsiones de esta norma tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletorias, cuando otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”.

Por ello, razona de seguido,

“Como dijimos en la precedente Sentencia de 11 de junio de 2020 (RCA 577/2019) el desplazamiento de las previsiones contenidas en la Ley 19/2013 y, por lo tanto, del régimen jurídico general previsto en dicha norma, en todo lo relativo al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades existentes en un ámbito o materia determinada, creando así una regulación autónoma en relación con los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse”.

Supuesto esto anterior, el Tribunal Supremo procede a su aplicación al caso ahora enjuiciado estimado que:

“el examen de las invocadas disposiciones de la Ley del Mercado de Valores llevan a considerar que si bien en ella se incluyen un conjunto de preceptos que regulan ciertos aspectos de la información que debe de suministrar y publicar la CNMV desde la perspectiva de la transparencia activa, es lo cierto que de dichos artículos no se desprende la realidad de un régimen específico completo sobre el acceso a la información o transparencia pasiva, que desplace el general en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

Es más, considera que

“no cabe apreciar la incompatibilidad intrínseca que la parte sostiene en el régimen de la LTAIBG y la regulación del acceso a datos confidenciales contemplados en la LMV. Esta última norma garantiza la confidencialidad con las excepciones especialmente señaladas en línea con la normativa europea pero, por su parte, la LTAIBG regula de forma completa y general el derecho de acceso a la información pública, siendo así que no resultan irreconciliables, pudiendo afirmarse que la LMV viene a establecer un régimen singular que comprende las limitaciones de acceso a la información por motivos de confidencialidad y la LTAIBG prevé el régimen general de acceso a la información o transparencia pasiva”.

Y concluye afirmado que

“La LMV contiene una regulación reforzada de publicidad activa que incumbe a la CNMV en lo que se refiere a la existencia de registros y publicidad de las sanciones así como contempla el secreto profesional y prevé limitaciones por la confidencialidad en el acceso a determinada información empero, aparte del reconocimiento de estos extremos sobre transparencia activa y el carácter de ciertos datos o informaciones, no cabe interpretar que establezca un régimen jurídico independiente y autónomo de acceso a la información o transparencia pasiva en aquella información que puede interesar y obtener el solicitante, que haga inaplicable el previsto en la Ley de Transparencia y Buen Gobierno conforme ex DA.1º.2. En fin, las previsiones de la LMV no regulan de forma completa el acceso a la información y no puede ser considerada como una regulación alternativa y especial que contemple de forma separada, el derecho de acceso a la información pública”.

Resuelta así la controversia concreta objeto del recurso de casación planteado, la Sentencia establece luego, en su fundamento de derecho cuarto, la siguiente relevante doctrina jurisprudencial:

“debe afirmarse que las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno, por lo que respecta al régimen jurídico previsto para al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la Disposición Adicional Primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Ello exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse.

La Ley del Mercado de Valores, contiene una regulación sobre la confidencialidad de ciertas informaciones y otros aspectos, pero no contiene un régimen específico y alternativo que desplace el régimen general de acceso a la in-

formación contenido en la Ley 19/2013, ni limita o condiciona el acceso a la información en materias en las que no se encuentren protegidas por la confidencialidad”.

Hasta aquí la cita, la larga cita de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sobre el régimen común y básico de acceso a la información pública de la LTBG y, como se ha visto, la interpretación claramente restrictiva de su carácter meramente supletorio de la que, por todo ello, considero de cierta utilidad dar noticia en el presente trabajo.

Desde luego, puede convenirse en la acertada doctrina del Tribunal Supremo de establecer ciertos límites y requisitos para que el régimen general de acceso a la información pública previsto en la LTBG pueda ser desplazado en un ámbito determinado, tal y como permite la peligrosa disposición adicional primera apartado segundo. Peligrosa, en efecto, por su ambigua redacción que la convierte, ciertamente, en un auténtico caballo de Troya capaz de arruinar el sistema general de transparencia administrativa por toda una serie de regulaciones especiales, cargadas de obstáculos y excepciones al ejercicio y tutela de un derecho ciudadano de participación y control en la actividad pública⁹, como acredita la actuación de la CNMV en el asunto enjuiciado en la STS de 19 de noviembre de 2020.

Por de pronto, procede destacar la exigencia de que sea “otra norma de rango legal” la que establezca el régimen propio y específico capaz de desplazar al previsto en la LTBG, toda vez que la redacción de la disposición adicional alude imprecisamente a una “normativa específica” que podría dar lugar a pensar en una regulación de naturaleza simplemente reglamentaria.

Con esta exigencia formal, la doctrina jurisprudencial sigue la línea establecida en el artículo 1.2 LPAC donde, como es sabido, se ordena que “solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley”. Con

⁹ Los riesgos de la peligrosa redacción de la disposición adicional primera LTBG fueron puestos de manifiesto tempranamente por la doctrina experta en la materia: FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M^º. *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 55; GUICHOT REINA, E. «Transparencia: aspectos generales», en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 53 y 54; BARRERO RODRÍGUEZ, C. “La disposición adicional 1.3^º del proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información”, *REDA*, núm. 158 (2013); CASADO CASADO, L. “Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental”, *RVAP*, núms. 99-100 (2014), p. 823.

lo cual, y como se prevé en este mismo precepto, las disposiciones reglamentarias quedan para establecer “especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.

En rigor, esta reserva de Ley para poder establecer un régimen especial en materia de acceso a la información pública deriva del propio tenor literal del artículo 105.b) de la CE a cuyo tenor, como se ha dicho, corresponde a la Ley regular el “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”.

Así las cosas, todo apunta a considerar que la solución establecida por el Tribunal Supremo conduce a incluir el procedimiento alternativo del derecho de acceso a la información pública entre las materias a la que se refiere la disposición adicional primera de la LPAC para las cuales se admite, como también se sabe, que “los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales”.

Ocurre, sin embargo, que en la STS de 19 de noviembre de 2020 no hay una reflexión concreta acerca de los límites que esa posible norma especial de rango legal debe observar, en todo caso, en atención al doble título de “bases de régimen jurídico” y de “procedimiento administrativo común” que ampara la regulación del derecho de acceso a la información pública previsto en la LTBG y, todavía más, de los límites derivados de ser una Ley que responde cabalmente a la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos según, respectivamente, el artículo 149.1. 18 y 1 CE¹⁰.

Esto es, en la doctrina jurisprudencial anotada se subraya correctamente, como se ha visto, que el desplazamiento de la LTBG “exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse”. Pero, insisto, nada se apunta en ella sobre la necesaria garantía en esa “regulación alternativa” del tratamiento común ante el ejercicio del poder público que anima, como un objetivo fundamental, a los títulos recogidos en el artículo 149.1.1 y 18 del texto constitucional.

Dicho de otra forma, y aunque no se diga expresamente en la doctrina jurisprudencial examinada, parece procede reflexionar muy sumariamente sobre el marco común y básico que debería respetar esa norma de rango legal que

¹⁰ En efecto, con arreglo a la disposición adicional octava, y en lo que aquí interesa, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública de la LTBG se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1. y 149.1.18. de la Constitución.

incluya un régimen propio y específico del derecho de acceso a la información a luz de las reglas de procedimiento administrativo común y de las bases de régimen jurídico que, como digo, amparan a la LTBG.

Al respecto, y aunque ya se ha mencionado anteriormente, conviene recordar que, por un lado, el artículo 13.d) de la LPAC dispone, entre los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas, el relativo al “acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto” en la LTBG y el resto del ordenamiento jurídico. Y, de otra parte, que conforme al artículo 3.1.c) LRJSP las Administraciones públicas deberán respetar en su actuación y relaciones el principio de “participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa”.

Por lo que hace al contenido del “procedimiento administrativo común”, cabe anotar que la actual LPAC sigue apegada al modelo histórico de entender la actividad administrativa *ad extra* como una actuación unilateral dotada de autotutela y formalizada para la producción de resoluciones que inciden en la esfera de los ciudadanos¹¹. En este modelo el procedimiento se identifica con el cauce formal de los trámites y actuaciones que deben cumplirse para llegar a la decisión final sobre el fondo del asunto.

Como ya sucediera en la Ley de procedimiento administrativo de 1958, la importancia y relevancia otorgada a la resolución determina, como contrapartida, que la regulación de la formalización del *iter* procedimental sea en extremo flexible en cuanto a la realización de los trámites o actuaciones establecidos, así como abierta a la realización de otras actuaciones sin exigir un excesivo rigor formal y, por tanto, que su posible incumplimiento tampoco tenga, en principio, una especial trascendencia jurídica para la validez o eficacia de la ulterior resolución.

En la LPAC, así como también en la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹², cabe afirmar, en efecto, que el principio ha ganado, si cabe, mayor fuerza en virtud de la diversidad a la que conduce la competencia estatal sobre la regulación del procedimiento administrativo común contenida en el artículo 149.1.18 CE. Pues, al margen de las flexibles reglas indicadas al órgano competente para que cumpla en cada caso el *iter* procedimental con el facultativo «podrá», admite luego, como se ha dicho, diferencias que dan lugar a la exis-

¹¹ PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 682; y también del mismo autor, “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público*, núm. 1 (2020), p. 7.

¹² FANLO LORAS, A. “Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción”, en *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 218 a 223.

tencia de procedimientos especiales¹³, así como de meras especialidades o singularidades dentro del marco de las garantías comunes y generales de los ciudadanos frente a las Administraciones públicas¹⁴; diversidad que incluso, y como dice la exposición de la LPAC, “no afecta a los trámites adicionales o distintos ya recogidos en las leyes especiales vigentes, ni a la concreción que, en normas reglamentarias, se haya producido de los órganos competentes, los plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, las formas de iniciación y terminación, la publicación de los actos o los informes a recabar, que mantendrán sus efectos”.

El punto de partida para llegar a esta situación es, desde luego, la noción aceptada del “procedimiento administrativo común” según la cual, y conforme expresa la STC 55/2018, de 24 de mayo, habilita en favor del legislador general estatal la aprobación de “normas establecidas con carácter general y abstracto, para toda suerte de procedimientos” [STC 45/2015, FJ 6 c)]. En particular, los principios y reglas que “definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración” (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32). Aunque también abarca normas no estrictamente procedimentales, como las que “prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento” (STC 227/1988, FJ 32).

De esta manera, y según establece la doctrina, el objeto de la materia es la regulación de lo común, esto es, “de los institutos jurídicos necesarios a toda actividad administrativa unilateral que, debiéndose desarrollarse por un cauce procedimental, esté dirigida a producir actos jurídicos”, y, por tanto, “con entera independencia de la configuración concreta de dicho cauce, es decir, del procedimiento en cada caso”¹⁵.

¹³ Entiendo aquí por procedimientos especiales los regidos directamente por una normativa propia y específica, al modo y manera del apartado segundo de la disposición adicional primera de la LPAC, donde se admite expresamente su carácter meramente supletorio.

¹⁴ Especialidades o singularidades sujetas no obstante a las reglas y principios de la LPAC y que, si se quiere, admiten un doble grado entre las que establecen trámites adicionales o distintos y las que implican, más sencillamente, una concreción o detalle de sus reglas, conforme se distinguen en el artículo 1.2 LPAC a los efectos de su regulación por Ley o reglamento, respectivamente.

¹⁵ PAREJO ALFONSO, L. “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 29 y 31.

Vale decir, por tanto, que el procedimiento administrativo común está ligado a la necesaria garantía de un tratamiento común de los ciudadanos ante el ejercicio del poder público que admite, sin embargo, diferencias en la configuración concreta del procedimiento en cada caso mediante trámites adicionales o distintos o especialidades sobre la competencia de los órganos, los plazos propios, las formas de iniciación y terminación, así como sobre la publicación e informes a recabar. Diferencias en la forma final del procedimiento que se cierra en cada caso concreto con la distinta utilización por parte del órgano competente del amplio arsenal de instrumentos jurídicos que tiene a su disposición para la finalidad perseguida¹⁶.

Dicho de otra manera, las normas sobre procedimiento administrativo común no deben ser necesariamente comunes a todos los procedimientos administrativos, pero sí deben ser comunes a todos los procedimientos de la misma categoría o tipo, esto es, en los que la relación jurídico-administrativa se traba, estructura y desarrolla de forma similar¹⁷.

Pues bien, sobre la base de esto anterior puede afirmarse que el acceso a la información pública constituye una relación jurídica-administrativa entre el ciudadano y el poder público administrativo en cuyo procedimiento administrativo, sea cual sea el sector o materia sobre la que recaiga, hay normas que deben ser comunes al formar parte de una misma categoría o tipo de procedimiento.

En otros términos, y volviendo a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 19 de noviembre de 2020, cuando en ella se afirma que la LTBG puede ser desplazada por una norma de rango legal que incluya “una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse” considero, sin embargo, que dicha “regulación alternativa por las especialidades” no puede establecer, por ejemplo, que los sujetos legitimados tengan que aducir un determinado derecho o interés legítimo en el asunto, pues ello iría en contra de la regla común prevista en el artículo 17.3 LTGB donde se prevé que “el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información”. Así como tampoco sería posible que esa regulación alternativa no estableciese un régimen de control administrativo contra las resoluciones dictadas por la Administración concernida, pero, por el contrario, y al amparo tanto del artículo 23 LTBG como del actual artículo 112 LPAC, nada impediría que la regulación alternativa pudiera disponer un procedimiento propio y específico de impugnaciones.

¹⁶ FANLO LORAS, A. “Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción”, *cit.*, p. 219.

¹⁷ VAQUER CABALLERÍA, M. “La codificación del procedimiento administrativo en España”, *RGDA*, núm. 42 (2016), pp. 23-28.

O, como sucede en el caso del acceso a la información en materia ambiental, que el sentido del silencio fuera estimatorio de la solicitud en lugar de la regla del silencio negativo prevista en el artículo 20.4 LTBG.

Es más, y conforme anota la citada STC 55/2018, de 24 de mayo, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra varios preceptos de la LPAC por supuesto desbordamiento de las competencias estatales previstas en el artículo 149.1.18 CE, en relación con las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” de lo que se trata en última instancia es de “establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas” (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3); esto es, los principios y reglas básicos sobre los aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las administraciones públicas, garantizando un régimen jurídico unitario para todas ellas (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 24) e incluyendo “las potestades administrativas que se confieren a dichas entidades para el cumplimiento de sus fines” (STC 227/1988, FJ 24).

En suma, la garantía de un tratamiento común ante las Administraciones es “el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia” de manera que “la densidad de las bases podrá ser tanto mayor cuanto más directa sea la finalidad de garantizar un trato común a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. No cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a la esfera de derechos e intereses de los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación (STC 50/1999, FJ 3)”.

Por consiguiente, y ya para concluir, esta idea de la garantía de un tratamiento común ante el ejercicio del poder público que luce como un objetivo fundamental en ambos títulos competenciales del artículo 149.1.18 del texto constitucional creo que se encuentra reflejada en la regulación de la transparencia -en su doble vertiente de publicidad activa y de acceso a la información pública- prevista en la LTBG en cuanto instrumento capital de conocimiento de la actividad de los poderes públicos al servicio de la participación y el control que corresponde ejercer a los ciudadanos. Y, por tanto, la norma de rango legal que incluya un régimen propio y específico debe respetar su regulación básica y común al servicio de la calidad democrática y a la protección efectiva de los derechos inherentes al *status* constitucional del ciudadano.

LA TRANSPARENCIA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS EN ESPAÑA Y SUS LÍMITES

Alejandro CANÓNICO SARABIA*
Profesor en la Universidad de Margarita

I. LA TRANSPARENCIA Y LA PUBLICIDAD EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

El principio de transparencia, junto con la buena administración¹, se constituye en un principio fundamental, universal, global y transversal, en el seno de la administración pública, que obliga a los órganos y entes del sector público a estar y ser abiertos a la exposición pública. Como lo señala RAZQUIN LIZA-

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Margarita y en la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de La Coruña. *Magister Scientiarum* en Historia Regional. Abogado. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Coordinador Nacional de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. email: *canonico1511@gmail.com*

¹ El principio fundamental del derecho a la Buena Administración se desprende del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), luego que el Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo, lo fuera perfilando a través de sus dictámenes y sentencias. Posteriormente la anterior disposición inspiró el Código de Buena Conducta Administrativa de la Unión Europea, dirigido a las instituciones y a los órganos de la Unión Europea, aprobado por Resolución del Parlamento Europeo del 6 de septiembre de 2001, constituyéndose en un instrumento de concreción del comentado principio fundamental. Sin embargo, con más certeza se presenta la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, aprobada en la reunión del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), el 10 de octubre de 2013, en la cual se define tal principio como un verdadero derecho humano y lo descompone en una serie de derechos que lo integran y que por lo tanto forman parte indisoluble de su esencia y naturaleza.

RRAGA, “...deben ser espacios de cristal en los que el ciudadano pueda mirar en todo momento cómo se efectúa la gestión de los asuntos públicos”².

En la actualidad nadie duda que la transparencia deba estar presente en todas las fases de las actividades de los órganos y entes que ejercen el Poder Público, así como de cualquier entidad que gestione asuntos públicos; y es que, tanto los organismos internacionales como los propios estados han apostado a este principio, como parte sustancial de la noción de democracia, con el objeto de garantizar la eficiencia en la gestión pública, proteger los derechos de los ciudadanos, preservar el interés general y, al mismo tiempo, para disminuir los índices de corrupción que se puedan verificar en las actuaciones de estos órganos.

La Administración en ejercicio de sus atribuciones, garantiza el principio de transparencia, si desarrolla una actividad de planificación previa que justifique su accionar, estableciendo racionalmente los motivos, las circunstancias, los procedimientos y los objetivos a alcanzar en los asuntos que acometa, que debe necesariamente hacerlos público, esto quiere decir, de fácil conocimiento de todos; si además establece mecanismos adecuados para solicitar y rendir cuentas, y si genera espacios o vías de comunicación para mantener informada a las personas, sobre sus órganos, funciones y actividades en general; garantizando la participación ciudadana. Es por ello que se afirma con propiedad que la aplicación efectiva del principio de transparencia está vinculada indisolublemente con otros principios que informan la gestión pública, como la publicidad, la planificación, la objetividad, la honestidad, la rendición de cuentas, la eficiencia, la seguridad jurídica y la buena fe.

Cabe destacar que el principio de transparencia no aparece expresamente previsto en el texto de la Constitución española, ni el derecho fundamental al acceso a la información pública; sin embargo se ha reconocido su vigencia y aplicabilidad a partir de la interpretación de los artículos 20, 23 y 105 del texto constitucional, que consagran el derecho de las personas a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio, el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos de forma directa y el derecho de acceso a los archivos públicos. Por otra parte, el derecho de acceso a la información si se reconoce expresamente en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)³, conjuntamente con el derecho fundamental a la libertad de expresión y de información, previsto en el artículo 11 del mismo instrumento jurídico comunitario.

² RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María. *El derecho de acceso a la información pública*. Instituto Vasco de Administración Pública. San Sebastián 2015 p. 29.

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=DE>

En la actualidad el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública en España se encuentran regulados en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG)⁴, donde se desarrollan con carácter general las obligaciones de publicidad activa que deben cumplir las Administraciones y entidades públicas, a partir del reconocimiento del derecho de ámbito subjetivo y objeto de acceso a la información y en fin, donde se establecen las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir las autoridades públicas, a los fines de garantizar la transparencia en la actividad pública, con lo que se refuerza esta obligación pública, que ya estaba prevista en algunas normas sectoriales.

A partir de esa norma, se observa que la transparencia como obligación estatal, se manifiesta en dos sentidos: i. La transparencia activa o publicidad, en la cual la Administración tiene que actuar y publicitar información sin que se lo demanden los ciudadanos, se constituye en una obligación de los órganos y entes públicos que consiste en exhibir y poner a la disposición de todos, la mayor cantidad de información relevante; ii. La transparencia pasiva: manifestada a través del derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, supone la exigencia de las personas a obtener la información requerida, que maneje la autoridad correspondiente. Ambas manifestaciones se interrelacionan y complementan, para entender que debe existir un cumplimiento integral y efectivo del principio instrumental y garantista de la transparencia en la gestión pública.

En virtud de lo anterior, conviene destacar la íntima relación entre la manifestación activa y la manifestación pasiva del principio de transparencia. La transparencia activa es un presupuesto del derecho de acceso a la información. Cuanta más transparencia activa, o sea, cuanta más facilidad e información pública y relevante ofrezcan los entes u órganos públicos, menos documentación tendrán que pedir las personas mediante la presentación de solicitudes de acceso a la información.

Normalmente los ciudadanos piden aquello que la entidad pública no ha facilitado directamente o correctamente. En virtud de lo anterior se ha reconocido que una buena página web institucional o un buen portal de transparencia es una excelente vía preventiva para evitar el incremento de solicitudes de acceso a la información. Precisamente en la comentada LTAIBG se determina certeramente la información relevante que debe ser objeto de publicidad, enumerando de forma ejemplificativa diversos supuestos que agrupa en tres grandes epígrafes: información institucional, organizativa y de planificación

⁴ Publicada en el BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, y disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>. Previamente lo podíamos observar en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hoy derogada por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015.

(art.6), información de relevancia jurídica (art. 7) e información económica, presupuestaria y contable (art. 8)⁵.

Específicamente en el ámbito de las contrataciones públicas los mencionados principios deben operar con igual profundidad y trascendencia, para garantizar la claridad, honestidad, eficiencia, la competencia, la seguridad jurídica y la mejora sustancial e integral en la gestión de los operadores del sector público, dentro de los parámetros objetivos de la buena administración.

Observamos como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo LCSP)⁶, se inscribe en esta corriente, desde su artículo 1, al insistir en que la contratación del sector público debe ajustarse a los principios de publicidad y transparencia; y en el artículo 132, donde se reafirma la necesidad de transitar por el camino del cumplimiento de los requisitos de publicidad y la transparencia, para garantizar la concurrencia, la igualdad y la no discriminación, a los fines de favorecer la libre competencia, lo que contribuiría a la reducción de los costes y el aumento de la calidad de los productos, servicios y obras; con el agregado final de disminuir los actos de corrupción, porque hace más visible los trámites administrativos y permite un mayor control, tanto jurídico como social⁷.

Las anteriores normas se encuentran relacionadas con lo dispuesto en el artículo 13 de la citada LTAIBG⁸, que expresamente señala que la transparencia en el ámbito de la contratación pública es aplicable a todos los contratos, y dispone cuál debe ser el contenido de la información pública de los contratos que ha de constar en un espacio diferenciado del portal de la transparencia, que en el caso específico de las compras públicas lo ejerce la Plataforma de Contratación del Sector Público.

⁵ RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María. *El derecho de acceso ... Ob. cit.*, p. 35

⁶ Publicada en el BOE núm. 272, el 9 de noviembre de 2017.

⁷ Así lo ha indicado claramente la jurisprudencia, en el entendido que sin previa publicidad de la contratación no existiría tampoco concurrencia (STS, de 17 de octubre de 2000, Sala 3era., Sección 7ma.); por otra parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública contratante se asegure de que tales principios son respetados (STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*).

⁸ Publicada en el BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, y disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>. Previamente lo podíamos observar en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hoy derogada por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015.

Efectivamente, el principio instrumental de la transparencia, determina que toda la información esté suficientemente clara, precisa y a disposición de los licitadores, desde el anuncio de la licitación, pasando por las especificaciones en el pliego de condiciones y las precisas reglas del juego público implícito, con el objeto de que todos los participantes, y los ciudadanos en general, estén debidamente informados de los proyectos que adelantan los poderes adjudicadores y sus condiciones específicas de celebración y ejecución, lo que genera, por una parte que los licitadores tengan muy claras las reglas para participar, y por la otra, permite efectuar un control jurídico y ciudadano sobre la gestión y la inversión de los recursos públicos.

1. *La relación entre el derecho de acceso a la información, la publicidad y el principio de transparencia*

En el artículo 28.2 de la LCSP se define como uno de los objetivos de la garantía del principio de eficiencia en la contratación pública, la promoción de la participación de las pymes en la contratación pública, y el acceso sin coste a la información relativa a las compras públicas, en los términos previstos en la propia ley; garantía que debe imperar para todos los operadores económicos que decidan participar en los procedimientos de contratación, sin distinción ni discriminación. La norma parte evidentemente de la situación adversa que le produciría a los operadores económicos, la falta de información oportuna y de calidad sobre el proceso de contratación, siendo determinante para su efectiva participación en el mercado de las compras públicas.

No obstante, ese derecho de acceso a la información como licitador o participante en un procedimiento de contratación pública, se desprende de la interpretación de los principios de publicidad, transparencia y libertad de acceso que consagran las Directivas europeas y que se reafirman en el citado artículo 1 de la LCSP; a diferencia del derecho a la información pública que tienen todas las personas y que representa un derecho humano previsto en distintos instrumentos internacionales, y constituye un derecho fundamental recogido en la Constitución Española⁹.

Este derecho últimamente ha sido desarrollado en términos generales, salvando los precedentes autonómicos, en la LTAIBG, y dentro de la noción am-

⁹ Vid. Artículos 20.1.d) y 105b) de la CE, que consagran el derecho a la información de la siguiente forma: “Artículo 20. 1. *Se reconocen y protegen los derechos: (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*”. Artículo 105. *La ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.*”

plia de transparencia se le otorgó una posición de trascendencia para la valoración de los estándares de un buen gobierno y, en definitiva, para el correcto funcionamiento del sistema democrático en general¹⁰. Se hace referencia a las anteriores normas, debido a que aun cuando no obedezcan exclusivamente al ámbito de las compras públicas, la regulación que aportan basada en principios generales y en la garantía de derechos fundamentales, penetra e influye en todo el ordenamiento jurídico, incluyendo la contratación pública; por lo tanto deben ser observadas por las Administraciones públicas y, en el caso que nos ocupa, por los poderes adjudicadores o contratantes, para respetar y garantizarle ese derecho fundamental que poseen todas las personas a estar informadas sobre los procedimientos en general de la contratación pública que llevan a cabo los poderes adjudicadores; mientras que el derecho a la información que poseen los licitadores, aplicable en las compras públicas, se refiere a los documentos contractuales, y se desprende específicamente del principio de publicidad contractual¹¹.

Garantizarle a los operadores económicos, el acceso a la información pertinente sobre la oportunidad de negocios en el ámbito de las compras públicas resulta de absoluta importancia para, en primer lugar, preservarle ese derecho fundamental previo a estar informados; segundo, para brindarle la posibilidad cierta de su participación en dichos procedimientos licitatorios, y por último, a

¹⁰ Resulta conveniente señalar que previo a que se adoptara la LTAIBG, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el convenio núm. 205, de 27 de noviembre de 2008, sobre acceso a los documentos públicos, el cual, aun cuando España no lo ratificó expresamente, resultó determinante para la ordenación del derecho de acceso a la información pública en la LTAIBG: Fernández Ramos, Severiano y Pérez Monguio José María, (2017) El derecho al acceso a la información pública en España, Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 35

¹¹ Ver Resolución N° 47/2013, de 30 de enero, del TACRC, mediante el cual afirma que en materia de contratación pública priva la ley de contratos por sobre a ley general de transparencia, de siguiente forma: “Por tanto, la pretendida vulneración del derecho a acceder al expediente no puede ser analizada desde la perspectiva de la aplicación de los principios generales del ordenamiento jurídico-administrativo que la recurrente invoca, sino partiendo de la regulación concreta de la publicidad de la información que se contiene en el régimen de la contratación del Sector Público, y que se concreta en la verificación del cumplimiento de la obligación de información impuesta por el artículo 151.4 del TRLCSP”. [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%20C3%B1o%202013/Recurso%200006-2013%20\(Res%2047\)%2030-01-13.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%20C3%B1o%202013/Recurso%200006-2013%20(Res%2047)%2030-01-13.pdf) consultada el 20 de octubre de 2018. En esa misma línea de razonamiento ver: Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública. Disponible en: [https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organos Consultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/R12014.pdf](https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organos%20Consultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/R12014.pdf) consultada el 20 de mayo de 2017

partir de lo anterior, para que puedan seguir contribuyendo al crecimiento sostenible de las economías nacionales o comunitaria.

En esa misma línea de razonamiento, se encuentra el *ut supra* citado artículo 28.2 de la LCSP, al regular la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, y luego de reiterar el exhorto a las entidades del sector público para velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecer la agilización de trámites, valorar la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación y promover la participación de la pequeña y mediana empresa; destaca con mucha fuerza la importancia de garantizar el acceso sin coste de los operadores económicos a la información vinculada a las compras públicas, ya que sin información resulta cuesta arriba lograr la concurrencia, además que esa obligación de transparencia que poseen los poderes adjudicadores se transforma al mismo tiempo en un útil mecanismo para controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación¹².

A partir de esta disposición, la LCSP, dispone de una serie de acciones que deben implementar los poderes adjudicadores para garantizar el acceso a la información de los operadores económicos en las compras públicas, dentro del contexto de los principios de publicidad y transparencia. Teniendo como única excepción a estos principios, las razones de confidencialidad, de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 133 de la LCSP, que analizaremos más adelante.

2. Contratación pública electrónica y transparencia

En el cumplimiento de la garantía de este derecho de acceso a la información de los operadores económicos, jugará un papel preponderante el empleo de los medios electrónicos y su constante mejoramiento y evolución. Lo anterior es reconocido en las Directivas Europeas, en las que se reforzaron las medidas de acceso a la información dentro de las compras públicas, por las que se clamaban desde la doctrina y desde los pequeños y medianos empresarios. En ese sentido, se observa en los considerandos 52 y 55 de la Directiva 24/2014/UE, cómo se apuesta por los medios de información y comunicación electrónicos para simplificar la publicidad de los contratos, aumentándose la eficiencia y la transparencia, y con ello se busca elevar las posibilidades de los operadores económicos para participar en el mercado interior de los procedimientos de contratación, siempre y cuando se estandarice y se haga obligatorio el uso de los formatos electrónicos, poniendo a disposición del público, por medios electrónicos los pliegos de contratación, generando una comunicación totalmente electrónica en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de soli-

¹² Véase sentencia del TJUE del 06 de abril de 2006, asunto: C-410/04, caso: ANAV vs *Comune di Bari*, especialmente el apartado 21.

citudes de participación y, en particular, la presentación electrónica de las ofertas. Por otra parte, en el considerando 126 de la misma Directiva, se determina que la trazabilidad y la transparencia en la toma de decisiones en los procedimientos de contratación pública son fundamentales para garantizar unos procedimientos adecuados e íntegros, por lo que deben mejorarse los sistemas electrónicos gestionados por la Comisión para la publicación de los anuncios.

Y precisamente en materia de anuncios, la Directiva 24/2014/UE insiste en la necesidad de que los poderes adjudicadores den a conocer sus intenciones de contratación a través de los anuncios de información previa; informen sus convocatorias a licitaciones por medio de los anuncios de licitación; e informen los resultados de los procedimientos de contrataciones a través de los anuncios de adjudicación de contratos. En términos generales, los citados anuncios deberán ser enviados a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y publicados por el poder adjudicador en su perfil de comprador o perfil de contratante (en los términos de la legislación española)¹³. Con los anteriores ejemplos dejamos constancia que para el legislador europeo el tema del acceso a la información, la publicidad y el principio de la transparencia, es un asunto transversal y por lo tanto fundamental, característicos de las compras públicas en la actualidad, con lo que pretende asegurar además el principio de la libre competencia.

Definitivamente la incorporación decidida de la tecnología y los medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de contratación pública, dan un impulso mayor y facilitan el cumplimiento de los principios de publicidad y de transparencia. La LCSP representa un ejemplo de esa apuesta firme por avanzar hacia la utilización de la tecnología de la información y comunicación, para facilitarles la participación y el control de las personas en estos procesos¹⁴. Una serie de normas avalan tal postulado, y especialmente el artículo 347 de la LCSP que regula la necesaria plataforma electrónica que deberá poner a disposición de todos los órganos de contratación del sector público, la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública, para permitir la difusión de sus perfiles de contratantes por internet, entre otros servicios complementarios asociados.

¹³ Sobre la obligación de los anuncios y la forma de publicación se puede consultar los artículos 48 al 55, y los Anexos V y VIII de la Directiva 24/2014/UE.

¹⁴ En el marco de la administración pública electrónica en general, el preámbulo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 236, de fecha 02 de octubre de 2015, expresamente establece que: “...en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. (...) En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados.”

3. *Es determinante que la publicidad sea adecuada*

Ahora bien, para que el principio de transparencia sea efectivo y garantice correctamente los postulados de la Unión Europea (UE), referidos especialmente a la unidad de mercado y al libre acceso de los licitadores, la publicidad debe ser de manera adecuada, con el objeto de que permita abrir la competencia a la mayor cantidad de operadores económicos posibles, sin fragmentar el mercado¹⁵. Es por ello que se apuesta a la unificación y universalización del perfil del contratante a través de una plataforma de información uniforme, para así evitar colocar “...barreras de entrada a nuevos operadores económicos”, como lo afirma GIMENO FELIU¹⁶. Recordemos que sin publicidad adecuada o sin información, no existe transparencia, y por lo tanto, se elimina la posibilidad de la amplitud del acceso de los participantes, con lo que se disminuye la oferta y por lo tanto la calidad de las contrataciones.

Si se logra de manera sincera el cumplimiento del principio de transparencia y específicamente el respeto por los adecuados mecanismos y requisitos de publicidad, a través de la unificación de los criterios y perfiles de los contratantes, se estaría en sintonía perfecta con la intención del legislador europeo al producir las últimas directivas en materia de contratación pública, pensando en la unidad del mercado, con la finalidad de proteger a las economías de cada uno de los estados miembros de la UE. Sólo de esta forma se garantizaría una mayor concurrencia colaborativa de los operadores económicos en los procedimientos de contratación pública, y así el acceso efectivo y posible de las pymes en ellos.

¹⁵ Vid. STJUE de 29 de abril de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta Spa, C496/99 P, Rec. P. I-3801, apartado 111. Recuperada de: https://contratodeobras.com/images/Sentencia-TJCE-Asunto-C-496-99-P_CAS-Succhi-di-Frutta-SpA.pdf; y STG (Sala Octava) de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea, apartado 48: “*Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate*”. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133182&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=2752839>.

¹⁶ GIMENO FELIU, José María. *Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante*. Observatorio Contratación Pública (ObCP). 2013. Recuperado de: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.93/relicategoria.121/reلمenu.3/chk.0fe789768ad34784c3d04cd3f37f7a9f>.

Como se ha afirmado antes, los principios de transparencia y de igualdad de trato han sido suficientemente tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de manera reiterada y constante, prueba de ello es la STJUE, de 16 de septiembre de 2013, asunto: T-28/2013 AJ, FK contra Comisión Europea; más reciente la STJUE (Sala Sexta), de 2 de junio de 2016, asunto: C-27/15, Pippo Pizzo y otros vs. CRGT srl.¹⁷, apartados 37, 49, 50 y 51, en donde se estableció que los principios de transparencia e igualdad de trato exigen que los requisitos de fondo y de forma en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, estén definidos claramente por anticipado y que sean hechos públicos, especialmente las obligaciones que recaen sobre los licitadores¹⁸. No obstante, lo anterior, en el supuesto que un requisito inexorable para participar en el procedimiento de contratación pública no esté expresamente establecido en los documentos de la contratación y ese requisito sólo puede identificarse mediante una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional, el poder adjudicador puede conceder al licitador un plazo suficiente para regularizar su omisión. Con lo que no se estaría vulnerando ni el principio de transparencia, ni el principio de igualdad de trato, pues bien, estaría garantizándose la seguridad jurídica en el mismo.

4. *El cumplimiento de la obligación de publicidad a través del perfil de contratante*

Uno de los instrumentos principales para asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a los distintos actos y fases de la tramitación de los procedimientos vinculados a los contratos públicos, y por lo tanto para la garantía del derecho de acceso a la información de los operadores económicos, y principalmente de las pymes, está constituido por el perfil de contratante¹⁹, que no se trata de una novel creación de la vigente LCSP,

¹⁷ La STJUE (Sala Sexta), de 2 de junio de 2016, asunto: C-27/15, Pippo Pizzo y otros vs. CRGT srl. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179463&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=441811>. Consultada el 23 de septiembre de 2018.

¹⁸ Se recomienda consultar adicionalmente la STJUE, de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros, C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94, apartado 32.

¹⁹ “...perfil de contratante y portal de transparencia son herramientas distintas, con distintos objetivos y distinta configuración jurídica, destacando que la publicidad en el perfil tiene en muchas ocasiones efectos jurídicos, mientras que esto no ocurre en ningún caso con el portal de transparencia. Así mismo el perfil está dirigido a los licitadores y está dotado de funcionalidades adaptadas a ellos (como puede ser el sistema de alarmas sobre aquellos procedimientos en los que esté participando) mientras que el portal de transparencia se refiere a la información de contratos ya adjudicados y en un repositorio histórico de dicha información.” Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma

debido a que ya aparecía en el régimen legal anterior²⁰, sin embargo aparece actualizado en la nueva ley que se comenta²¹.

El perfil de contratante es el elemento electrónico que agrupa la información y los documentos relativos a la actividad contractual de los órganos de contratación, el cual deberá alojarse en los portales de internet de los poderes adjudicadores (Art. 63 LCSP)²². La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos u otros documentos contentivos de condiciones de contratación, así como en los anuncios de licitación en todos los casos, indicando con precisión la dirección electrónica de su ubicación. La difusión del perfil de contratante no obstará para la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así lo establezcan las normas. Siempre con el objeto de asegurar la transparencia, el ahorro y el acceso público a la información necesaria²³.

ma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública. Disponible en: <https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/R12014.pdf> consultada el 20 de mayo de 2017

²⁰ Se encontraba previsto en el artículo 53 del derogado TRLCSP

²¹ “...el perfil del contratante es, sin lugar a dudas, el instrumento central de la publicidad general de los órganos de contratación y del que puede decirse que ya tiene un cierto “arraigo” en el ámbito de la contratación administrativa” (Alberto Palomar Olmeda (2018), “Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa,” en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona, p. 179).

²² Véase Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 72/08, de 31 de marzo de 2009, donde se expresó: “El perfil del contratante es un medio de difusión por internet de la diferente información de los contratos que se genera en los órganos de contratación y que tiene su origen en el denominado “perfil del comprador” que se regula como instrumento de publicidad en la Directiva 2004/18/CE que en su anexo VIII, sobre especificaciones relativas a la publicación, apartado 2, letra b), indica la función que se le asigna mencionando que puede incluir anuncios de información previa, información sobre las licitaciones en curso, las compras programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados y cualquier otra información útil de tipo general, como, por ejemplo, un punto de contacto, los número de teléfono y de telefax, una dirección postal y una dirección electrónica.”

²³ Se recomienda consultar: RASTROLLO SUAREZ, J.J. y GARCÍA JIMÉNEZ, A. “Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”, en *Observatorio de los Contratos Públicos. Número Monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de la contratación pública (X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Aranzadi, Pamplona, 2015. p. 373; para quienes: *No cabe duda alguna de que el perfil de contratante se ha convertido en un instrumento muy útil en los*

En la regulación del perfil de contratante, también se establece que el acceso a la información en el contenido debe ser de acceso libre, no requiriendo identificación previa, con lo que se garantiza aquel derecho de acceso a la información, libre y sin coste para las pymes, que ordena el artículo 28.2 de la LCSP. Por lo tanto, toda la información contenida en los perfiles de contratantes se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante al menos un periodo de tiempo de 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores, previa solicitudes específicas de información por interesados²⁴. Específicamente dichos perfiles se alojarán en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Según se interpreta de la normativa vigente, la información que deberá ser incorporada en el perfil de contratante, se clasifica en: a. La información general sobre la contratación administrativa (Art. 63.2), y b. Los documentos propiamente contractuales (Art. 63.3). La información general que deberá estar a disposición de todos los interesados en el perfil de contratante estará referida a la información de tipo genérica que puede utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación como puntos de contacto, números de teléfono, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación y modelos de documentos. Esta obligación de información general, no sólo se desprende del artículo 63.2 de la LCSP, además se infiere del contenido de los artículos 6 y 8 de LTAIBG²⁵, a través de los cuales se determina la información general que deben suministrar las Administraciones Públicas para cumplir con la garantía del principio de transparencia, y de lo que no escapa la contratación pública en particular²⁶.

últimos años, dando buena muestra de los beneficios de la contratación pública electrónica en términos de ahorro y transparencia.”

²⁴ Con relación a este punto se puede observar lo establecido en la LCSP, específicamente en su artículo 63.1.

²⁵ Así lo señala PALOMAR OLMEDA: “...la documentación general se sitúa en el plano de la transparencia y las obligaciones generales que establece la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.” (Alberto Palomar Olmeda (2018), “Marco general de la utilización de medios tecnológicos...” *op. cit.* p. 180.). En el mismo sentido se pronuncia SUBIRANA DE LA CRUZ, S., “Instituciones específicas”, en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona, 2018. p. 269).

²⁶ Según el artículo 6 de la LTAIBG, en cuanto a la información institucional, organizativa y de planificación, se debe publicar lo siguiente: “1. Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación, así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional. 2. Las

Por su parte, en cuanto a los documentos propiamente contractuales, y siguiendo el orden normativo de la LCSP, se puede resumir la información relativa a los contratos que deberá incorporarse en el perfil de contratante, según la siguiente relación²⁷:

a. La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente²⁸.

b. El objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el IVA.

c. Los anuncios de información previa²⁹, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, los anuncios de modificación y su justificación, los anuncios de concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos, con las excepciones establecidas en las normas de los procedimientos negociados sin publicidad³⁰. Igualmente se deberán pu-

Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijan objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.” (...) Mientras que en el artículo 8, al regularse la información económica, presupuestaria y estadística, se obliga a publicar lo siguiente: “I. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.” (...)

²⁷ Vid. Artículo 63.3 De la LOCSP.

²⁸ Se recomienda consultar adicionalmente el artículo 116 de la LCSP que guarda relación con este apartado al referirse al expediente de contratación y su publicidad.

²⁹ El contenido de la información debe ser el previsto en el Anexo III A Sección 1 de la LCSP.

³⁰ Se recomienda consultar adicionalmente los artículos 116 134, 135, 151, 154, 156, 159,161, 178, 207, 220 y 224 de la LCSP que guarda relación con este apartado.

blicar las comunicaciones a los licitadores para subsanar errores de las declaraciones responsables³¹.

d. Los medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.

e. El número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, la información a los interesados, invitación a participar y aclaratoria de pliegos, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato³².

f. Igualmente serán objeto de publicación en el perfil de contratante la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto del procedimiento, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de esos recursos.

g. La publicación de la información relativa a los contratos menores, que deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores

³¹ Véase Informe 5/2013, de 16 de diciembre, sobre comunicación a los licitadores del trámite de subsanación de defectos. Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en el que estableció: "...dada las características de la plataforma de contratación como instrumento de información sobre los contratos públicos se recomienda que esta se utilice como único medio con efectos legales para la comunicación de subsanación de defectos, sin perjuicio de la utilización de otros medios adicionales para su difusión. 2.- La mesa de contratación debe fijar el lugar donde se ha de hacer entrega de la documentación objeto de subsanación, sin que en este trámite sea de aplicación la opción de licitador de hacerlo mediante correo con anuncio al órgano de contratación previsto en el artículo 80.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/informe-5-2013.pdf consultada el 21 de octubre de 2020.

³² Los artículos 138, 149, 151 y 326 de la LCSP guardan relación con lo señalado en este apartado. La obligación de publicación en el perfil de contratantes no exime al órgano de contratación de su obligación de comunicar directamente a los licitadores de los asuntos que le conciernen dentro del procedimiento de contratación pública, como lo señala el artículo 155 de la LCSP.

fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores (Art. 118.3, 154.4 LCSP y Art. 8.1.a LTAIBG).

h. Deberán ser objeto de publicación en el perfil de contratante, asimismo, los procedimientos anulados³³, la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios. En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios (Art. 63.5 LCSP)³⁴.

i. La formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido, serán objeto, asimismo, de publicación en el perfil de contratante. Adicionalmente deberá publicarse la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros. Similar a lo planteado para los contratos menores, la información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio.

k. Se deberán publicar en el perfil de contratante, las consultas preliminares del mercado, antes de iniciarse; donde se identifique el objeto de la consulta preliminar, cuándo se iniciará ésta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en ella. Asimismo, se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados³⁵.

II. LÍMITES AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

1. *La confidencialidad como excepción a la obligación de publicidad*

Como estudiáramos en el punto anterior la publicidad es un principio que garantiza la transparencia, la concurrencia, la libertad de acceso de los licitadores y la libre competencia, por lo que se convierte en un principio fundamental

³³ Como lo afirma PALOMAR OLMEDA, “Se trata de una prescripción de información de notable importancia en aras de la transparencia de la actuación administrativa en materia de contratos que se asocia, adicionalmente, a uno de los objetivos centrales de la LCSP como es la lucha contra la corrupción.” PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Marco general de la utilización de medios tecnológicos...” *op. cit.*, 2018. p. 188.

³⁴ *Vid.* Artículo 326 de la LCSP.

³⁵ *Vid.* Artículo 115 de la LCSP.

en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, la obligación de darle publicidad al procedimiento de contratación tampoco es absoluta, posee límites razonables, como el mismo principio de transparencia que tiene ciertos límites. El límite principal del principio de publicidad lo constituye la protección o el respeto de la confidencialidad.

El postulado de respeto de la confidencialidad en las compras públicas está vinculado al derecho integral a la libertad de empresa, que según el artículo 38 de la Constitución Española (CE) debe ejercerse dentro de una economía de mercado³⁶, constituyendo la defensa de la competencia un presupuesto y al mismo tiempo un límite de dicha libertad, evitando las prácticas que puedan perjudicar la concurrencia entre empresas³⁷.

Adicionalmente, la confidencialidad se encuentra reconocida como un derecho fundamental a partir de la interpretación del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que señala: “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: (...) b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial”.

Ahora bien, en el ámbito de las contrataciones públicas, donde se encuentran en juego importantes cantidades de dinero, de origen público o privado, el respeto por la confidencialidad reviste una transcendencia particular, debido a que los operadores económicos al presentar sus ofertas exhiben información interna, privilegiada y confidencial, relacionada, muchas veces, con secretos técnicos, profesionales o comerciales, que no desean ni deben compartir por razones estratégicas. Y por su parte, los poderes adjudicadores, frecuentemente poseen ciertas informaciones clasificadas sólo para el consumo de los participantes de los procedimientos de contratación.

Cabe destacar que las reglas comunitarias tuvieron en cuenta tal situación, y mantuvieron la regulación de la confidencialidad como excepción a la publicidad, si se parte de que su filosofía regulatoria está basada en la libre competencia y en la innovación. Por tal motivo, en el artículo 21 de la Directiva

³⁶ CE “Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Según la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, dictada por el Tribunal Constitucional español, en esta disposición constitucional se garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, con sus excepciones lógicas y razonables.

³⁷ Sobre estas nociones se recomienda consultar: SSTC 1/1982, 88/1986, 208/1999, de 11 de noviembre y STC 71/2012, de 16 de abril.

2014/24/UE, se reconoce la confidencialidad desde su doble aproximación, esto es, desde la perspectiva del derecho del licitador o participante, en el apartado 1; y en el apartado 2, desde la perspectiva de la facultad del poder adjudicador.

Con vista en el derecho de los operadores económicos, el poder adjudicador no podrá divulgar la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas, salvo que se disponga de otro modo en las normas europeas o en las normas nacionales o locales, a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores³⁸.

Por otra parte, los poderes adjudicadores podrán imponer a los licitadores requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que aquellos les proporcionen durante el procedimiento de contratación pública, para asegurar tal información estratégica y por lo tanto, preservar el interés general. En idénticos términos se reguló la confidencialidad, como limitación del principio de publicidad, en el artículo 133 de la LCSP, donde además se agregó que los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta.

El carácter de confidencialidad afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores³⁹.

³⁸ Sobre el necesario equilibrio que debe existir entre el principio de publicidad de la contratación pública y la confidencialidad, se pueden consultar la Resolución del TACRC N° 710/2014, de 26 de septiembre, y la Resolución del TACRC N° 863/2014, de 20 de noviembre de 2014.

³⁹ STJUE (Sala Tercera), de 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06, Varec SA/Bélgica apartados 34, 35, 36 y 37: “34. *El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).* 35. *Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.* 36. *Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras*

Sin embargo, el deber de confidencialidad no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario, ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación, únicamente podrá abarcar los documentos o los puntos de ellos, que tengan una difusión restringida.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato; debido a que esta información forma parte de la garantía general del principio de transparencia. A todo evento deberá respetarse lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LPDCP)⁴⁰ y en el artículo 90 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD)⁴¹, como veremos seguidamente.

Se establece un plazo de cinco años, salvo que el contrato o los pliegos concedan uno mayor, dentro del cual el contratista deberá respetar la confidencialidad de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato, a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal.

2. Límites a la publicidad que imponen las normas de protección de datos

Como se mencionará antes la LPDCP y el RGPD, establecen una serie de normas y procedimientos encaminados a proteger los datos personales de las

cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores. 37. Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores.” <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0450> consultada el 27 de octubre de 2017. Este criterio fue asumido por el TACRC, en su Resolución N° 19/2016, de 15 de enero de 2016.

⁴⁰ Publicada en el BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750> consultada el 25 de octubre de 2020

⁴¹ Recuperada de: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62016R0679)

personas físicas, generando limitaciones al principio de transparencia en la gestión pública, de lo que no escapan los procedimientos de contrataciones públicas⁴².

Las citadas normas consideran que la protección efectiva de las personas físicas y sus derechos de la personalidad, en relación con el tratamiento de sus datos personales, se constituye en un derecho fundamental, lo que se desprende de la interpretación del apartado 1 del artículo 8 de la CDFUE⁴³, y del apartado 1 del artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). No obstante, y por aplicación del principio de proporcionalidad, el derecho a la protección de datos personales no representa un derecho absoluto, “...*sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales*,...”; partiendo de la premisa que el tratamiento de los datos de las personas físicas debe estar concebido para servir a la humanidad⁴⁴; adicionalmente, el conflicto particular que se pudiera presentar entre la vigencia de la transparencia y la protección de los datos personales generaría un ejercicio de ponderación, que se pudiera inclinar por la preponderancia del interés general⁴⁵. En fin, lo que se persigue con la implementación de las normas que regulan la protección de los datos personales, es generar seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos, al mismo tiempo que se protege un derecho fundamental.

En virtud de ello, y de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del RGPD, el tratamiento de los datos personales debe cumplir con las siguientes premisas o postulados: i. Licitud, lealtad y transparencia; ii. Limitación de la finalidad original; iii. Principio de minimización de datos; iv. Exactitud; v. Limitación del plazo de conservación; y vi. Principio de integridad y confidencialidad.

⁴² Recuperado de: <http://concepcioncampos.org/contratacion-y-proteccion-de-datos-especial-referencia-a-la-firma-electronica-nota-informativa-12019-jcca-cataluna/>

⁴³ “Artículo 8. Protección de datos de carácter personal 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

⁴⁴ *Vid.* Considerando 4 del RGPD.

⁴⁵ *Vid.* STS de 9 de marzo de 2015, mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia español, ante la revelación de datos de interés público contenidos en expedientes administrativos, ha establecido la preeminencia del derecho a la información sobre el derecho a la protección de datos, optando por la publicidad de los gastos de representantes políticos.

En primer lugar, los datos deben ser tratados de forma lícita, leal y transparente, debido a que el principio de transparencia obliga a que toda información y comunicación relativa al tratamiento de los datos de las personas físicas debe ser de fácil acceso al interesado y sencilla de entender; lo que implica integralmente que las personas deban tener conocimiento adicional de los riesgos, las normas aplicables y los derechos relativos al tratamiento de sus datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento que de ellos se den.

Los datos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no deben ser tratados ulteriormente de manera incompatible con los fines originales⁴⁶. La limitación de la finalidad quiere decir que en virtud de que los datos se obtienen para una finalidad específica, lo que justifica realmente su tratamiento, luego de cumplir con el objetivo inicial, no pueden ser utilizados para unos fines distintos a los originalmente concebidos, salvo las excepciones expresamente referidas relativas al interés público. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios⁴⁷.

En correspondencia con la limitación de la finalidad, mencionada anteriormente, se nos presenta el principio de minimización de datos, que consiste en el uso restringido de los mismos; esto quiere decir que los datos personales deben ser tratados de forma adecuada, pertinente y limitados a lo estrictamente necesario en relación con los fines para los que fueron obtenidos; lo que hemos denominado personalmente, el empleo exhaustivo de los datos.

Por otra parte, la característica de la exactitud y actualización de los datos vinculada al principio de seguridad jurídica obliga a los responsables del tratamiento para que se adopten todas las medidas razonables con el objeto de que se supriman o rectifiquen, sin dilación, los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan.

Sobre el elemento temporal también se aportan reglas limitantes, debido a que los datos personales deben ser mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales. Al igual que para el tratamiento ulterior, los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

⁴⁶ La norma aclara que el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en obsequio del interés público, con fines de investigación científica e histórica o con fines estadísticos, no se considerará incompatible con los fines originales.

⁴⁷ *Vid.* Considerando 39 del RGPD.

Por último, relativo al principio de integridad y confidencialidad de los datos, éstos deben ser tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas⁴⁸.

Pues bien, y como lo señala el considerando 78 del RGPD, los principios o premisas antes identificadas de las reglas de la protección de datos, desde el diseño y en su ejecución, también deben tenerse en cuenta en el contexto de la contratación pública. Existe en consecuencia la obligación de conciliar de la mejor forma posible el cumplimiento del principio de transparencia y la publicidad con las reglas de la protección de datos de las personas, en los procedimientos de compras públicas.

Por su parte el Tribunal Supremo de Justicia Español, mediante sentencia núm. 1007/2019, de 8 de julio, se pronunció sobre la cuestión de la protección de datos de carácter personal en materia de contratación pública; y llegó a la conclusión que:

“La difusión de datos personales en abierto, es decir, con acceso ilimitado, en una página web de la Administración Pública con ocasión de la tramitación de un procedimiento de contratación administrativa está sometida al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y, específicamente, al deber jurídico de tener que recabar el consentimiento de los afectados sobre la recogida y tratamiento de datos cuanto no se revelen imprescindibles, necesarios o pertinentes para el adecuado y regular ejercicio de las funciones públicas, al no poder interpretar de forma expansiva el supuesto de excepción previsto en el artículo 6.2 de la citada Ley Orgánica”⁴⁹.

Cabe destacar que, sobre este asunto, la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, ha dado un paso adelante, al emitir la Nota Informativa 1/2019, sobre el cumplimiento del deber de transparencia y de la normativa de protección de datos personales en la contratación pública⁵⁰. Nos parece que este instrumento incor-

⁴⁸ Según el considerando 78 del RGPD, las medidas a que se refiere esta premisa, encaminadas a la protección de los derechos y libertades de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales, podrían consistir en reducir al máximo el tratamiento de datos personales, seudonimizar lo antes posible los datos personales, dar transparencia a las funciones y el tratamiento de datos personales, permitiendo a los interesados supervisar el tratamiento de datos y al responsable del tratamiento crear y mejorar elementos de seguridad, entre otras.

⁴⁹ Recuperado de: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1504/rel.categoria.118/relmenu.2/chk.a6be95050c3956a85b920fcebecaf70>

⁵⁰ Esta nota informativa fue recuperada de: <https://aplicacions.economia.gencat.cat/ecodif/AppJava/public/butlleti.xhtml?id=14978&lang=Es>. Sobre este punto ya se ha-

para unas reglas acertadas para lograr la conciliación entre el deber de transparencia y la obligación de protección de los datos personales de las personas físicas.

La citada nota informativa fijó las condiciones de la publicidad que se debe cumplir a través de la plataforma de contratación del sector público, con especial referencia a la firma electrónica; determinando que en la oportunidad de publicar los datos identificativos de personas físicas contenidos en los documentos de los expedientes de contratación pública, o en las firmas electrónicas de estos documentos, en la plataforma de servicios de contratación pública, únicamente deben incluir lo siguiente:

1. En caso de tratarse de personas licitadoras, adjudicatarias o contratistas, el nombre y sus apellidos, sin acompañarlo en ningún caso del número del documento nacional de identificación.
2. En caso de tratarse de personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones, el nombre, los apellidos, el cargo y los datos de contacto (teléfono, correo electrónico y domicilio de la sede social).

En el mismo sentido, los documentos de los expedientes de contratación pública que han de ser objeto de publicación en la plataforma de servicios de contratación pública:

1. No tienen que incluir en el texto el dato relativo al número del documento nacional de identificación u otro documento de identificación de las personas licitadoras, adjudicatarias o contratistas, como tampoco de las personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones.
2. No tienen que incluir en las firmas electrónicas el dato relativo al número del documento nacional de identificación u otro documento de identificación de las personas licitadoras, adjudicatarias o contratistas, como tampoco de las personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones. A este efecto, se puede optar por las siguientes opciones:
 - a) Firmarlos con certificado digital y publicar una copia auténtica hecha con la herramienta corporativa de copia auténtica y digitalización (*eCopia*), la cual no muestra los números del documento nacional de identificación incorporados a las firmas electrónicas, ni permite acceder a dicho dato por ninguna vía;

bía pronunciado la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT) en Dictamen CNS 1/2019, emitido a instancia de la secretaría técnica que hacía público también el informe de auditoría 1/2018 sobre portales de transparencia.

b) Firmarlos con certificado digital no mostrando el número del documento nacional de identificación u otro documento de identificación y publicar una imagen, con la finalidad de impedir el acceso a las propiedades de la firma y, por tanto, al número del documento nacional de identificación de la persona o las personas firmantes; o

c) Publicarlos sin firmas electrónicas, en cuyo caso debe incorporarse la fecha del documento, el nombre y apellidos de la persona que lo firma, así como, en caso de persona trabajadora pública, el cargo.

Por último, previamente a la publicación de los datos de las personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones, se las debe haber informado a fin de que, en su caso, puedan alegar circunstancias singulares que desaconsejaran que se publiquen sus datos.

III. REFLEXIONES FINALES

El principio de transparencia y la publicidad adecuada deben operar en el ámbito de las contrataciones públicas para garantizar la concurrencia, la igualdad y la no discriminación, a los fines de favorecer la libre competencia, lo que contribuiría a la reducción de los costes y el aumento de la calidad de los productos, servicios y obras, dentro de los parámetros del derecho a la buena administración; y esto se cumple cuando los requisitos de fondo y de forma en los procedimientos de contratación pública, están definidos pública y claramente por anticipado, e incluso durante la ejecución del contrato, especialmente las obligaciones que recaen sobre los participantes.

Premisas que se desprenden, no solo de la interpretación de las normas sobre contrataciones públicas, sino también de la citada Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), que expresamente señala que la transparencia en el ámbito de la contratación pública es aplicable a todos los contratos, lo que debe cumplirse con la obligatoria publicidad en las plataformas indicadas, como es el caso de la plataforma electrónica de contratación del sector público, donde además debe alojarse el perfil de contratante.

Precisamente, el perfil de contratante representa el mecanismo idóneo para asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a los distintos actos y fases de la tramitación de los procedimientos vinculados a los contratos públicos. No obstante, debe aclararse que el perfil de contratante y los portales de transparencia generales son instrumentos distintos, con distintos objetivos y distinta configuración jurídica, destacando que la publicidad en el perfil de contratante tiene efectos jurídicos concretos, por lo tanto se trata de una publicidad más activa y generadora de consecuencias jurídicas inmediatas que influyen en los procedimientos de contratación pública, mientras que esto no ocurre con el portal de transparencia, que posee una finalidad informativa general y que contribuye al control social.

Sin embargo, la transparencia y la publicidad poseen límites que también se encuentran recogidos y garantizados en las especiales normas de contratación pública, como es la confidencialidad, y en las normas relativas a la protección de los datos personales de las personas físicas, previstas en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En virtud de ello, los poderes adjudicadores deben idear y aplicar mecanismos conducentes a conciliar, en todo momento, el cumplimiento del deber de transparencia, publicidad y no discriminación, en la tramitación de los procedimientos de compras públicas, con el cumplimiento efectivo de la confidencialidad, cuando proceda, y con el respeto de los derechos y las reglas nacionales y europeas sobre la protección de los datos personales de las personas físicas.

Madrid/2021

IX

**DERECHO ADMINISTRATIVO Y
REGULACIÓN**

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN ECONÓMICA

José Amando MEJÍA BETANCOURT*
Profesor de la Universidad Metropolitana

INTRODUCCIÓN: EL DESAFÍO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

En la democracia que vivió Venezuela entre 1958 y 1999 se reconocen dos etapas en la evolución de las libertades económicas. La primera comienza con la aprobación de la Constitución en 1961 y su inmediata suspensión,¹ hasta que treinta años después en 1991 se restablecen. Siendo un contradictorio periodo de construcción de las libertades políticas de los venezolanos y de desconocimiento y negación de sus libertades económicas, con el establecimiento de un banal sistema de control de precios, sueldos y salarios y una intensa intervención del Estado en las actividades fundamentales de la economía. Lo que tuvo una negativa repercusión económica, política y social, porque el ingreso por habitante creció alrededor del 1% entre 1958 y 1981 y a partir de ahí hasta 1999 se hizo negativo,² cuando, entre los años 1920 y 1957 el ingreso per-cápita había crecido anualmente aproximadamente el 5%. Se encarecieron los productos que se hicieron inaccesibles para la gran mayoría de los ciudadanos y la eco-

* Abogado de la UCAB. Doctor de la Universidad de París (II). Postgrados: DSUP en Finanzas Públicas; DSUP en Derecho Administrativo; DSUP en Derecho Comercial; en la Universidad de París (II). Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París. Profesor universitario en la UNIMET, UCAT y UCV. Fue Consultor Jurídico del Ministerio de Energía y Minas y Director Principal del Fondo de Inversiones de Venezuela (1984-1986); Vice Ministro de Hacienda (1993-1994). Tiene más de cincuenta artículos publicados y una Tesis de Doctorado. Dedicado al Derecho Tributario, Administrativo y Constitucional.

¹ El 23 de enero de 1961, el mismo día de aprobación de la Constitución, el Presidente Rómulo Betancourt dictó el decreto número 455 que suspendió las garantías económicas. RACHADELL, Manuel. *“Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario”*. Funeda - EJV. Caracas 2015. p. 67.

² FARIA, Hugo. *“El encarecimiento injusto”*. Cedice Universidad Monteávila. Caracas. 2006. p. 27.

nomía solo funcionó para el beneficio de una pequeña parte de los venezolanos. Surgieron inmensos cinturones urbanos de miseria al lado de las grandes obras de infraestructura y de las poderosas empresas públicas, lo que trajo las complicaciones sociales, la pobreza y el desastre político y económico que Venezuela ha vivido después. El reconocimiento de los derechos políticos y el sistema de partidos constituyó confusamente la centralidad de la democracia, con una total e irresponsable negligencia y desconocimiento de libertades económicas de los ciudadanos.

El Derecho administrativo venezolano acompañó el proceso de intervencionismo estatal durante el periodo y se configuró básica e ideológicamente como un Derecho de la intervención del Estado.³ Se creó una economía administrada por el Estado y la actividad económica de los particulares se reduce y marginaliza. Situación que el economista venezolano Hugo Faria ha denominado el “gran desastre de la economía mercantilista venezolana”⁴, por la dependencia absoluta del Estado y de sus favores. Lo que fue la principal y más importante característica del sistema político que se instaló a partir de entonces y que el politólogo venezolano Juan Carlos Rey denominó “el sistema populista de conciliación de élites”.⁵ Creándose una economía pública clientelar, corrupta y dependiente de los partidos, donde las élites empresariales se conciliaban, concertaban y contemporizaban con los caudillos y dirigentes de los partidos políticos del gobierno de turno, lo que produjo una “economía mercantilista” parasitaria. Se desarrolló una corrupción endémica en el manejo de los dineros públicos, la “partidocracia” o “Estado de partidos”⁶ y una economía populista

³ MEJÍA BETANCOURT, José Amando. “*Derecho Administrativo y economía de mercado. (Estado social de Derecho y principio de compatibilidad con la economía de mercado)*”. Publicado en: “Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales”. (Libro conmemorativo de la publicación de la Constitución de 1999). Allan R. Brewer Carías y José Araujo-Juárez (Coordinadores). Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas Venezuela. 2020. p. 505.

⁴ FARÍA, Hugo: “*El encarecimiento injusto*”. Cedice Universidad Monteávila. Caracas. 2006. “*10 autores y 7 propuestas para rehacer a Venezuela*”. Editorial Panapo. Caracas. 2003. “*Para rescatar la prosperidad*”. CEDICE y Fundación Siglo y Compromiso. Caracas. 2005. FARÍA, Hugo, GONZÁLEZ, J., PENZINI, L., PÉREZ, R. ZALZMAN, S. y Zerpa, J.. “*Measuring the Costs of Protection in Venezuela*” *The International Business and Economics Research Journal*. 2005. Asdrúbal BATISTA. “*Bases Cuantitativas de la Economía Venezolana 1830 - 1995*”. Fundación Polar. Caracas. 1997.

⁵ REY, Juan Carlos. “*La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación*”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 74. Madrid. octubre-diciembre 1991.

⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. “Partidocracia y Centralización”. *El Universal*. Caracas. 16-7-1992. p. 1-12.

sometida férreamente por los partidos políticos que vehiculizaban intereses particulares y políticos concretos, distintos de los intereses nacionales y sin ningún control real de la representación nacional. Prosperaron las propuestas de reforma política y del Estado,⁷ cuando el problema central y acuciante era el necesario cambio de rumbo de la economía.

La intervención económica generalizada del Estado bajo la cobertura ideológica de la social democracia y la democracia social cristiana, tuvo su pico culminante en 1975 durante el primer gobierno del Presidente Carlos Andrés Pérez, con la nacionalización de la industria petrolera y el alza extraordinaria de los precios internacionales del crudo.⁸ Algunos autores eufemísticamente consideran que existía un modelo de “economía mixta”, donde supuestamente funcionaba la lógica del Estado y la lógica de la economía, pero, en la realidad eso no era así y la estatización de la economía era apabullante y completa. Lo que condujo a una economía socializada dependiente del Estado en democracia y, luego, a una economía socialista en dictadura.

Este periodo de afanosa intervención económica estatal se extendió hasta 1991, cuando, en el segundo gobierno del Presidente Carlos Andrés Pérez se restauraron las libertades económicas⁹ y se intentó, vanamente, revertir y darle un vuelco a toda esta situación con la puesta en marcha del proyecto político que se denominó “El gran viraje”.

Durante el segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez se dictó una “Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia” en 1992, derogada en el 2014¹⁰ y se estableció un régimen jurídico y administrativo de la libre competencia para hacer funcionar el mercado, con la creación de una autoridad administrativa independiente: la “Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia”. Lo que fue objeto de una efervescente atención de la doctrina jurídica y económica, despertó un interés cierto en las universi-

⁷ Particularmente destacan las propuestas de reforma auspiciadas por la “Comisión de Administración Pública” en 1972, presidida entonces por el Profesor Allan Brewer-Carías y por la “Comisión Presidencial para la Reforma del Estado” (COPRE) creada en 1984. RACHADELL, Manuel. *“Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario”*. Funeda – EJV. Caracas. 2015. p. 94.

⁸ RACHADELL, Manuel. *“Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario”*. Funeda – EJV. Caracas. 2015. p. 50.

⁹ El Ejecutivo Nacional dictó el 4 de julio de 1991 el decreto número 724 que derogó el decreto que mantenía suspendidas las garantías económicas. RACHADELL, Manuel. *“Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario”*. Funeda – EJV. Caracas. 2015. p. 67.

¹⁰ Ley antimonopolio de 2014. Ver: Gaceta Oficial N° 40.549 de 26 de noviembre de 2014.

dades y marcó el inicio y desarrollo de la “regulación económica” en nuestro sistema jurídico.¹¹ Esta política del “Gran viraje”, exitosa por sus resultados inmediatos en términos de crecimiento económico duró poco tiempo y la experiencia de la regulación económica comienza a desaparecer rápidamente a partir de la aprobación de la nueva Constitución en 1999 y la instalación en el poder de una nueva realidad política conocida como “el chavismo”, que degeneró finalmente en una brutal dictadura militar y en la estatización masiva, ciega y arbitraria de la economía.

En Venezuela se está planteando de nuevo un cambio fundamental del modelo económico y pasar de la actual economía socialista, intervenida y dirigida por el Estado a una “economía de mercado”. Hay que tener en cuenta, antes que nada, que para poder instalar una economía de mercado se deben devolver, respetar y garantizar los derechos económicos a los ciudadanos, arrebatados y negados permanentemente por el Estado y concebir una democracia donde se respeten igualmente los derechos políticos y económicos de los venezolanos. El gran problema con el modelo democrático que funcionó durante la vigencia de la Constitución de 1961 y su gran contradicción interna, que finalmente acabó con él, fue el no haber respetado los derechos económicos de los ciudadanos. Venezuela tiene una frustrante, larga y amarga experiencia de una economía dirigida e intervenida por el Estado y quiere cambiar de modelo económico.

I. TEORÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El Derecho de la libre competencia es reciente en Europa y comienza a instalarse a partir de 1945, luego de la segunda guerra mundial por la presión ejercida por los aliados vencedores de la guerra. “La instauración de un sistema de derecho de la competencia fue una condición establecida para poder recibir

¹¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. “*Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Estudios. Introducción general al régimen para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia*”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1996. GI-RAUD, Armando – CASTRO, Ignacio. “*Derecho administrativo de la competencia*”. FUNEDA. Caracas. 1999. HERNÁNDEZ G., José Ignacio. “*La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*”. Estudio comparado del Derecho español y venezolano, IE-SA-FUNEDA, Caracas, 2003. HERNÁNDEZ G., José Ignacio. “*Derecho administrativo y regulación económica*”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2006. HERNÁNDEZ G., José Ignacio. “*Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socioeconómico*”. FUNEDA, Caracas, 2008. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. “*Telecomunicaciones. Regulación y Competencia*”. EJV-Funeda. Caracas. 2009. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. “*La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones*”. Publicado en: “Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz”. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco J. Villar Rojas (Coordinadores). La Ley, Madrid, 2011. pp. 1159-1177.

los beneficios del “Plan Marshall” americano después de la segunda guerra mundial. El mercado y el Derecho de la competencia se transformaron en los medios económico y jurídico para promover la democracia política y garantizar la paz. Se constituyó un modelo de consenso de la Comunidad Europea que nació en 1951 con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y después en 1957 con la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE).¹² El Derecho francés de la competencia apareció de manera concomitante con la reconstrucción después de la guerra y la instauración del mercado interno europeo.

Con el derrumbe del comunismo en 1990 se generaliza y difunde universalmente el Derecho de la libre competencia. Por ejemplo, Venezuela adopta el 13-1-1992, la “Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia”, que establece en su artículo 1: “Esta Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica”. Mientras que, en Francia, con la ordenanza del 1-12-1986 comienza la construcción del moderno Derecho de la competencia y las normas aplicables a la competencia se encuentran hoy en el Libro IV del Código de Comercio francés. En el Derecho europeo, los artículos 101 y 102 del “Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea” constituyen la fuente esencial de las normas aplicables.

No podemos detenernos aquí sobre la historicidad del Derecho de la libre competencia muy vinculado al desarrollo del liberalismo político,¹³ a la historia de la idea de mercado¹⁴, al Estado de Derecho¹⁵ y a la afirmación conjunta de las libertades económicas y políticas.¹⁶ Solo podemos reducirnos a señalar la influencia y el origen norteamericano del moderno Derecho de la libre competencia. “El Derecho “antitrust” americano es el primero en haber propuesto una visión global de un Derecho de la competencia, concebido y utilizado como una herramienta de regulación del mercado, fundado sobre el principio de la libre competencia y en las herramientas que permiten hacer respetar ese principio”.¹⁷

¹² MAINGUY, Daniel, DEPINCÉ, Malo, CAYOT, Mathilde. “*Droit de la Concurrence*”. LexisNexis. Paris. 2019. p. 21.

¹³ GARANDEAU, Mikael. “*Le libéralisme*”. Flammarion. Paris. 1998.

¹⁴ ROSANVALLON, Pierre. “*Le capitalisme utopique. Histoire de l’idée de marché*”. Seuil. Paris. 1999.

¹⁵ GOYARD-FABRE, Simone. “*L’Etat figure moderne de la politique*”. Armand Colin. Paris. 1999.

¹⁶ Friedman, Milton. “*Capitalisme et liberté*”. Champs essais. Flammarion. Paris. 2016.

¹⁷ MAINGUY, Daniel, DEPINCÉ, Malo, CAYOT, Mathilde. “*Droit de la Concurrence*”. LexisNexis. Paris. 2019. p. 19.

El Derecho de la competencia en Francia tiene su fundamento en el “Decreto de Allarde” de 1791 que proclamó la libertad de comercio e industria.

Hoy en día se ha desarrollado una concepción europea del Derecho de la libre competencia, sobre todo en los últimos veinte años, tomando en cuenta fundamentalmente el “Derecho antitrust” americano y a partir de las cuatro grandes libertades europeas: libre circulación de mercancías, de personas, de capitales y libertad de prestación de servicios y de establecimiento. La Unión Europea se ha dotado de un cuerpo de reglas jurídicas para ser aplicadas en el mercado único, que permiten regular los comportamientos de los operadores, ya sean empresas, sujetos de derecho y Estados miembros susceptibles de influenciar el mercado. Resulta interesante y útil estudiar de qué manera se ha producido en el continente europeo la transición desde una economía fuertemente intervenida por el Estado a una economía libre de mercado. Creándose un equilibrio entre la lógica del mercado y la lógica del Estado, con toda una conceptualización de la relación entre lucidez jurídica y realidad económica. Llegamos así a la noción de libre competencia que constituye la materia de la actividad administrativa de regulación económica y que ha ordenado la transición a la economía de mercado en Europa.

1. *El Derecho de la libre competencia*

La libre competencia es un concepto jurídico relevante. La instalación de una economía de mercado requiere para su funcionamiento de la creación, desarrollo, aplicación y supervisión de un régimen jurídico apropiado que se conoce como el “Derecho de la libre competencia” y que constituye la estructura jurídica necesaria que soporta el funcionamiento del mercado. El Derecho de la libre competencia permite consolidar lo que podemos llamar la economía de mercado “racionalizada”, es decir, ordenada por el Derecho. Ya los economistas han demostrado hasta la saciedad, la necesidad de una racionalidad jurídica que ordene al mercado para que pueda funcionar libremente.¹⁸

El Derecho de la libre competencia regula la competición económica entre operadores distintos y rivales en un “mercado”, donde su estructura y funcionamiento responden a las condiciones del libre juego de la ley de la oferta y la demanda y establece el régimen jurídico de la “obligación de competir”. Es un área donde se produce un análisis económico del derecho de origen norteamericano, que explica el carácter inhabitual de su vocabulario jurídico y el fundamento económico de las reglas derivan del “Derecho antitrust”, se establece sobre las lógicas de la eficacia económica en función del “mercado” que es el lugar donde se encuentran la oferta y la demanda. El Derecho a la libre competencia permite, pues, el funcionamiento de la economía de mercado; regula,

¹⁸ BRAQUET, Laurent – MOUREY, David. “*Économie Principes fondamentaux*”. De boeck supérieur. Louvain-la-Neuve. Bélgica. 2019. p. 175.

mantiene y controla la libre competencia entre los operadores y protege los equilibrios económicos necesarios que permitan las condiciones óptimas y deseables a la competencia. Su contenido son reglas jurídicas de orden público que tienen por objeto proteger la competencia.

Se considera al Derecho de la competencia como parte del “Derecho de la economía de mercado”,¹⁹ que asocia las reglas del Derecho de la libre competencia, del Derecho de los consumidores, de la distribución, de los contratos de negocios.²⁰ Una definición estricta identifica “el Derecho de la competencia como el conjunto reglas que tienen por objeto asegurar la regulación del mercado [...] El Derecho de la competencia se identifica con el Derecho de policía de los mercados, un Derecho de origen administrativo, relativamente complejo, el Derecho antitrust”.²¹ Una definición amplia identifica “el Derecho de la competencia como el conjunto de reglas que aseguran el control de las acciones de los operadores económicos, incluyendo un buen número de reglas penales y, sobre todo, de reglas civiles relativas a la responsabilidad [...] el Derecho de la competencia está conformado por muchos conjuntos de reglas, reglas del Derecho de la competencia tal como aparecen en el libro IV del Código de Comercio, hechas de las reglas del Derecho antitrust, practicas anti-competencia y concentraciones, las reglas relativas a la Autoridad de la Competencia y del procedimiento ante ella, y las reglas llamadas “prácticas restrictivas de la competencia”, hechas de reglas que reglamentan las practicas sin tomar en cuenta su eventual incidencia sobre el mercado, también reglas del Derecho de contratos, del Derecho de la responsabilidad, de procedimiento, etc. Un conjunto muy irregular pero dominado por las reglas del Derecho antitrust. Estas están delimitadas por las reglas del Derecho interno, es decir del derecho francés, fuente nacional del Derecho de la competencia y del Derecho de la Unión Europeo, es decir, de las reglas del Derecho de la competencia de fuente comunitaria”.²²

2. *Derecho administrativo de la libre competencia*

Con el resurgimiento de la mundialización de la economía en los años 1990 se intentó durante el segundo Gobierno de Carlos Andrés Pérez instalar una

¹⁹ DE LEYSSAC, C. Lucas et PARLEANI, G. “*Droit du Marché*”. PUF. Paris. 2002.

²⁰ Durante más de diez años dicté la materia “*Derecho de la economía de mercado*”, en el postgrado de Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana en Caracas, bajo la coordinación entusiasta del Profesor Henrique Meier. Lo que me permitió de manera enriquecedora profundizar en su estudio, familiarizarme con sus conceptos y problemática y visualizar su extraordinaria importancia jurídica y política para la Venezuela contemporánea.

²¹ MAINGUY, Daniel, DEPINCÉ, Malo, CAYOT, Mathilde. “*Droit de la Concurrence*”. LexisNexis. Paris. 2019. p. 40.

²² *Ídem*. p. 40.

economía de mercado e integrar a Venezuela en la economía mundial y, crear las condiciones adecuadas para provocar un desarrollo social y económico sostenido. Ahora, una vez que sea derrocada la dictadura, es necesario que en Venezuela se intente de nuevo instalar una economía de mercado y un régimen jurídico de la libre competencia. Este proceso tendrá un impacto sobre los servicios públicos industriales y comerciales existentes desde la Constitución de 1961, será necesario lanzar un proceso de privatización de los monopolios públicos, particularmente de la industria petrolera y las industrias básicas y, penetrar la actividad administrativa económica con los principios de la libre competencia para que se puedan aplicar sin inconvenientes ni entresacas. Lo que significa la entrada del Derecho de la libre competencia en el Derecho administrativo general y en el Derecho de los servicios públicos en particular.

Normalmente, en Francia, de “las relaciones entre el Derecho de la competencia y el Derecho público emergen dos grandes cuestiones vinculadas, de una parte, la repartición de competencias entre el juez administrativo y el juez de la competencia; de otra parte, las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia a las actividades públicas, sobre todo a los actos administrativos unilaterales de las personas públicas. La llegada del Derecho de la competencia al campo del Derecho público hará emerger un “derecho público de la competencia”, que hoy en día forma uno de los capítulos mayores del derecho público de la economía”.²³ La libre competencia al integrarse al bloque de la legalidad administrativa pasa a constituirse en una de las fuentes del Derecho público de la economía y al tener un carácter transversal cubre todos los aspectos de la vida económica protegiendo a la vez a los operadores y al mercado, lo que la diferencia de la libertad de industria y comercio que concierne y atañe en primer lugar a los operadores privados.

Específicamente en la experiencia del Derecho administrativo francés y de sus relaciones con el Derecho de la Competencia, se han podido identificar tres grandes cuestiones: las condiciones en las cuales el Derecho de la competencia ha emergido en el Derecho administrativo, el alcance del derecho de la competencia en el campo de acción pública y la repartición de competencias entre el Juez administrativo y el juez de la competencia.²⁴ En cuanto a la sumisión del Derecho administrativo al Derecho de la competencia, ello conduce inevitablemente a una atenuación y desaparición del régimen derogatorio, de los particularismos y de los privilegios exorbitantes del Derecho administrativo cuando ciertas actividades de las personas públicas se someten al Derecho de la competencia. Y el juez administrativo acepta examinar la legalidad administrativa con relación a las reglas de la competencia, integrando el derecho de la competencia en el bloque de la legalidad administrativa. En relación con el alcance de la

²³ BRACONNIER, Stéphane. “*Droit public de l'économie*”. Themis – Puf. Paris. 2017. p. 10.

²⁴ *Ídem*. p. 59.

libre competencia en el campo de la acción pública, “todos los actos administrativos unilaterales o contractuales que tienen efecto sobre el mercado, están, hoy en día, sometidos a las disposiciones de los artículos L. 420-1 y siguientes del Código de Comercio, que prohíben particularmente las ententes y los abusos de posición dominantes [...] y el juez administrativo francés se ha transformado en el juez ordinario de las reglas de la competencia aplicadas a los actos administrativos”.²⁵ Sin embargo, el particularismo del Derecho administrativo francés y su excepcionalidad, hacen que el funcionamiento competitivo de los mercados debe conciliarse con tomar en consideración los imperativos de interés general relacionados, por ejemplo, con la cohesión social, intereses culturales y la protección del medio ambiente y que la doctrina francesa los considera como un correctivo natural de la libre competencia. Aspectos sumamente interesantes, conceptuales y técnicos, vinculados a la unidad del Derecho de la competencia pero que no podemos tratar aquí. Finalmente, el papel del juez administrativo francés con relación al problema de la frontera entre el Derecho de la competencia y el Derecho administrativo se entiende que el Derecho de la competencia es un derecho único que se aplica de manera uniforme a las personas públicas y a las personas privadas. Situación que no ha alterado la repartición de competencias entre el orden judicial y la jurisdicción contencioso administrativa francesa.

3. *Contenido del derecho de la libre competencia*

En términos generales el Derecho administrativo de la libre competencia comprende tres grandes áreas, primero, las reglas para impedir y sancionar la competencia desleal, haciendo la diferencia entre las prácticas consideradas como leales y aquellas que no lo son. Segundo las reglas que organizan la regulación del mercado es decir el “Derecho antitrust”, que asegura el control del poder de monopolio y del poder sobre el mercado. Tercero, las reglas que permiten la liberalización de los servicios públicos industriales y comerciales y los monopolios públicos y su sometimiento a la competencia.

El Derecho de la competencia se enfoca en la eficacia económica, es decir, en asegurar una competencia eficaz. La protección de la competencia significa proteger el mercado y como lo señala el economista venezolano Hugo Faria, la competencia es un factor fundamental de baja de precios y de aumento de la calidad de la producción para satisfacer las necesidades de los consumidores.²⁶ Se trata de organizar la economía en una lógica de libre competencia y democrática, en la medida que al final es el consumidor el que decide entre las diferentes ofertas que le son presentadas. “La protección de la competencia

²⁵ Ídem. p. 62.

²⁶ FARIA, Hugo. “*El encarecimiento injusto*”. CEDICE. Universidad Monteávil. Caracas. 2006.

asegura también la perennidad de la economía: la satisfacción de los consumidores supone igualmente la innovación permanente, tecnológica, mercantil, financiera, etc. Y contribuye a la salud de una economía fundada sobre el mercado [...] Se entiende que una sana competencia supone en principio la eliminación de operadores ineficaces y la pérdida de empleos, compensados contablemente, por la creación de otros empleos por los operadores eficaces [...] El Derecho de la competencia no se aplica sino cuando un comportamiento produce un disfuncionamiento de las reglas económicas de la competencia”.²⁷ Los métodos para lograr estos objetivos son sin embargo muy complejos.

Por su origen económico, norteamericano y anglosajón, el Derecho de la libre competencia tiene un carácter pragmático y se adapta a las evoluciones de la economía a través de la teoría del mercado. Por su vinculación estrecha al Estado de derecho responde a una exigencia de la democracia de la imparcialidad.²⁸ Utiliza todo tipo de nociones jurídicas y la libertad de competencia supone la libertad contractual, ya que, el mercado, noción económica, consiste en el encuentro de la oferta y la demanda que se supone formado por contratos. Pero, indudablemente, el Derecho de la libre competencia constituye un desarrollo moderno y contemporáneo del Derecho administrativo, tal y como se le concibe en el Derecho continental europeo. Como señala la doctrina, “se puede tratar de un derecho de regulación, sobre todo cuando se trata de ciertas reglas del derecho antitrust: la noción de regulación es nueva en Francia, que considera establecer y mantener equilibrios en ciertos ámbitos que no pueden existir o mantenerse por ellos mismos, como en el sector del audiovisual, las finanzas, la banca, las telecomunicaciones y la competencia. El equilibrio de la competencia depende de comportamientos de los operadores económicos, pero también de otros factores más difusos como el interés de los consumidores”.²⁹

4. Servicios públicos y libre competencia

La economía es omnipresente en la acción administrativa y el Derecho que tiene por finalidad regular la libre competencia de los operadores dentro del mercado tiene en el contexto de los servicios públicos una significativa importancia. Normalmente se consideraba que los servicios públicos debían beneficiar de un monopolio. En Europa esta visión no ha podido resistir la evolución tecnológica y las orientaciones de la política económica de la Unión Europea, que han obligado a un cambio en la concepción del servicio público provocando su sumisión al Derecho de la competencia. “Las reglas europeas de la com-

²⁷ MAINGUY, Daniel, DEPINCE, Malo, CAYOT, Mathilde. “*Droit de la Concurrence*”. LexisNexis. Paris. 2019. p. 44.

²⁸ ROSANVALLON, Pierre. “*La légitimité démocratique*”. Seuil. Paris. 2008. p. 119.

²⁹ MAINGUY, Daniel, DEPINCE, Malo, CAYOT, Mathilde. “*Droit de la Concurrence*”. LexisNexis. Paris. 2019. p. 46.

petencia se aplican a los servicios públicos cuando ellos son considerados como una “empresa”, es decir, una entidad que ejerce una actividad económica que consiste en ofrecer bienes y servicios en un mercado, por ello, pocos servicios públicos escapan a las reglas de la competencia y solo lo hacen aquellos que cumplen misiones de seguridad o de solidaridad y se denominan “Servicios no económicos de interés general” en el vocabulario de la Unión”.³⁰ Por ejemplo, la Jurisprudencia europea considera como actividades no económicas a las de control aéreo, las agencias financieras de puertos y cuencas, la lucha contra la contaminación portuaria, el seguro de enfermedad francés, etc. Por ello, cuando un servicio público reviste el carácter de “empresa”, el Derecho de la libre competencia se aplica a su funcionamiento.

Aquí lo más importante es como lograr conciliar el respeto de la libre competencia considerada como interés general, con otras exigencias propias del interés general que se persiguen utilizando las prerrogativas del poder público.³¹ Diferentes modalidades son utilizadas para lograrlo, como las relativas a la atribución de monopolios justificados por razones de seguridad o de buena utilización del dominio público, por ejemplo, transportes en común urbanos, saneamiento ambiental, distribución de aguas, recolecta de la basura, etc. Otra modalidad es la distribución de ayudas del Estado necesarias y debidamente justificadas. También, la política de la libre competencia de la Unión Europea ha desarrollado la noción de “servicio universal” como mecanismo que permite el funcionamiento de servicios que no son rentables. La idea es mantener un “servicio universal” en los sectores desregulados, entendido como “un conjunto mínimo de servicios de una cualidad determinada al cual todos los utilizadores y consumidores tienen acceso tomando en cuenta las circunstancias nacionales específicas, a un precio abordable”.³² Finalmente, es de tener en cuenta, que las personas encargadas de un servicio público deben respetar el Derecho general de la competencia y abstenerse por ejemplo de falsear, impedir o restringir el juego de la libre competencia en un mercado, con prácticas abusivas y anti-competitivas como las ententes, pactos y acuerdos, abusos de posición dominante, etc.

A partir de 1985 con la publicación del “Libro blanco sobre el mercado interior” y el “Acta única europea” de 1986, la Unión Europea comenzó a construir un Derecho comunitario de la libre competencia regulador de las actividades de interés general, entendiendo que el mercado es un valor comunitario primordial que permite la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Y que “la interdependencia social no depende más en la asunción por el Estado de

³⁰ TRUCHET, Didier. “*Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 396.

³¹ MALAURIE-VIGNAL, Marie. “*Droit de la concurrence interne et européen*”. Sirey. Paris. 2020. p. 61.

³² PETIT, Jacques – FRIER, Pierre-Laurent. “*Droit Administratif*”. LGDJ. Paris. 2019. p. 314.

un conjunto de actividades de interés general, sino de la realización de un vasto mercado interior, servido por una libre competencia regulada”.³³ Lo que ha transformado y reducido el enorme alcance de la intervención del Estado en la economía y se han dictado un conjunto de normas, “directivas”, europeas para aplicar la competencia a las distintas industrias en red: telecomunicaciones, servicios postales, gas, electricidad y transporte.

Recordemos que el “servicio público es el objeto políticamente más sensible del Derecho administrativo”,³⁴ sometido a un debate político e ideológico permanente y con una dimensión social relevante. Normalmente, en los países respetuosos de las libertades económicas de los ciudadanos, siempre se consideró que una actividad económica no se podía constituir en servicio público sino en caso de insuficiencia de la iniciativa privada.³⁵ Pero, en otros países, deseosos de erigir una supuesta poderosa economía pública mediante un Estado fuerte y autoritario, menos respetuosos de la libertad económica y desconfiados de ella, el monopolio público bajo la figura del servicio público industrial y comercial se convirtió en el ideario y objetivo político de las fuerzas dominantes, mayormente socialistas y social-demócratas como en el caso venezolano. Esta visión político-jurídica ha sucumbido ante los cambios económicos del mundo actual y los desastrosos resultados que ha producido, para Venezuela al menos, la implantación de un modelo socialista y anti-mercado en la economía.³⁶

³³ BRACONNIER, Stéphane. “*Droit public de l’économie*”. Themis – Puf. Paris. 2017. p. 88.

³⁴ TRUCHET, Didier. “*Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 362.

³⁵ Hace setenta años el Profesor español Luis Jordana de Pozas escribía lo siguiente: “A lo sumo, cabe sentar el principio de que la Administración sólo debe intervenir cuando una necesidad general lo exige y el corolario de que entonces debe hacerlo en la medida en que compruebe la insuficiencia de la iniciativa individual o social, no sustituyéndose por entero a ella sino cuando sea extremadamente conveniente [...] Hace tiempo que vengo estudiando lo referente a los modos de la actividad administrativa ordenados, en una escala progresiva que, partiendo de la simple emanación de normas, pasa por la policía y el fomento hasta llegar al servicio público monopolizado”. (Texto de la ponencia presentada al “*Seminario sobre Problemas actuales de la Administración Pública*”, del Instituto de Estudios Políticos, en la sesión del día 16 de febrero de 1951) Disponible en <file:///C:/Users/ja-me/Downloads/Dialnet-ElProblemaDeLosFinesDeLaActividadAdministrativa-2111862.pdf>

³⁶ Ya mucho antes, el Presidente socialista francés François Mitterrand que había lanzado un masivo proceso de nacionalización y estatización de la economía una vez electo presidente por primera vez en 1981, reconoció dos años después, cuando las circunstancias lo obligaron a cambiar de rumbo económico, que lo que no funcionó era socialista y lo que funcionó no era socialista y produce “la conversión de la izquierda francesa a la economía de mercado”. BERNARD, Mathias. “*Le héritage mitigé de Fran-*

II. TEORÍA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

La regulación económica constituye la actividad administrativa de aplicación del Derecho de la competencia para que funcione el mercado en un determinado sector. En un Estado de economía de mercado como son hoy en día los europeos, el mercado es la regla general y la intervención económica la excepción. De tal manera que la actividad administrativa de regulación económica se extiende a todas las actividades económicas, a todos los sectores de la economía y en particular a aquellos intervenidos por el Estado. La actividad de regulación comprende un conjunto de potestades administrativas, donde destaca la potestad de “determinación de la obligación de competir”, ya sea fijando el contenido de dicha obligación o corrigiendo un comportamiento que produce un disfuncionamiento del mercado.

1. *La actividad de regulación económica*

La regulación constituye una nueva actividad de la Administración pública que ha surgido y se sitúa al lado de las tradicionales de policía y de servicio público.³⁷ Surge como consecuencia del necesario proceso de repensar y reestructurar a la administración pública como una institucionalidad democrática de la imparcialidad, autonomía e independencia, para que pueda atender convenientemente determinados sectores sensibles de la actividad pública y colmar las exigencias de los ciudadanos por una eficaz democracia de ejercicio, de una buena administración³⁸ y situarse en la nueva modernidad de la legitimidad democrática.³⁹

Con el advenimiento del “Estado de economía de mercado” en Estados Unidos y Europa, se ha hecho necesario el desarrollo de la nueva función administrativa de regulación económica. La historia política y la ciencia económica han enseñado que el mercado como instrumento de ordenación de las actividades económicas, requiere de una adecuada intervención de la Administración para garantizar que pueda funcionar libremente y producir los beneficios que se esperan de él. Esta intervención mediante la regulación consiste en garantizar la

çois Mitterrand” Le Monde. Opinions. 6-1-2016. DE LEÓN, Ignacio. “*La propiedad privada como causa del progreso*”. CEDICE. Caracas. 2008.

³⁷ TRUCHET, Didier. “*Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 405. Y, MONTERO PASCUAL, Juan José. “*Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 43.

³⁸ ROSANVALLON, Pierre. “*Le bon gouvernement*”. Points. Éditions du Seuil. Paris. 2015.

³⁹ ROSANVALLON, Pierre. “*La légitimité démocratique*”. Points. Éditions du Seuil. Paris. 2008.

aplicación y respeto de las reglas de la competencia. En realidad, se trata de una intervención pública para que el mercado sea libre y funcione libremente, para garantizar un “mercado racionalizado”, porque de lo contrario, si no se protege la competencia el mercado deja de ser libre para devenir un “mercado salvaje”. Para la ciencia económica resulta claro que es imprescindible la acción reguladora del Estado con el fin de garantizar la libre competencia en los mercados. Para la ciencia jurídica la regulación es la nueva forma y modalidad de acción económica del Estado muy diferente a la clásica de la intervención económica. El bien jurídico a proteger en este caso es la libre competencia y el interés general de la sociedad es el buen funcionamiento del mercado. El gran instrumento que garantiza la libertad del mercado es la libre competencia, que es a la vez económico y jurídico y se considera el factor fundamental de la eficacia que se espera del funcionamiento de los mercados.

La regulación no constituye una actividad administrativa aplicada únicamente al funcionamiento de la actividad económica, ella cubre el campo general de las actividades públicas económicas o no. En Francia se aplica en dos terrenos privilegiados: la regulación económica y las libertades públicas. Los franceses caracterizan a la regulación como aquella que utiliza los métodos del “derecho flexible”. En Francia, como en toda Europa, la regulación tiene una estructura orgánica: las “autoridades administrativas independientes” y un método: el “derecho flexible”. Su preocupación primera es garantizar el valor de la imparcialidad en las decisiones administrativas e impedir que ellas sean influidas por los intereses políticos del gobierno de turno. Este valor de la imparcialidad, especialmente acusado y necesario en el terreno económico, forma parte de una de las grandes expresiones de la modernidad de la sociedad democrática que aspira a constituirse en una “democracia de la imparcialidad”⁴⁰ y constituye un fenómeno muy extendido a todo lo largo y ancho de la actividad administrativa en Francia.⁴¹ Se pone en aplicación en la realidad mediante las “autoridades administrativas independientes” como estructura orgánica, lo que permite asegurar una actividad administrativa de manera independiente e imparcial.⁴²

El libre mercado por su importancia, generalidad y trascendencia social requiere de una atención particular, permanente, especializada e imparcial, lo que se ha logrado a través de la regulación económica como nueva función administrativa. Que permite el impulso, manifestación y expresión del principio constitucional de la libertad de industria y comercio, siendo el mercado donde

⁴⁰ ROSANVALLON, Pierre. *“La légitimité démocratique”*. Points. Éditions du Seuil. Paris. 2008. p. 119.

⁴¹ TRUCHET, Didier. *“Droit administratif”*. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 91.

⁴² No podemos ocuparnos aquí del importante capítulo relativo a las “Autoridades Administrativas Independientes”, al que dedicamos un trabajo denominado *“las autoridades de regulación económica”*, a ser publicado como colaboración en la obra homenaje al Profesor Jesús Caballero Ortiz.

la libertad económica –y la propiedad- tienen necesariamente su concreción, despliegue y realización. Los ciudadanos podrán desarrollar libremente sus iniciativas económicas dentro de un mercado donde la libre competencia está garantizada. Si no existe el mercado no hay ambiente ni posibilidades para el ejercicio de la libertad económica y en la práctica se revela sumamente disminuida y casi inexistente. Por ello, las normas legales que conforman el Derecho de la libre competencia que desarrollan el principio constitucional de la economía de mercado como marco general para el ejercicio de las libertades económicas, son incorporadas a la legislación ordinaria y en algunos países como en Francia integradas al Código de Comercio, al Derecho mercantil y al Derecho privado. Y se crea una “autoridad administrativa de regulación”, que con carácter y de manera general, vigila y controla el funcionamiento del mercado y de la libre competencia. Para muchos juristas franceses, “las reglas de la competencia incorporadas a la legalidad administrativa no son ni de Derecho privado ni de Derecho público, sino comunes a los dos Derechos”.⁴³

El mercado sustituye a los monopolios públicos y los llamados servicios públicos económicos se adaptan a las reglas del Derecho de la libre competencia. Es decir, que aquellas actividades económicas reservadas al Estado como monopolios públicos y transformados en servicios públicos económicos integrados a la economía administrativa dirigida y ejercida por el Estado, cambian a un modelo de libre mercado y se abren a la libre competencia. Lo que exige que estos sectores fuertemente intervenidos por el Estado requieran de una legislación especial de apertura a la libre competencia. En estos sectores, normalmente, para cada uno de ellos, se crea una “autoridad administrativa independiente”, que de manera especial referida a la actividad y sector específico, vigila y controla el funcionamiento del mercado y de la libre competencia. “La regulación de un sector económico es un modo de intervención “a priori”, que procede con modos más coercitivos (desconcentración, licencia forzada, cesión de activos, separación de funciones, contabilidad separada...), mediante organismos creados ad hoc a fin de abrir a la competencia los mercados reglamentados. Estos sectores de intervención son generalmente los antiguos monopolios “naturales (energía, transporte, banca) o los nuevos sectores (audiovisual, telecomunicaciones) [...] El derecho de la competencia es tradicionalmente aplicado ex post (a posteriori), salvo en materia de control de concentraciones o ayudas del Estado, usa, cada vez más, modos coercitivos propio de la regulación”.⁴⁴

Podemos decir, pues, que la regulación tiene un carácter general referido a todas las actividades económicas y un carácter especial en relación con los sectores que estaban sometidos a la intervención del Estado. Con sus respectivas

⁴³ TRUCHET, Didier. “*Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 398.

⁴⁴ MALAURIE-VIGNAL, Marie. “*Droit de la concurrence interne et européen*”. Sirey. Paris. 2020. p. 45.

“autoridades administrativas independientes”, general y especiales, lo que produce una interacción entre ellas y una interrelación, coordinación y armonización del Derecho aplicable, entre un Derecho común a la libre competencia y los derechos especiales de la libre competencia de los sectores abiertos a la competencia que antes estaban sometidos a la reserva del Estado.

Otro aspecto que tenemos que mencionar, pero que no podemos tratar aquí, es el interesante y complicado proceso de transición del monopolio público a la competencia, la entrada al mercado y las diferentes opciones que se presentan.⁴⁵ “La Regulación Económica es una disciplina en auge. En su esencia, consiste en aislar las numerosas decisiones que requieren los grandes sectores estratégicos de las sociedades avanzadas (Banca y Finanzas; Gas y Electricidad; Transportes; Telecomunicaciones y Audiovisual; Agua y Medio Ambiente) y ponerlas en manos de un organismo regulador investido de una triple misión: introducir competencia en el sector para que funcione de modo regular, continuo y eficiente; imponer correcciones –remedios regulatorios– allí donde la competencia no baste; y establecer un equilibrio razonable entre los usuarios y las empresas, asegurando cuando sea necesario un servicio universal”.⁴⁶

2. Conceptualización de la regulación económica

En la tradición binaria del Derecho administrativo francés, sería necesario ubicar la regulación económica como una actividad de policía o como una actividad de servicio público, o verla como una mezcla entre las dos. Pero, para el Profesor de Derecho administrativo de la Universidad de París (II) Didier Truchet, la regulación “presenta particularidades cada vez más afirmadas que hacen de ella una misión administrativa específica”,⁴⁷ que tiene un verdadero sentido en Derecho administrativo como actividad de interés general y de poder público con un objeto económico, lo que la sitúa como nueva actividad administrativa al lado de las actividades de servicio público y de policía.

Igualmente, para el Profesor español de Derecho administrativo Juan José Montero Pascual la regulación económica constituye una nueva actividad administrativa.⁴⁸ En la tradición del Derecho administrativo español y venezolano conforme a la famosa trilogía de la actividad administrativa: de policía, servicio

⁴⁵ MONTERO PASCUAL, Juan José. “Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 113.

⁴⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar –DE LA CUÉTARA, Juan Miguel –DEL GUAYO, Iñigo. “Regulación económica. Lecturas escogidas”. Aranzadi. Pamplona. España. 2012.

⁴⁷ TRUCHET, Didier. “Droit administratif”. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 405.

⁴⁸ MONTERO PASCUAL, Juan José. “Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020.

público y fomento, propuesta y conceptualizada por el profesor español Luis Jordana de Pozas catedrático de la Universidad de Madrid,⁴⁹ en mi opinión, la actividad administrativa de regulación económica constituye una evolución y actualización a la modernidad económica de la actividad administrativa de fomento, que se consideraba como un contrapeso a la actividad de intervención económica.

Normalmente “la regulación designa la intervención de personas públicas para organizar, orientar o controlar un mercado”.⁵⁰ En su “versión estricta la regulación se refiere a las actividades económicas abiertas a la libre competencia, luego de haber estado por mucho tiempo explotadas como monopolio por las empresas públicas, como las actividades de redes: recursos hertzianos, cables de comunicación electrónica, vías ferroviarias, líneas eléctricas, oleoductos, gasoductos, conductos de gas, etc., que son recursos limitados en los que hay que organizar su uso por diferentes operadores y son bienes la mayoría de las veces construidos bajo el régimen de dominio público”.⁵¹ Pero, la regulación también abarca la administración de actividades económicas que no han sido nunca servicios públicos o que no están sujetas al uso de instalaciones vinculadas físicamente en redes como la bolsa, los seguros, la banca. En este sentido general, la regulación concierne, atañe y se refiere a la organización del conjunto de la economía y no solo a una específica actividad económica sino a todos los mercados. Por lo que se puede hablar de regulación horizontal cuando se aplica a todas las actividades económicas y regulación vertical o sectorial cuando se refiere a un mercado en particular.

Una concepción amplia y general de la regulación significa entonces que todas las actividades económicas están sometidas a la regulación económica. Mientras que la definición más restringida y extendida de regulación considera como mercados regulados los sectores económicos estructurados en red, es el caso de “los mercados de telecomunicaciones (telefonía fija, telefonía móvil, banda ancha, etc.) Es el caso, igualmente, de los principales mercados energéticos (electricidad, gas, petróleo, etc.) [...] El otro gran ámbito de la regulación son los servicios financieros: especialmente la banca y los seguros, pero también los mercados de valores. [...] existen otros mercados que presentan elementos propios de la regulación. Es el caso de los servicios sanitarios y farma-

⁴⁹ DE POZAS, Luis Jordana. “*Ensayo para una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*”. En: *Revista de Estudios Políticos*, 5: 41 - 54, enero-marzo, 1942.

⁵⁰ TRUCHET, Didier. “*Droit administratif*”. *Thémis droit*. Puf. Paris. 2019. p. 406.

⁵¹ TRUCHET, Didier. “*Droit administratif*”. *Thémis droit*. Puf. Paris. 2019. p. 406. Ver: ARAUJO-JUÁREZ, José. “*Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*”. T. II. Ediciones Paredes. Caracas. 2010.

céuticos o ciertas actividades industriales”.⁵² Normalmente el concepto se suele concentrar en la regulación de las industrias en red y en los últimos tiempos tiene mucho interés la regulación de “las denominadas plataformas digitales (Facebook, Google, Uber, etc.). La Comisión Europea ha definido las plataformas como “empresas que operan en mercados bilaterales o multilaterales, que utilizan Internet para hacer posibles interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes, de forma que se genere valor para al menos unos de los grupos [...] Las plataformas permiten la interacción de grupos diferentes de usuarios [...] Las nuevas tecnologías, han permitido la explosión de este modelo de negocios hasta constituir un modelo alternativo de organización industrial. Frente al modelo de gran corporación, que agota la economía de escala y se integra verticalmente para organizar la producción de bienes y servicios, surge un nuevo modelo de empresa sin activos (sin coches, sin hoteles) que organiza el encuentro de oferta y demanda de la forma más eficiente gracias a las nuevas tecnologías. [...] Cuantos más usuarios tiene la plataforma, más valor se genera para los usuarios de la misma. La escala ya no se crea sólo en el lado de la oferta, sino también en el lado de la demanda. La plataforma crea el nuevo mercado, genera la escala y como resultado produce la eficiencia derivada del efecto de red. [...] Las plataformas tienen un creciente protagonismo en sectores tradicionalmente entendidos como de interés general. “WhatsApp” compite con las telefónicas, “YouTube” compite con las televisiones, “Uber” y “BlaBlaCar” compiten con operadores de transporte, etc. La función de las plataformas como coordinadores del sistema exige extender a las plataformas exigencias para garantizar el interés general. [...] Se solicita que las plataformas activas de los mercados de interés general estén sujetas a las mismas normas que los operadores tradicionales”.⁵³

El alcance de la regulación depende, en realidad, de la intensidad de la economía de mercado en un determinado país y del alcance que el régimen de la libre competencia tiene en el correspondiente sistema jurídico, es decir, si se aplica a todas las actividades económicas o a una parte de ellas. En Europa, por ejemplo, la regulación se introdujo poco a poco, se creó un mercado territorial, una comunidad económica entre un grupo de países, pero, las actividades de los servicios públicos estaban excluidos hasta que a mediados de los años 1980 las regulaciones europeas obligaron a que se abrieran a la competencia. A partir de entonces comenzó un difícil y complicado proceso jurídico permanente, que “para asegurar el respeto de la libre competencia, el Derecho administrativo ha debido, después de largo tiempo, conciliar las necesidades del servicio público

⁵² MONTERO PASCUAL, Juan José. *“Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados”*. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 52.

⁵³ *Ídem*. p. 53.

y la libre competencia”.⁵⁴ Ha sido el Derecho de la Unión Europea el que ha obligado a liberalizar determinados sectores económicos reservados a la acción pública, exigiendo a los operadores públicos y privados respetar las reglas de la libre competencia.⁵⁵

También puede pensarse en una declaración constitucional de un “Estado de economía de mercado” que obligue a que todas las actividades económicas deben someterse hasta donde sea posible a las reglas de la libre competencia. En esta perspectiva el concepto de regulación abarca todas las actividades económicas, siendo que algunas, como las redes, están más intensamente sometidas a la regulación que otras.

3. Características de la regulación

La regulación tiene unas características fundamentales y generales. La primera es que el Derecho de la libre competencia forma parte del Derecho administrativo, como régimen jurídico del funcionamiento de la economía de mercado. Si el Derecho administrativo es un derecho del funcionamiento del Estado⁵⁶ y el libre mercado constituye un interés general, entonces no hay dudas sobre la noción de Derecho administrativo de la libre competencia. También, al ser la regulación, curiosamente, un régimen jurídico de limitación a la libertad de industria, comercio y empresa, que permite su encuadramiento legal para que funcione el libre mercado mediante la competencia. La libre competencia constituye materialmente el derecho aplicable a la actividad administrativa de regulación de los mercados tanto generales como sectoriales y especiales que antes estaban fuertemente intervenidos por el Estado y luego se han abierto a la competencia. Que se caracteriza por generar un proceso de “deslegalización” como apunta la doctrina española, o, de “desarrollo normativo no jurídico” como sostiene la doctrina francesa, con un escaso protagonismo de las autoridades jurisdiccionales en el modelo regulador. La actividad administrativa de regulación, como es lógico, tiene elementos cercanos con las otras actividades administrativas de policía y servicio público.⁵⁷

La segunda característica es la existencia legal de una “obligación de competir” en el mercado. El derecho de la libre competencia se concreta en el régimen jurídico de la “obligación de competir” para los operadores participantes

⁵⁴ PETIT, Jacques – FRIER, Pierre-Laurent. “*Droit Administratif*”. LGDJ. Paris. 2019. p. 295.

⁵⁵ MALAURIE-VIGNAL, Marie. “*Droit de la concurrence interne et européen*”. Sirey. Paris. 2020. p. 47.

⁵⁶ TRUCHET, Didier. “*Le droit public*”. Que sais-je ? Puf. Paris. 2014. p. 97.

⁵⁷ BRACONNIER, Stéphane. “*Droit public de l’économie*”. Themis – Puf. Paris. 2017. p. 112.

en el mercado. Lo que sistematiza, le da coherencia a la disciplina y anuncia la conceptualización del Derecho a la libre competencia como un Derecho de la “obligación de competir” en el mercado. Criterio que le da una gran autonomía, especificidad, accesibilidad y permite la organización y explicación sistemática de todas sus instituciones.

La tercera característica es la de “determinación regulatoria” de la “obligación de competir”. Este derecho crea una estructura y un marco jurídico para la determinación, establecimiento y concreción del deber de competir, al fijar los términos de la “obligación de competir” en cada caso concreto, que permita su ejercicio y cumplimiento. De lo que deriva la existencia de un sujeto activo de la relación obligatoria: la administración reguladora y un sujeto pasivo: el operador regulado.

En cuarto lugar, la existencia de un “estatus normativo” aplicable al operador como sujeto pasivo de la “obligación de competir”, es decir, un “régimen jurídico estatutario” para el ejercicio de la libre competencia en el mercado que el regulador debe respetar.

En quinto lugar, la actividad reguladora comprende el establecimiento de las condiciones de libre competencia de efectos generales o particulares necesarias al funcionamiento del mercado, su control y supervisión.

En sexto lugar, la regulación significa la “intervención continuada y dinámica”,⁵⁸ en la actividad de los operadores, que permita la adaptación y ajuste permanentemente a las dinámicas cambiantes y en incesante evolución de los mercados.

En séptimo lugar, la regulación tiene una “libertad de interpretación” del “hecho competitivo”, ya sea un “hecho conforme” a la libre competencia o un “hecho anticompetitivo” violatorio de la competencia. Lo que se entiende como el “realismo competitivo” o principio “de la realidad económica”. Que permite una apreciación autónoma e independiente de la realidad económica-competitiva y una interpretación económica del Derecho. “El Derecho de la competencia está fundado sobre un análisis del mercado. Las nociones de “influencia determinante” (en el derecho de las concentraciones) o de “balance económico” (en el derecho de las concentraciones y el derecho de las prácticas anticompetitivas) son conceptos económicos. El Derecho de la competencia es un derecho al servicio de una finalidad económica. En consecuencia, las autoridades de control dan a estos conceptos un contenido económico, sin identificarlos a categorías jurídicas preexistentes. El Derecho de la competencia no se vincula a la forma jurídica de los autores de las prácticas anticompetitivas.

⁵⁸ MONTERO PASCUAL, Juan José. *“Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados”*. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 47.

Igualmente, en el control de concentraciones, la forma jurídica de la operación de concentración es indiferente”.⁵⁹

En octavo lugar, la regulación es percibida como un fenómeno de “deslegalización”. Que provoca el aumento de la “discrecionalidad administrativa” y suscita una reflexión y debate en la doctrina sobre el principio de la legalidad, la reserva legal y la identificación legislativa del interés general en materia de libre competencia. La regulación constituye una “categoría de intervención ablativa que exige –normalmente– reserva de ley”.⁶⁰ La doctrina habla de una “difuminación” de la reserva legal, que se desvanece, se esfuma y pierde su claridad e intensidad. Que “si bien se mantiene formalmente la existencia de una norma de rango legal para la ordenación de los principales sectores económicos, resulta frecuente que dicha norma se limite a un papel meramente formal, de cobertura para la intervención reglamentaria del Gobierno, cuando no de una mera remisión en blanco al reglamento”.⁶¹ Lo que hay que notar es que la ley no define el detalle, ni puede hacerlo, de las consecuencias jurídicas para los privados de las limitaciones a la libertad económica que se derivan del proceso regulatorio y en particular de la determinación de obligaciones jurídicas de libre competencia a los operadores.

Ocurre que para entender el asunto adecuadamente hay que pensar como el interés general establecido en la ley lo constituye el funcionamiento económico, dinámico, continuado y sin entresacas del mercado, por lo que al estar consagrado este valor fundamental en la Ley se cumple con el principio de la reserva de ley. El mercado constituye materialmente el interés general protegido que requiere del proceso de regulación para ser funcional y efectivo. Provocar una intervención legal directa en el mercado puede crear cuellos de botella, rigideces y producir perturbaciones en el mercado que entonces entorpecerían su funcionamiento. Además, normalmente, las autoridades legislativas carecen de las capacidades técnicas requeridas y de la flexibilidad de actuación necesarias. Dicho de otra manera, la sola forma viable para cumplir con el interés general de la libre competencia es a través de la actividad regulatoria, que se adapta a las reglas de la economía como única forma de hacer funcionar adecuada y eficazmente el mercado.

Lo que significa, en mi opinión, que la “deslegalización” de la materia es aparente, pues se analiza desde un punto de vista tradicional la reserva legal y como se la concibe. Resulta, que, en realidad, las limitaciones a la libre competencia tienen dos caras, dos aspectos aparentemente contradictorios que se

⁵⁹ MALAURIE-VIGNAL, Marie. “*Droit de la concurrence interne et européen*”. Sirey. Paris. 2020. p. 38.

⁶⁰ Montero PASCUAL, Juan José. “*Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 85.

⁶¹ *Ídem*. p. 85.

complementan para producir un solo efecto: el funcionamiento del mercado en libre competencia. Por una parte, constituyen una limitación a las libertades económicas de los particulares, pero, por la otra, estas limitaciones permiten el ejercicio de las libertades económicas. Se crea una situación activa y otra pasiva al mismo tiempo en el operador. Esta dialéctica entre una limitación para favorecer el ejercicio de la libertad es lo que permite el funcionamiento del mercado y, esa situación queda establecida en la Ley como el régimen de la “obligación jurídica a la competencia libre” que está sometida a las exigencias técnicas del funcionamiento del mercado. “La regulación de la competencia abre un campo muy extenso para la aplicación de la teoría económica. En efecto, si el objetivo es la obtención de un funcionamiento adecuado de los mercados, el debate entre las distintas opciones de regulación se debe plantear en términos económicos. Las alternativas que confronta un regulador se han de estudiar científicamente a fin de obrar adecuadamente en pos del objetivo planteado. Y es la teoría económica la ciencia que trata de explicar los distintos fenómenos de que es objeto la regulación de la competencia”.⁶²

Como el mercado es la base para el ejercicio de los derechos económicos, es necesaria pues una determinación administrativa de la “obligación de competir” con fundamento en las técnicas de la ciencia económica, a fin de garantizar el funcionamiento de la libre competencia. Hasta hoy no hay otra manera de hacerlo. Además, no hay un solo ni único mercado sino una gran variedad de mercados, que requieren cada uno de ellos una atención jurídica y económica diferente y adecuada, mediante intervenciones flexibles, técnicas y rápidas. No hacerlo iría contra el interés general protegido que constituye el mercado. Se protege al mercado regulando la participación de los operadores a los cuales se les garantiza la libre competencia.

Pareciera que entramos en el debate cuando encontramos dos exigencias constitucionales contradictorias, pero en realidad no es así, pues la libertad económica debe conciliarse con las exigencias de una economía de mercado. Los dos principios deben armonizarse. Por lo que debe pensarse en una economía de mercado “racionalizada” como bien jurídicamente protegido, sometida y compatible con las exigencias constitucionales del Estado social de derecho y justicia y, no, en una economía de mercado sin límites y “salvaje”, en “estado de naturaleza”, que por ello no puede ser nunca una economía de mercado. Reflexión que ha sido debatida por la doctrina económica norteamericana por más de un siglo y que provocó el surgimiento del “Derecho antitrust” para garantizar la libre competencia y hacer funcionar el mercado. Como hemos dicho, la exigencia de la reserva legal debe ser vista de manera diferente a la visión tradicional. Habría que preguntarse de nuevo si la regulación constituye una intervención ablativa de la libertad económica de los particulares como gene-

⁶² HERRERA GONZÁLEZ, Fernando. *Mitos sobre la regulación para la competencia*. IEE. Madrid. 2012.

ralmente la concibe la doctrina o, una intervención que favorece y garantiza, por el contrario, el ejercicio de las libertades económicas de los particulares.

Todas estas características de la regulación nos llevan al importante tema de la definición del contenido de la “obligación de competir” que tienen los operadores, que se establece generalmente en la Ley y se determina específicamente, para cada caso, por la autoridad reguladora. Normalmente, “el bloque de la legalidad se limita a habilitar a la Administración para la imposición de las obligaciones, pero deja a la Administración un excepcional margen de discrecionalidad para su definición. En lo fundamental, se deja a la Administración reguladora la definición de la obligación adecuada al objetivo de interés que se pretende proteger”.⁶³ La administración reguladora “determina” obligaciones jurídicas adecuadas y proporcionales a los operadores, tras un análisis técnico-económico de las condiciones de la competencia en cada mercado, con amplio margen de apreciación discrecional.

También la regulación tiene otras características jurídicas operacionales y específicas que son reconocidas común y normalmente por la doctrina. Por ejemplo, el principio de separación de reguladores y operadores, que significa una separación de las funciones ejercidas en el mercado, ya que, las autoridades que administran un mercado deben ser distintas de los operadores que actúan en él, conforme a la idea de la independencia de las “autoridades administrativas de regulación” y acorde con la exigencia de imparcialidad de su actuación. El principio de la separación contable es otra característica que obliga a los operadores a tener una contabilidad propia para cada uno de los sectores de su actividad. Finalmente, el carácter objetivo, transparente y no discriminatorio que debe tener la regulación, particularmente, como lo exige el Derecho de la Unión Europea con relación a los servicios en redes.⁶⁴ Es una característica reconocida de la regulación, aplicar la regla de derecho en función de un análisis objetivo y subjetivo de las prácticas en el mercado.

4. *Potestades de regulación*

Las autoridades de regulación económica tienen la potestad jurídica de dictar actos administrativos individuales y también, en muchos casos, disponen de una potestad normativa.

Desde un punto de vista material, las autoridades de regulación tienen habitualmente la potestad sancionatoria cuyos procedimientos presentan algunas

⁶³ MONTERO PASCUAL, Juan José. “*Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 87.

⁶⁴ V. ARAUJO-JUÁREZ, José. “*Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones*”. Ediciones Paredes. Caracas. 2005.

características propias. Disponen de la potestad de recabar la información necesaria de los operadores económicos para la realización de sus actividades. Así como de la potestad de inspección de las actividades de los operadores en el mercado y, en muchos países, existe una potestad cautelar que permite la rápida intervención de la autoridad reguladora. Todo en el entendido de que disponen de una amplia potestad para aplicar el Derecho de la libre competencia.

La característica fundamental que destaca la doctrina con relación a las potestades administrativas del regulador es su naturaleza discrecional. “El rasgo que definitivamente diferencia la actividad reguladora de otras actividades tradicionales de la Administración y en concreto de la actividad de policía, es la extraordinaria discrecionalidad que se otorga a la Administración para la imposición de las obligaciones jurídicas”.⁶⁵ Pero, por otra parte, se establece que el ejercicio de la discrecionalidad debe hacerse con base en el principio de proporcionalidad, que lo limita, encuadra jurídicamente y facilita su control jurisdiccional. Proporcionalidad entendida como que el acto administrativo que se dicte sea el adecuado para alcanzar el interés general representado en los fines de la libre competencia establecidos en la ley.

Las autoridades reguladoras en muchos países disponen también de una potestad normativa que puede tener reconocimiento en la Constitución, en la Ley o la jurisprudencia. Normalmente la doctrina señala como límite de esta potestad a la reserva legal y por lo tanto su carácter infra legal. El problema que se plantea la doctrina es sobre la relación entre el poder reglamentario del Poder Ejecutivo y las disposiciones normativas dictadas por la autoridad reguladora. Pensando que los reglamentos dictados por el Gobierno pueden crear un efecto de dominación y dependencia sobre las autoridades reguladoras. Claro, la doctrina también señala como las normas de los reguladores sectoriales son diferentes de los reglamentos dictados por el gobierno, lo que permitiría superar el posible conflicto entre ambas potestades normativas ejercidas por órganos distintos.

A la potestad normativa de las autoridades reguladoras se le reconocen las siguientes características: “Concretan las obligaciones definidas de forma genérica y abstracta en las normas legales o reglamentarias [...] la rápida evolución de los mercados exige una revisión continua de su régimen jurídico [...] se opta por definir un régimen legal y reglamentario más estable, que se limita a establecer los grandes principios y las instituciones básicas del régimen jurídico aplicable, dejando a la administración independiente la definición del régimen concreto, adaptado a la concreta situación del mercado. La actividad normativa de la Administración independiente, sin embargo, queda limitada por las normas legales y reglamentarias [...] que resultan de aplicación tan sólo a los suje-

⁶⁵ MONTERO PASCUAL, Juan José. *“Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados”*. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 48.

tos activos en los mercados objeto de las competencias de los reguladores y no a la ciudadanía en general [...] y suele quedar limitada por la imposición legal de rígidos procedimientos de adopción, que suelen contemplar amplios procedimientos de consulta a los interesados”.⁶⁶

Finalmente, la potestad de resolución de conflictos entre operadores es una de las características distintivas de las autoridades reguladoras que se considera “cuasi-jurisdiccional”. No se trata de una situación de modo arbitral a la que las partes se someten voluntariamente sino impuesta. Esta interesante potestad viene del Derecho anglosajón, pues, “el legislador norteamericano entendió que estas agencias –de regulación– eran necesarias dado el carácter técnico de sus decisiones y la perentoriedad de las mismas, exigencias que sugerían la necesidad de hurtar al legislador y a los Tribunales ciertas competencias. La atribución a los reguladores independientes de la potestad de resolver conflictos entre los operadores, además, suele venir impuesta por las directivas comunitarias”.⁶⁷ Lo que constituye una actividad propia y un rasgo muy significativo de los reguladores que ha creado un agudo e interesante debate doctrinal.

5. *El juicio de proporcionalidad*

El problema de la discrecionalidad de las autoridades regulatorias ha preocupado enormemente a la doctrina, particularmente a la alemana y a la Unión Europea, que han desarrollado el criterio del “juicio de proporcionalidad”.⁶⁸ En efecto, se trata de una consideración sobre la proporcionalidad de las decisiones de las autoridades regulatorias, lo que permite el control de la discrecionalidad de que disponen. En primer lugar, se considera “la necesidad de la decisión” y del acto administrativo que la contiene a los efectos de garantizar el interés general de la libre competencia. En segundo lugar, se constata “la adecuación de la decisión” para alcanzar los objetivos de la libre competencia como asunto de interés general. En tercer lugar, se determina “la estricta proporcionalidad” para limitar al máximo las restricciones de la libertad del operador, estableciendo una especie de mínimo necesario de la obligación de competir. Todo lo cual permite el control jurisdiccional de la potestad discrecionalidad regulatoria. En este sentido, “la obligación de competir” que se establece y determina a los operadores del mercado, se ubica dentro de un marco legal y normativo objetivo que encuadra y constituye el “estatus” del operador como sujeto pasivo en un determinado mercado. Es decir, el estatus jurídico del operador está conformado por un marco normativo establecido “*ex-ante*”. El mecanismo del “juicio de proporcionalidad”, permite al operador la posibilidad de demostrar que téc-

⁶⁶ *Ídem.* p. 100.

⁶⁷ *Ídem.* p. 77.

⁶⁸ *Ídem.* p. 51.

nicamente una obligación que le es impuesta es excesiva y no constituye el mínimo necesario e indispensable para su participación regular en el mercado.

Las decisiones de la autoridad reguladora complementan y determinan, en cada caso concreto, el contenido general de la obligación del operador para competir libremente, ajustándola a las condiciones técnicas necesarias exigidas para participar en un mercado específico. Es decir, completan en cada caso, el estatus competitivo previsto en la Ley para los sujetos pasivos, con una determinación discrecional ajustada proporcionalmente de la “obligación de competir”. De esta manera, la autoridad reguladora al determinar “la obligación de competir” sitúa al operador en un mercado concreto y establece sus obligaciones específicas de participación competitiva en ese mercado. Quiere decir, que la administración reguladora ubica al operador en el estatus jurídico de libre competencia en un determinado mercado y determina con precisión las obligaciones necesarias requeridas para su participación. El operador por su parte puede impugnar la determinación hecha por la administración reguladora, si logra demostrar que lo ubicaron fuera de su estatus de libre competencia o que las obligaciones determinadas son excesivas. Para ello, las autoridades reguladoras deben motivar clara y exhaustivamente los actos de determinación de la “obligación de competir” de acuerdo con el principio de la proporcionalidad, que permite el control de la discrecionalidad y su revisión judicial.

6. *Garantías procedimentales*

El Derecho formal regulatorio constituye una característica destacada de la actividad administrativa de regulación económica que, en “la tradición norteamericana, –del “*due proces*”– se priman las garantías procedimentales frente al control jurisdiccional [...] los controles procedimentales limitan la discrecionalidad gubernamental [...] son más relevantes las garantías procedimentales que el posterior control jurisdiccional [...] aparece “la necesidad de introducir especificidades en el procedimiento administrativo regulador [...] de “un nuevo tipo de procedimiento, transparente, informal, abierto a la información del público, con una decisión final suficientemente motivada”.⁶⁹

El Derecho de participación es reconocido de forma amplia y permite el acceso a toda la información posible a operadores y usuarios y sus asociaciones, no se limita la participación a ninguna persona, se desarrollan trámites de información pública en todos los procedimientos de adopción de disposiciones generales y que tengan efectos más allá de los interesados.

El Derecho a la inmediación en los procedimientos de manera de comunicar de forma cercana y favorecer la adecuada valoración de la posición de los interesados. La oralidad facilita la inmediación. “La inmediación es una exigencia en el “*due process*” norteamericano. Los “*hearings*” son un derecho de

⁶⁹ *Ídem*. p. 105.

las partes reconocido [...] con la inexcusable presencia del órgano decisor [...] se exige que el “*hearing*” sea oral”.⁷⁰ Para desarrollar dispositivos y mecanismos efectivos de comunicación que la doctrina llama “el diálogo regulatorio”.⁷¹

EL Derecho a la transparencia. Requisito sensible tanto en los procedimientos como en la toma de decisiones. “En los Estados Unidos se viene otorgando una importancia máxima al principio de transparencia en la actuación de las agencias [...] Así, el artículo 552.b) de la *Federal Administrative Procedure Act*, introducido por la *Sunshine Act* de 1976, exige que las reuniones del órgano regulador sean abiertas, incluyendo en particular las deliberaciones que llevan a la toma de decisiones por los órganos colegiados rectores de las agencias. Por ejemplo, es posible seguir telefónicamente las reuniones del Consejo de las agencias. Evidentemente existen excepciones (cuestiones de seguridad, secreto comercial, privacidad, etc.). Se llega a excluir reuniones informales, y por tanto no abiertas a los interesados”.⁷²

El derecho a la motivación es particularmente significativo. “El extraordinario margen de discrecionalidad del que se benefician los reguladores exige una motivación especialmente detallada de sus decisiones, motivación que permita seguir el juicio de proporcionalidad de las obligaciones que se impone a los operadores con los objetivos de interés general que las justifican. Así, toda disposición o acto de un regulador debería identificar el objetivo de interés general que se persigue, el contenido preciso de la obligación que se adopta, la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo de interés general y que otra medida menos intervencionista no podría alcanzar el mismo objetivo de interés general. Las directivas comunitarias incorporan estas cautelas procedimentales”.⁷³

Las garantías procedimentales son una característica fundamental de la actividad de regulación que han sido incorporadas por las directivas comunitarias, lo que permite una detallada motivación de las obligaciones que el regulador determina e impone a los operadores. Mediante actos decisorios muy completos de “decenas de páginas, en las que de forma sistemática se va justificando la proporcionalidad de las obligaciones que se quieren imponer. La adecuada motivación de las resoluciones, de forma que reflejen el juicio de proporcionalidad

⁷⁰ *Ídem.* p. 107.

⁷¹ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. “*El diálogo regulatorio como base de la confianza en la regulación*”. *Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*. N. 27. Madrid. 2006. p. 11.

⁷² MONTERO PASCUAL, Juan José. “*Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. p. 109.

⁷³ *Ídem.* p. 110.

de las obligaciones impuestas, es requisito para la efectividad de posterior revisión jurisdiccional”.⁷⁴

7. *El “soft law”*

“Los métodos de la regulación son diversos y todas las autoridades de regulación no disponen de las mismas potestades. De manera general ciertos métodos como la reglamentación son clásicos en el Derecho Administrativo, otros, como las autorizaciones y sanciones, lo son solamente en apariencia y los métodos de orientación y control son originales”.⁷⁵ Dentro del Derecho europeo en general, algunas autoridades especiales de regulación carecen de potestades reglamentarias y actúan sobre todo mediante decisiones individuales. La reglamentación dictada en ejecución de la ley sigue siendo un procedimiento importante de la regulación y jurídicamente no es diferente de la reglamentación administrativa ordinaria. La autorización es un método importante en la regulación sectorial para el acceso al mercado y los operadores que cumplen con las exigencias prevista por la ley reciben una autorización. Las sanciones son el procedimiento clásico de coacción en contra de los operadores cuyo comportamiento afecta el buen funcionamiento del mercado.

Hay que destacar que la “regulación” ha desarrollado significativamente lo que la doctrina administrativa conoce como el “derecho flexible”, “*soft law*”, que las autoridades administrativas independientes utilizan regularmente. Recordemos que los actos jurídicos de la administración constituyen actos administrativos unilaterales o contratos, a los que ahora se añaden los actos del “derecho flexible” o “medidas de orientación”. “Ellas no tienden a imponerse, sino a orientar el comportamiento que seguirá la Administración o que ellas incitan al público al cual va dirigido a adoptarlas. Unas emanan de la sola voluntad de la Administración, las otras, son objeto de concertación o de acuerdos con las partes interesadas”.⁷⁶ “No son sin embargo un hecho reciente en el Derecho administrativo, las “circulares administrativas” constituyen medidas de orientación, pero, el fenómeno se ha amplificado bajo las nuevas tendencias de la doctrina del “buen gobierno” y bajo la influencia del “*new public management*”. Las autoridades administrativas independientes utilizan usualmente las medidas de orientación mediante procedimientos diversos, como la planificación, la concertación, ayudas, líneas directrices, incitaciones, recomendaciones, etc. Estos procedimientos del “*soft law*”, derecho flexible, se oponen a los procedimientos “duros” del Derecho clásico ubicados en la lógica de la autoridad y el mando, son difíciles de asimilar y alteran el rigor, la coherencia y la efectividad que constituyen la fuerza y carácter del Derecho administrativo [...] El Consejo

⁷⁴ *Ídem.* p. 111.

⁷⁵ Truchet, Didier. “*Droit administratif*”. *Thémis droit*. Puf. Paris. 2019. p. 412.

⁷⁶ *Ídem.* p. 315.

de Estado Francés en un principio los calificó de “derecho blando”, “*droit mou*” y de un “derecho impreciso, un derecho en estado gaseoso”, es decir, un derecho muy poco normativo, para, luego, visto su enorme desarrollo indicar que “estos instrumentos tienen por objeto modificar el comportamiento de sus destinatarios, provocando en la medida de lo posible, su adhesión; no crean por ellos mismos derechos u obligaciones para ellos; presentan por su contenido y su modo de elaboración un grado de formalización y de estructuración que los acerca a las reglas de derecho”.⁷⁷

En el Derecho francés estos instrumentos expresan las “doctrinas administrativas”, que dan coherencia a la actividad administrativa en el tiempo y en el espacio y en la igualdad de tratamiento de los administrados. Es un modo diferente del empleo de las potestades de la administración. Los instrumentos más frecuentes utilizados en el Derecho administrativo francés son “las circulares e instrucciones, líneas directrices, recomendaciones, documentos de referencia, documentos previsionales y las convenciones administrativas que resultan necesariamente en un acuerdo de voluntades sin llegar, por tanto, a expresar un contrato”.⁷⁸ Estos instrumentos son objeto de un control jurisdiccional, a partir de una Decisión del Consejo de Estado Francés, “Mme. Duvigneres”, de 18/12/2002, cuando “revisten un carácter de disposiciones generales o imperativas o cuando enuncian prescripciones individuales, las cuales estas autoridades -administrativas de regulación- pueden censurar su desconocimiento [...] y cuando pueden producir efectos notables, particularmente de naturaleza económica o tienen por objeto influir de manera significativa sobre el comportamiento de las personas a las cuales están dirigidas”.⁷⁹

Pero, a pesar de la búsqueda de un estatus jurídico adaptado a los instrumentos del derecho flexible, la doctrina administrativa francesa se inquieta, pues parece que no es suficiente para evitar los riesgos de que se instale un

“sistema normativo extrajurídico, extraordinario, añadido a lo normal, es decir, la constitución de sistemas surgidos de la práctica y alejados de las reglas establecidas por las autoridades competentes. Significa que los operadores sobre el terreno se acostumbran a seguir normas progresivamente secretadas por ellos, muchas veces son orales, difícil de establecer su extensión y de conocer el contenido y solo conocidas por los operadores sobre el terreno que no las divulgan.

⁷⁷ *Ídem.* p. 316.

⁷⁸ *Ídem.* p. 317.

⁷⁹ Conseil d’Etat. Arrêt Mme. Duvigneres, de 18/12/2002, número 233618. Section du contentieux.

Resultan como una reacción frente a un derecho percibido como inaplicable, complejo, inestable y alejado de la realidad. La normatividad de estos instrumentos es uno de los sujetos más evolutivos del Derecho administrativo”.⁸⁰

Es uno de esos terrenos donde se produce una convergencia interdisciplinaria del derecho con la economía, la gestión y la sociología.

CONCLUSIÓN: EL NUEVO DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Un nuevo Derecho de regulación de la competencia está en proceso de consolidarse poco a poco, se trata de una versión distinta con relación al Derecho administrativo clásico, de lo que se infiere que está surgiendo un nuevo Derecho administrativo aplicable a una nueva expresión de la actividad administrativa de carácter híbrido, que posee una dimensión ejecutiva, normativa y judicial. Una distinta y diferente formulación del Derecho administrativo está en vías de configuración, lo que significa una ruptura significativa con el tradicional modelo clásico. El Derecho administrativo sigue siendo el derecho aplicable al funcionamiento de la administración pública y a sus relaciones con los administrados, pero, al brotar la realidad del mercado en la escena jurídica, aparece un nuevo tipo de poder público que altera la tradicional división de poderes y surgen “las autoridades administrativas independientes”. Que disponen de un conjunto heterogéneo de potestades administrativas, normativas y cuasi-judiciales, desarrollando una nueva concepción de la gestión pública. El Derecho administrativo, entonces, se tiene que desplegar de manera diferente y distinta a las categorías clásicas.

Quizás con el “Derecho de la regulación económica” ocurra lo mismo que con el “Derecho tributario”, que, aun formando parte del Derecho administrativo, por sus particulares características materiales y formales ha adquirido una gran especificidad y se le reconoce una gran autonomía dentro del Derecho público.

Desde el punto de vista material, el nuevo Derecho de la regulación económica gira alrededor de tres nociones claves: la primera, la teoría de la “obligación de competir”, que le da una gran centralidad jurídica al deber competitivo que deben asumir los operadores dentro del mercado y permite organizar la explicación y conceptualización teórica de este Derecho. La segunda, es la noción de “actividad de determinación competitiva” que realiza la administración de regulación económica, para establecer la “obligación competitiva” que tiene cada operador dentro del mercado.

⁸⁰ Didier Truchet. “*Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 328.

Lo que permite explicar el contenido, alcance y condiciones de la regulación económica. La tercera noción es el reconocimiento e interpretación objetiva del “hecho competitivo”, ya se trate de un “hecho conforme a la competencia” o de un “hecho anticompetitivo” del operador dentro del mercado, que expresa el cumplimiento o incumplimiento de la “obligación de competir”.

Desde el punto de vista formal, la especificidad del “Derecho de regulación económica” es considerable por dos razones básicas: la primera, por el surgimiento de un nuevo tipo de órgano administrativo, “las autoridades administrativas independientes”, que son organizaciones que, como hemos dicho, “presentan un carácter híbrido: ellas poseen una dimensión ejecutiva aun ejerciendo funciones de orden normativo y judicial. Ellas han así revolucionado profundamente la concepción tradicional de la división de los poderes [...] reduciendo el campo del poder administrativo-ejecutivo”.⁸¹ La segunda, por los procedimientos muy específicos y detallados a través de los cuales se desarrolla la actividad de regulación y el ejercicio de las potestades administrativas de la autoridad reguladora con una expresión administrativa, normativa y cuasi-jurisdiccional. El desarrollo minucioso y preciso de estos procedimientos dan una gran solidez a las decisiones administrativas de las autoridades de regulación económica, que atenúa enormemente el efecto y necesidad del control posterior por la jurisdicción competente y proporciona una gran seguridad jurídica. Si bien es un principio general del Derecho administrativo el control de todas las actividades de la administración por el juez, el control de decisiones de regulación económica, muchas veces muy técnicas, obliga al juez a solicitar opiniones especializadas y expertas y en la práctica las hace innecesarias y repetitivas de lo ya decidido.

En Venezuela ha comenzado un nuevo periodo histórico sin que el anterior haya terminado. Hay una amplia experiencia y convencimiento en las democracias del mundo, como las europeas y la de Estados Unidos, que la economía de mercado es la única que realmente genera crecimiento y prosperidad para los pueblos y garantiza la libertad política. Es previsible que en el futuro se establezca constitucionalmente en Venezuela una “economía de mercado” ordenada por el Derecho de la regulación económica. A nuestra Constitución se le debe añadir en su artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho, de Justicia y “de economía de mercado”. Ese es un cambio fundamental por realizar en nuestro pacto constitucional.

Bélgica, 2021

⁸¹ ROSANVALLON, Pierre. *“La Légimité démocratique”*. Points. Seuil. Paris. 2008. p. 121.

LA CONECTIVIDAD DIGITAL

El reto de las políticas públicas en España

Zulay MACHTA CHENDI*

Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia generada por una enfermedad infecciosa causada por el coronavirus llamado COVID-19 (o la COVID-19), ha generado a nivel mundial una situación angustiosa de emergencia sanitaria que nos ha cambiado la vida, de alguna u otra forma todos hemos tenido la necesidad de cambiar algunos patrones de conducta, por temor a contraer el virus.

Durante el confinamiento –llevado a cabo en España desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020– y en las siguientes etapas de desescalada, la nueva normalidad y los rebrotes, hemos cambiado la forma de convivir, trabajar y socializarnos, dar y recibir clases, comprar nuestros alimentos o productos, acudir a una tienda, inclusive hemos tenido que cambiar nuestra manera de saludarnos o de relacionarnos, en general, a fin de mantener las distancias respectivas y las medidas de seguridad sanitarias para evitar el contagio, esperando la aparición de la vacuna respectiva y la inmunidad de la sociedad.

Pues bien, el acceso efectivo a los servicios de telecomunicaciones, en especial el acceso a Internet¹ y a la conectividad digital², han sido fundamentales

* Abogada y Especialista en Derecho administrativo egresada de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas-Venezuela; Magíster en Derecho de las Telecomunicaciones egresada de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid-España; Profesora de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello.

¹ BARRIO ANDRÉS, M, define Internet como “Una Red mundial descentralizada, formada por la conexión directa entre ordenadores y demás dispositivos mediante un protocolo especial de comunicación, el TCP/IP, con el propósito de que los usuarios puedan comunicarse en el ‘ciberspacio’ y acceder a grandes cantidades de información de todo el mundo”. BARRIO ANDRÉS, M, “Derecho Público e Internet: La actividad administrativa de regulación de la Red”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, p. 24. Respecto al tema del “Derecho de Internet” en general, puede consultarse la obra recientemente publicada por el referido autor: BARRIO

para poder llevar a cabo nuestras actividades cotidianas. A pesar de la pandemia, el confinamiento y el miedo al contagio, cuando el mundo físico tuvo que cerrar sus puertas, la conectividad ha sido la clave para mantenernos en funcionamiento digitalmente, permitiéndonos “seguir la vida a través de las redes”.

Gracias a la conectividad digital, hemos podido comunicarnos con familiares, amigos, compañeros de trabajo, centros de salud; los pacientes aislados o en cuarentena han podido confortarse al ver a sus familias virtualmente; se ha logrado mantener en funcionamiento las empresas; trabajar desde casa; relacionarse con la Administración Pública, la banca o los servicios financieros; hacer compras por Internet; llevar a cabo el aprendizaje a distancia de millones de estudiantes, y un largo etc. El mundo en 2020 ha cambiado, y para siempre, esta pandemia nos está transformando de manera obligatoria en sociedades digitales, y si bien decía Descartes “pienso, luego existo” (*Cogito, ergo sum*, René Descartes³), hoy en día nos podríamos atrever a decir “estoy conectado, luego existo”.

La COVID-2019 ha puesto en evidencia tanto las fortalezas como las debilidades del proceso de transformación digital que ya estaba en marcha. Se ha visto, por un lado, la respuesta que han tenido las redes de telecomunicaciones en afrontar la sobredemanda, sobre todo durante los meses de confinamiento radical, a lo que es preciso dar un merecido reconocimiento. Pero, por otro lado se han puesto en evidencia las brechas sociales y territoriales aún existentes, y la vertiginosa necesidad de abordar urgentemente los retos pendientes para garantizar la universalidad del acceso a la conectividad digi-

ANDRÉS, M, “*Fundamentos del Derecho de Internet*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2da edición, 2020.

- ² La conectividad digital se puede definir como la capacidad de establecer una conexión con las redes como Internet y el acceso a datos y servicios a través de equipos como ordenadores, teléfonos, tabletas, u otros dispositivos, lo que permite una interacción continua entre personas, empresas y la Administración Pública, así como la eliminación de fronteras y distancias, independientemente de la ubicación física u otras condiciones especiales. Desde otro punto de vista, la conectividad digital es tratada desde el ámbito europeo, como uno de los indicadores analizados en el Índice sobre Economía y Sociedad Digital (DESI, acrónimo del inglés) que elabora la Comisión Europea. Al respecto se puede consultar el documento titulado “*Digital Economy and Society Index (DESI) 2020*”, publicado por la Comisión Europea en fecha 11 de junio de 2020, en la página *web*: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-economy-and-society-index-desi>. En el presente estudio más adelante se verá cómo está España en cuanto al DESI en 2020.
- ³ “*Pienso, luego existo*”, “*cogito ergo sum*” en latín, o “*I think, therefore I am*” en inglés, es una frase del filósofo y matemático francés René Descartes (1596-1650), la cual resume su proceso intelectual y filosófico que afirma que la única forma de encontrar la verdad es mediante la razón.

tal, así como la digitalización y automatización de personas y empresas.⁴ En otras palabras, lo que antes era importante ahora es urgente.

Vimos que, durante el confinamiento, en semanas se tuvieron que llevar a cabo cambios que hubiesen llevado meses o años planificar y ejecutar en condiciones normales, para así lograr una conectividad digital aceptable.

La COVID-19 ha tenido sin duda efectos disruptivos a todo nivel, lo que es y seguirá siendo relevante a los efectos del diseño e implementación de las políticas públicas, que deberán dirigirse a la “reconstrucción”, reimpulso o relanzamiento de los países en general y su necesaria “transformación”. La pandemia nos deja efectos sociales, económicos y sanitarios devastadores que se asemejan a las crisis de post-guerra en la mayoría de los casos, lo que ya pone en evidencia importantes retos a asumir para revertir los daños.⁵

Así, pues, luego de esta breve contextualización es preciso señalar, que este estudio que nos complace elaborar en ocasión a la obra colectiva, que rinde un merecido homenaje al profesor José Luis Villegas Moreno, tendrá particularmente tres objetivos principales: el primer objetivo pretende estudiar los avances de la regulación del sector telecomunicaciones en España, enfocados en el despliegue de infraestructuras necesarias para dar acceso al servicio de Internet, pilar fundamental de la conectividad digital, y su calificación como servicio universal; el segundo objetivo va dirigido a mostrar resultados en la ejecución de la mencionada normativa o el estatus actual de la conectividad digital en España; y finalmente, el tercer objetivo está dirigido a los pasos que se están dando para garantizar una efectiva transformación digital, así como la visualización de los retos a afrontar de cara a la conectividad digital, como uno de los pilares esenciales para lograr la recuperación tras la COVID-19.

II. ANTECEDENTES

El sector económico de las telecomunicaciones ha sido considerado históricamente como “monopolio natural”, básicamente por los elevados costos de

⁴ Digitalización: “convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo o analógico”. Automatización: “utilización de nuevas tecnologías que permiten que una máquina desarrolle ciertos procesos o realice tareas sin intervención del ser humano”. Consultado en BRAÑA PINO, F, “Cuarta revolución industrial, automatización y digitalización: una visión desde la periferia de la Unión Europea en tiempos de pandemia”, Working Papers, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2020, pp. 4 y 10. Consultado en línea: <https://www.ucm.es/icei/file/wp0420>.

⁵ En Europa, la Unión Europea ha discutido la transición digital de cara a la pandemia, especialmente en reunión extraordinaria del Consejo de fechas 1 y 2 de octubre 2020, acordando ciertas medidas necesarias para afrontar el futuro digital de Europa, tema al que se volverá más adelante.

entrada al mercado. No obstante, factores como la globalización, la gran incidencia de las telecomunicaciones en el desarrollo tecnológico-industrial y económico de los países, el avance estrepitoso de las nuevas tecnologías y una acelerada demanda de más y mejores servicios, hacían imperativo girar el timón de manera importante y cambiar el *status quo* del sector.

Pues bien, en esta primera parte del presente estudio veremos muy resumidamente algunos de los avances normativos dictados en materia de telecomunicaciones, con el fin último de generar dicho cambio; siendo que el despliegue de redes e infraestructuras de telecomunicaciones -que constituyen el soporte fundamental para obtener la conectividad digital- han estado siempre sujetas al régimen jurídico de las telecomunicaciones, o “comunicaciones electrónicas” como se verá más adelante.

1. *Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones*

En Europa, el Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones del año 1987, fue uno de los primeros intentos normativos dirigidos a la implementación de la liberalización de las telecomunicaciones en los mercados europeos. Sólo interesa destacar, que dicha norma estableció las primeras bases, principios y criterios para ello a nivel europeo.

2. *Ley 31/1987, de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones*

Al mismo tiempo y en España concretamente, el inicio del proceso liberalizador del sector telecomunicaciones se reguló a través de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones, que a pesar de calificar las telecomunicaciones como esenciales y mantenerla como de titularidad estatal reservados al sector público –de competencia exclusiva del Estado–, estableció un marco abierto a la libre competencia y a la incorporación de nuevos servicios; siendo que en este sentido el Estado aseguraría la extensión y el uso general de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En particular, la Ley 31/1987 reconocía a su vez a todos los ciudadanos el derecho a acceder al servicio de telefonía fija (modalidad de telefonía pública o desde el domicilio), para lo cual se establecerían los mecanismos adecuados para garantizar que el ejercicio de este derecho pudiera hacerse efectivo en todo el territorio nacional.⁶

⁶ La Ley 31/1987, de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones, fue modificada poco después por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre. Al respecto destacamos que dicha modificación incorporaba la liberalización de los terminales, y los ser-

3. *Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones*

Vista la necesidad de crear un órgano independiente que se encargara de velar por la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector, y de ajustar la regulación interna a las exigencias impuestas por la normativa comunitaria en materia de plazos para la ejecución de la liberalización de los servicios de telecomunicaciones, se dictó el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones, posteriormente reformado por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones.

En este sentido, a través de este instrumento se creó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como entidad de Derecho público, con patrimonio propio, personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Fomento; cuyo objeto debía ser salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y velar por la correcta formación de los precios, así como ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surgieran en el sector.

Otra de las particularidades a destacar, es que en esta ocasión se abriría el mercado de telefonía básica a favor del Ente público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISIÓN), quien debía constituir una sociedad anónima a quien daría todos sus activos, pudiendo ésta encomendar a terceros la prestación del servicio final de telefonía básica urbana en determinadas zonas del territorio, y previa aprobación de su valor en Consejo de Ministros, adjudicar mediante concurso un mínimo del 51% de su capital social.

4. *Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*

Luego de poco más de diez años de la entrada en vigencia de la Ley 31/1987, se derogó la misma a través de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTEL 11/1998), reformando así radicalmente el sector. En líneas generales y con respecto a lo que interesa destacar, dicha Ley estableció lo siguiente:

vicios de telefonía móvil automática pasaron a ser considerados como servicios de valor añadido, siendo que su prestación se haría en régimen de competencia, lo que eliminó el monopolio en este sector y permitió la entrada de un segundo operador de telefonía móvil (Airtel, luego Vodafone España). En este sentido, impulsando la liberalización en otros ámbitos, se dictaron las leyes 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite y 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

- Se catalogaron las telecomunicaciones como servicios de interés general, que se prestan en régimen de competencia, pasando la actividad de ser de titularidad pública a titularidad privada, dándose otro paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones⁷. Pasa el Estado de tener el rol de prestador a ser regulador y garante del cumplimiento de un mínimo de servicios.
- Se establecieron mecanismos dirigidos a procurar el buen funcionamiento del sector y la competencia, otorgando a la Administración Pública ciertas competencias para garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso a los servicios básicos.
- Se creó un sistema de autorizaciones generales y de licencias individuales de carácter reglado, para la prestación de los servicios y la instalación o explotación de redes de telecomunicaciones.

A. Acceso a infraestructuras de red

La Ley en cuestión reguló el aprovechamiento de las infraestructuras existentes con el fin de estimular su despliegue. En primer lugar, mediante la obligación de los titulares de redes públicas de telecomunicaciones, de facilitar la interconexión de estas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que lo soliciten.

Y, en segundo lugar a través de la obligación de dar acceso a las infraestructuras –redes públicas de telecomunicaciones– de los operadores dominantes, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten.

⁷ Al respecto, señala CARLÓN RUIZ, M, al referirse a la liberalización: “...*asumimos el concepto más inmediato de liberalización como paulatino proceso de introducción de competencia en una actividad previamente sometida a titularidad pública. Este concepto se corresponde, en último término, con el que se contiene en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que define «liberalizar» como «hacer liberal en el orden político o en el social a alguien o a algo», donde «liberal» se entiende -en su acepción sexta- como «partidario de la libertad individual y social en lo político y de la iniciativa privada en lo económico».*” CARLÓN RUIZ, M, “*El servicio universal de telecomunicaciones*”, *Revista de Administración Pública* N° 171, Septiembre-Diciembre 2006, Madrid, p. 38. Sobre el concepto de “liberalización”, señala BARRIO ANDRÉS, M, que “...*comprende cualquier operación de entrega o devolución al ámbito de la libertad de «espacios» en que su juego estaba vedado, introduciendo competencia en la interacción de los sujetos económicos. Por ejemplo, a través del desmantelamiento de monopolios que, respecto de aquellos que se cernían sobre los servicios públicos reservados al Estado, da lugar a la despublicatio (que permite que un servicio público de exclusiva titularidad estatal pueda ser realizado por los particulares como derecho inherente a su libertad económica, y no como concesión otorgada por la Administración en tanto que dominus único*”. BARRIO ANDRÉS, M, “*Derecho Público e Internet: La actividad administrativa de regulación de la Red*”, (*Ob. cit.* pp. 44 y 45).

B. *Obligaciones de servicio público*

En particular, y especialmente en lo que se refiere a procurar la universalidad del acceso a los servicios de telecomunicaciones, la LGTEL 11/1998 previó la regulación de obligaciones de servicio público, las cuales se impondrían a los prestadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y los titulares de redes públicas de telecomunicaciones; pretendiendo así garantizar la protección del interés general en un mercado liberalizado. Dichas obligaciones de servicio público se catalogaban en (i) obligaciones de servicio universal de telecomunicaciones; (ii) servicios obligatorios de telecomunicaciones, por ejemplo, servicios de télex, telegráficos u otros similares; y, (iii) otras obligaciones de servicio público, por necesidades de defensa nacional y de la seguridad pública.

C. *Servicio universal de telecomunicaciones*

Particularmente interesa comentar que la LGTEL 11/1998 en cuestión contemplaba el servicio universal de telecomunicaciones como un “conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible”.⁸ Pues bien, los servicios de telecomunicaciones catalogados como de servicio universal tienen la particularidad que podían ser financiados por el fondo nacional de servicio universal de telecomunicaciones, fondo por demás constituido por las contribuciones en activos metálicos realizadas por parte de los operadores que exploten redes públicas de telecomunicaciones y por los prestadores de los servicios telefónicos disponibles al público.⁹

⁸ El servicio universal de telecomunicaciones representaba inicialmente las siguientes categorías: (i) que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público; (ii) que los abonados al servicio telefónico dispongan, gratuitamente, de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial; (iii) que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional; (iv) que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables al resto de usuarios. Obsérvese que para la LGTEL 11/1998 el acceso a Internet no era considerado aún como susceptible de ser una obligación de servicio universal.

⁹ Sobre el servicio universal de telecomunicaciones GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S, señala que “... siempre habrá una franja donde no llega el mercado y sea preciso llegar (éste es el servicio universal)”. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S, “Valoración crítica del sistema de Servicio universal y de liberalización”, *Revista de Administración Pública* N° 164, Mayo-Agosto 2004, Madrid, (p. 257); y en este sentido, “...hay prestaciones o actividades no rentables que, empero, deben realizarse en favor de to-

Como puede percibirse, el servicio universal de telecomunicaciones pretendía garantizar un mínimo de servicios de telecomunicaciones a la población en un régimen liberalizado, donde aun siendo que la titularidad de los servicios pasaba a manos privadas, el Estado debía garantizar su prestación mínima, pudiendo imponerlas a cualquier operador que tenga en principio la consideración de dominante en una zona determinada, mediando el financiamiento respectivo.¹⁰

4. Real Decreto Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones

Posteriormente, entró en vigencia el Real Decreto Ley 7/2000, que tuvo como objetivo primordial el fomento de la competencia en materia de telefonía fija y del acceso a Internet. Para ello, la parte de las redes de telecomunicaciones que llega directamente al usuario –bucle de abonados o última milla– son un instrumento determinante, por lo que era urgente imponer su apertura con medidas específicas. Consciente de ello, el Gobierno dictó ciertas medidas urgentes dirigidas a ampliar la posibilidad de acceso de todos los ciudadanos a los beneficios de la sociedad de la información y las nuevas tecnologías.¹¹

da la sociedad y a un precio asequible que puede estar por debajo de la realidad de mercado. «Prestaciones» o «actividades» que no queda más remedio que cubrir por imperativos sociales o públicos, en especial por razones evidentemente de solidaridad con los colectivos más perjudicados y, dado el caso, por razones de procurar un mayor desarrollo económico en determinadas áreas» (p. 264). Y sobre la posibilidad de financiación en la ejecución de obligaciones de servicio universal a través del Fondo Nacional de Servicio Universal, señala el referido autor que, “... parte del reconocimiento de que la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los obligados que, por tanto, es merecedora de compensación” (p. 254). “De esta manera se justifica, (...) que con los beneficios que se recauden en las zonas rentables se asuma el coste del déficit que representa el servicio en las zonas no rentables” (p. 264).

¹⁰ Señala al respecto CARLÓN RUIZ, M, que “...donde falle el mercado para garantizar ciertos niveles de prestación de los servicios cualificados como «de interés (económico) general», los poderes públicos deben intervenir para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a esos servicios esenciales.” CARLÓN RUIZ, M, “El servicio universal de telecomunicaciones”, (*Ob. cit.* pp. 39 y 40).

¹¹ Sólo interesa destacar, que las medidas urgentes previstas en el referido Real Decreto Ley 7/2000 para fomentar la competencia en la telefonía fija y el acceso a Internet, consistieron en: (i) imponer a los operadores la reducción del coste de las llamadas metropolitanas; (ii) desarrollo de la selección de operador para llamadas metropolitanas; (iii) apertura del bucle del abonado, para lo cual los operadores dominantes de redes públicas telefónicas fijas debían facilitar su acceso desagregado y el acceso compartido, a los precios que estableciera el ejecutivo, previo informe de la entonces Co-

5. *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*

Durante el año 2002, el Parlamento Europeo dictó varias Directivas dirigidas a regular las comunicaciones electrónicas¹², las cuales como concepto tenían un ámbito más restringido que el concepto de telecomunicaciones, en otras palabras, la regulación de las comunicaciones electrónicas se entiende incluida en el concepto más amplio de telecomunicaciones. En efecto, las comunicaciones electrónicas se refieren a ámbitos concretos de las telecomunicaciones, como la habilitación para ser operador, sus derechos y obligaciones, el servicio universal y el derecho de los usuarios. Pues bien, en transposición de las mencionadas Directivas, se dictó la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTEL 32/2003), cuyo objeto era la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados.

A. *Instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas*

En términos generales, la LGTEL 32/2003 pretendió reimpulsar la liberalización de la prestación de servicios, la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas, y bajo la premisa de intervención mínima del Estado, uno de los cambios radicales previstos en dicha Ley es la eliminación de la necesidad de solicitar habilitación administrativa previa (autorizaciones y licencias previstas en la LGTEL 11/1998), pues se consideraba que la habilitación para dicha prestación y explotación a terceros venía concedida con carácter general e inmediato por la Ley, siendo sólo necesario una notificación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para iniciar la prestación del servicio. Por otra parte, la LGTEL 32/2003 reforzó las com-

misión del Mercado de las Telecomunicaciones; y (iv) una nueva tarifa plana para el acceso a Internet a fin de impulsar su utilización.

¹² Se trata de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y, finalmente, la Decisión Nro 676/2002/CE, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

petencias de dicha Comisión en relación a sus facultades de supervisión y regulación de los mercados.¹³

B. Servicio universal de telecomunicaciones

Especialmente, en cuanto al tema de servicio universal de telecomunicaciones que nos interesa destacar, la LGTEL 32/2003 previó que como parte de los servicios cuya prestación debía ser garantizada a todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible; que la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija debía ofrecer al usuario final, no sólo la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y comunicaciones de fax, sino la posibilidad de disfrutar de *“datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet”*.¹⁴

¹³ La LGTEL 32/2003 derogó la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y la LGTEL 11/1998.

¹⁴ Es de destacar, que al establecer la LGTEL 32/2003 el “acceso funcional a Internet” como servicio universal, el Legislador estaba reconociendo lo que previamente se había dispuesto en la Disposición final primera de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, por medio de la cual se modificó el párrafo a) del apartado 1 del artículo 37 de la LGTEL 11/1998 a tales fines, ello de conformidad con la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal. Ahora bien, la LGTEL 32/2003 en cuestión, tampoco definió en detalle lo que significaba *“datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet”*, dejando al respecto una laguna en dicha definición; sin embargo, posteriormente, luego de casi 8 años de la publicación de la referida Ley, el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible lo hizo de la siguiente manera: *“La conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet, garantizada por el servicio universal de telecomunicaciones, deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo. Dicha conexión podrá ser provista a través de cualquier tecnología. El Gobierno, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, mediante Real Decreto, establecerá las condiciones de acceso de banda ancha a la red pública y podrá actualizar esta velocidad de acuerdo con la evolución social, económica y tecnológica, teniendo en cuenta los servicios utilizados por la mayoría de los usuarios”*. En este sentido, y a nivel sublegal, dicha velocidad de acceso a Internet fue prevista de igual manera en el artículo 28 del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Es de destacar que la referida modificación al Reglamento del 2005 sólo se refirió a su Capítulo II del Título III.

Finalmente interesa destacar, que la LGTEL 32/2003 también preveía la posibilidad de ofrecer a los consumidores que sean personas físicas, tarifas o paquetes especiales, a fin de garantizar en particular, que las personas con necesidades sociales especiales puedan tener acceso al servicio telefónico disponible al público, y por ende a Internet.

Y sobre los posibles sujetos pasivos o encargados de la prestación de servicios catalogados como de servicio universal, cabe destacar que la LGTEL 32/2003 amplió el abanico, ya que estableció que podrán designarse operadores diferentes –sin detallar la calificación entre dominante o no- para la prestación de diversos elementos del servicio universal y abarcar distintas zonas del territorio nacional; y que el sistema de designación de los operadores se establecería mediante Real Decreto, con sujeción a los principios de eficacia, objetividad, transparencia y no discriminación.¹⁵

6. *Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo*

Dando un paso más en el desarrollo del sector telecomunicaciones, mediante el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista; se efectúa la incorporación al ordenamiento jurídico español del nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas, es decir, la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Derechos de los Ciudadanos), y la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Mejor Regulación).

De este Real Decreto Ley 13/2012, sólo interesa mencionar que modifica parcialmente la LGTEL 32/2003, creando particularmente la regulación para la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación, que permitiera ofrecer servicios innovadores y tecnológicamente más adecuados a las necesidades de los ciudadanos.

Para ello, una de las importantes reformas introducidas fue el reforzamiento de los derechos de la ocupación de la propiedad pública y privada por parte de los operadores en el despliegue de redes de telecomunicaciones. Se estableció en este sentido, un plazo concreto para la resolución de las solicitudes de

¹⁵ Cabe destacar en este punto, que el artículo 2 del referido Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprobó el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, estableció en general como posibles sujetos obligados en materia de servicio universal, a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

ocupación, que no podría exceder de seis meses, salvo en caso de expropiación, y por otro lado, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, podría imponer la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada para el establecimiento de redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras y recursos asociados, entre otras medidas.

7. Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones

Al primer trimestre de 2014, la cobertura de redes ultrarrápidas con capacidad para prestar servicios de al menos 30 Mbps en sentido descendente se situaba en el 60,4% de los hogares españoles, y para el caso de una conectividad superior a los 100 Mbps la cobertura se situaba en el 55,7% de los hogares.¹⁶ En términos de penetración de banda ancha fija en el ámbito residencial¹⁷, España se situaba para ese entonces en 12,24 millones de líneas, arrojando una penetración de 26,2 líneas por cada 100 habitantes.¹⁸ En el caso de la banda ancha a una velocidad de 30 Mbps o superior, las líneas representaron en el primer trimestre de 2014 el 17,2% del parque total de líneas de banda ancha fija.¹⁹

No obstante, y a pesar de que los datos estadísticos de la banda ancha fija para ese entonces no eran muy alentadores, en el año 2013 alrededor del 70% de los hogares disponían de acceso a Internet (incluyendo servicios de banda estrecha y de banda ancha fija y móvil) y prácticamente ocho de cada diez hogares disponía de al menos un ordenador, cifras que se repartían de manera

¹⁶ Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, “*La nueva Ley General de Telecomunicaciones*”, p. 12, consultado en línea: https://www.coit.es/sites/default/files/informes/pdf/la_nueva_ley_general_de_telecomunicaciones_0.pdf

¹⁷ Es momento de aclarar, que el término “banda ancha” no tiene un significado técnico específico respecto al acceso a internet, pero se suele utilizar para referirnos a la velocidad en la que enviamos y recibimos información proveniente de Internet, y que por cierto es más rápida que el acceso tradicional mediante marcado. Al respecto la Unión Europea ha definido tres categorías de velocidades de descarga: “banda ancha básica”, para velocidades entre 144 Kbps y 30 Mbps; “banda ancha rápida”, para velocidades entre 30 Kbps y 100 Mbps; y, “banda ancha ultrarrápida”, para velocidades superiores a 100 Mbps.

¹⁸ CNMC, “*Informe Económico de las Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual 2014*”, octubre 2014, p. 52, consultado en línea: <http://data.cnmc.es/datagraph/files/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>

¹⁹ CNMC, “*Síntesis del Boletín Estadístico trimestral de telecomunicaciones y servicios audiovisuales: 1T-2014*”, p. 8, consultado en línea: http://data.cnmc.es/datagraph/files/Sintesis_1T_2014_Telecos_y_Audiovisual.pdf

muy dispar en las distintas áreas geográficas del país según la población. Así, el 86,3% de los hogares con ordenador contrataron algún servicio de Internet.²⁰

España enfrentaba entonces un gran reto, establecer y ejecutar un marco regulatorio que fomentara más aún la inversión privada dirigida a modernizar las redes existentes y el despliegue en zonas desatendidas, a fin de fomentar la banda ancha ultrarrápida y así alcanzar los objetivos de cobertura para el 2020 previstas en la Estrategia Europa 2020, concretamente en una de sus siete iniciativas como fue la Agenda Digital para Europa 2020.²¹

Así, pues, conscientes de que al 2014 la universalidad del acceso a los servicios de telecomunicaciones -en concreto de Internet de banda ancha- en todo el territorio aún no se había materializado y que aún faltaba camino por recorrer para el cumplimiento de las directrices de la Comunidad Europea; luego de más de 10 años de vigencia de la LGTEL 32/2003, dicha Ley fue derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTEL 9/2014), aún vigente a la fecha de entrega de este ensayo. A continuación, pasaremos a resumir lo previsto en dicha Ley de cara al fomento del despliegue de infraestructuras y el acceso a Internet como servicio universal.

A. Acceso a infraestructuras

Sólo cabe mencionar en este punto, que una de las novedades de la LGTEL 9/2014, es que, de cara a fomentar el acceso de los operadores a la ocupación del dominio público y privado en el despliegue de redes, se estableció el artículo 37 la compartición y acceso a infraestructuras de otros sectores basados en infraestructuras de red. En particular, este acceso se reconoce en relación con infraestructuras viarias, como ferroviarias, puertos, aeropuertos, abastecimiento de agua, saneamiento, transporte, distribución de gas y electricidad.²²

²⁰ CNMC, “Informe Económico de las Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual 2014”, octubre 2014, p. 53, consultado en línea: <http://data.cnmc.es/datagraph/files/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Una Agenda Digital para Europa*. Bruselas. 19.5.2010, COM (2010) 245 final. Documento consultado en línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=es>. En España estas líneas europeas fueron aprobadas por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013 (Agenda Digital para España).

²² Por infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la LGTEL 9/2014 menciona “...tubos, postes, conductos, cajas, cámaras, armarios, y cualquier recurso asociado que pueda ser utilizado para desplegar y albergar cables de comunicaciones electrónicas, equipos, dispositivos, o cualquier otro recurso análogo necesario para el despliegue e instalación de las redes”.

B. Servicio universal de telecomunicaciones

De cara al servicio de Internet, dentro de uno de los ámbitos de aplicación del servicio universal de telecomunicaciones, el artículo 25 de la LGTEL 9/2014 establece nuevamente que *“La conexión debe permitir realizar comunicaciones de voz, fax y datos, a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet”*.

Además de ello, la LGTEL 9/2014 contempló lo antes previsto en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y en el Real decreto 726/2011, de 20 de mayo –ya comentados–, regulando la velocidad de acceso a Internet. Al respecto la LGTEL 9/2014 previó que *“La conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo. El Gobierno podrá actualizar esta velocidad de acuerdo con la evolución social, económica y tecnológica, y las condiciones de competencia en el mercado, teniendo en cuenta los servicios utilizados por la mayoría de los usuarios”*.

No es complicado percatarnos que el tema del servicio universal de telecomunicaciones requiere algunas reformas a nivel legal, sobre todo de cara a enfrentar la urgente necesidad de conectividad digital que vivimos en estos tiempos de pandemia. De allí la necesidad de reformar la Ley *in commento*.

C. Estrategia Nacional de Redes Ultrarrápidas

Consciente el Legislador de que había que mejorar con carácter urgente la calidad del servicio de Internet, la disposición adicional decimoctava de la LGTEL 9/2014 –denominada *“Universalización de la banda ancha ultrarrápida”*–, dispone que el Gobierno establecería una *“Estrategia Nacional de Redes Ultrarrápidas”* que tenga como objetivo impulsar el despliegue de redes de acceso ultrarrápido a la banda ancha, tanto fijo como móvil, a fin de lograr su universalización y fomentar su adopción por ciudadanos, empresas y administraciones.

Uno de los objetivos de la *“Estrategia Nacional de Redes Ultrarrápidas”* era que en el año 2017 se alcanzara una velocidad mínima de Internet de 10 Mbps y antes de finalizar el año 2020 alcanzara a todos los usuarios a una velocidad mínima de Internet de 30 Mbps, y que al menos el 50% de los hogares puedan disponer de acceso a servicios de velocidades superiores a 100 Mbps, todo ello en consonancia a lo previsto en la ya mencionada Agenda Digital para Europa 2020. Retengamos fijamente estos objetivos concretos establecidos vía legal, pues más adelante se determinará el estado actual de su ejecución.

Dicha Estrategia establecía la elaboración de un informe de cobertura de banda ancha ultrarrápida, que permitiera conocer de forma precisa la situación de provisión de los servicios de comunicaciones electrónicas de banda ancha, así como identificar aquellas zonas donde existan brechas de mercado. En este

sentido, en el Preámbulo de la LGTEL 9/2014 se establece que la Estrategia en cuestión podría incluir medidas, como la realización anual de convocatorias públicas de ayudas para la extensión de la cobertura de la banda ancha ultrarrápida, que doten de cobertura a zonas en las que no existiese oferta, sobre todo con miras a dar conectividad en núcleos rurales de difícil orografía y baja densidad de población.²³

7. Orden ECE/1016/2018, de 28 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a proyectos piloto de tecnología 5G

A fin de impulsar la banda ancha móvil de muy alta velocidad y capacidad, reconociendo que la tecnología 5G sería esencial para la transformación digital de las sociedades y de la economía en los países más avanzados, y que dicha tecnología soportaría las principales soluciones habilitadoras para la transformación digital, el Internet de las cosas y el *big data*, la robótica, fábricas y empresas inteligentes, el transporte inteligente, las aplicaciones multimedia, los territorios y ciudades inteligentes, la agricultura y ganadería inteligente y de precisión, etc; el Ministerio de Economía y Empresa dictó en setiembre de 2018 la Orden ECE/1016/2018 por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a proyectos piloto de tecnología 5G.

Sólo interesa destacar, que el objetivo de la mencionada Orden era la regulación de la concesión en régimen de concurrencia competitiva y conforme a los principios de publicidad, transparencia, igualdad y no discriminación, de ayudas dinerarias a fondo perdido para el desarrollo de proyectos piloto de tecnologías 5G; todo ello a fin de fomentar la implementación de la mencionada tecnología.²⁴

²³ En España se habla de la “España vacía”, “vacuada”, “abandonada”, que denota un problema de despoblación territorial. Sin embargo, en esas zonas rurales aún viven personas que se resisten a abandonar sus pueblos, y más aún, cada vez es más frecuente conseguir personas que quieren vivir lejos de las grandes ciudades en busca de tranquilidad; para ello es crucial que haya fuentes de trabajo, lo que es más probable si se fomenta aún más el teletrabajo o a distancia, pudiendo el trabajador ejecutar sus funciones laborales donde quiera que se encuentre, pero, llegados a este punto, el fomento de una conectividad digital de calidad es fundamental a fin de lograr una cohesión social y territorial equilibrada.

²⁴ Ya más recientemente, la Unión Europea dictó la Recomendación (UE) 2020/1307 de la Comisión de 18 de septiembre de 2020, relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para reducir el coste del despliegue de redes de muy alta capacidad y garantizar un acceso al espectro radioeléctrico 5G oportuno y favorable a la inversión, a fin de fomentar la conectividad y ponerla al servicio de la recuperación económica en la Unión tras la crisis de la COVID-19. Esta Recomendación establece que a más tardar el 30 de abril de 2021, cada Estado miembro debe proporcionar a la Comi-

8. Orden ECE/1166/2018, de 29 de octubre, por la que se aprueba el Plan para proporcionar cobertura que permita el acceso a servicios de banda ancha a velocidad de 30 Mbps o superior, a ejecutar por los operadores titulares de concesiones demaniales en la banda de 800 Mhz

También con el objeto de fomentar el acceso a servicios de banda ancha, el Ministerio de Economía y Empresa dictó la Orden ECE/1166/2018, de 29 de octubre, cuyo objeto era aprobar el plan para proporcionar cobertura que permitiera el acceso a servicios de banda ancha a velocidad de 30 Mbps o superior, a ejecutar por los operadores titulares de concesiones demaniales en la banda de 800 MHz que dispongan de 10 MHz pareados en la misma.

Para ello se identifican las unidades poblacionales que quedan incluidas en el plan y se concretan las obligaciones de cobertura y requisitos técnicos y administrativos que deben cumplir los operadores mencionados para dar cumplimiento a su obligación de completar conjuntamente, antes del 1 de enero de 2020, las ofertas proporcionadas con otras tecnologías o en otras bandas de frecuencias; ello con el fin de alcanzar una cobertura que permita el acceso a una velocidad de 30 Mbps o superior, al menos, al 90 por ciento de los ciudadanos de unidades poblacionales de menos de 5.000 habitantes. Recuérdese que 30 Mbps es la velocidad de acceso a Internet referida en la Agenda Digital para Europa y en la Agenda Digital para España, en relación con el objetivo de alcanzar en el año 2020 una cobertura al 100% de los usuarios.

9. Directiva 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas²⁵

Finalizando el año 2018 y en el contexto europeo, volviendo a centrarnos en los temas de la banda ancha e Internet, la Directiva 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 estableció el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, que tiene como uno de sus objetivos generales (artículo 3) promover “...la conectividad y el acceso a las redes de muy alta capacidad²⁶, incluidas las redes fijas, móviles e inalámbricas, así co-

sión una hoja de ruta para su aplicación, y a más tardar el 30 de abril de 2022 cada Estado miembro debe informar a la Comisión sobre la aplicación de la referida hoja de ruta. La Recomendación (UE) 2020/1307 de la Comisión de 18 de septiembre de 2020 ha sido consultada en línea: <https://www.boe.es/doue/2020/305/L00033-00041.pdf>.

²⁵ Directiva 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, consultada en línea: <https://www.boe.es/doue/2018/321/L00036-00214.pdf>

²⁶ La “red de muy alta capacidad”, es definida por la Directiva 2018/1972, como aquella “...red de comunicaciones electrónicas que se compone totalmente de elementos de

mo su adopción, por todos los ciudadanos y empresas de la Unión”. Obsérvese cómo de nuevo la conectividad es reconocida en Europa como pilar fundamental para impulsar el avance de los Estados miembros de la Unión Europea.

A. Acceso y utilización de elementos específicos de las redes y recursos asociados a su utilización

La Directiva en cuestión destaca que los Estados miembros deben aspirar a unas redes y servicios de la máxima capacidad, que persigan la cohesión territorial y la misma capacidad en diferentes zonas, debiendo estar disponibles en los principales motores socioeconómicos, tales como centros escolares, centros de transporte, proveedores de servicios públicos, etc.

A fin de fomentar el despliegue de redes y máxima utilización de los recursos ya existentes, el artículo 73 de la Directiva señala que “...las autoridades nacionales de reglamentación podrán imponer a las empresas la obligación de que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, así como las relativas a su utilización...”, pudiendo exigirles que permitan a terceros el acceso a elementos físicos específicos de la red y de los recursos asociados, incluido el acceso desagregado al bucle y al subbucle locales, y autorizar la utilización de los mismos, o que faciliten la ubicación u otras modalidades de uso compartido de recursos asociados, la interconexión de redes o los recursos de estas, entre otras exigencias.

B. Servicio universal

Por otra parte, interesa destacar que en materia de servicio universal, la mencionada Directiva establece en primer lugar, lo siguiente:

- “Los Estados miembros velarán por que todos los consumidores en su territorio tengan acceso, a un precio asequible, **habida cuenta de las condiciones nacionales específicas**, a un **servicio de acceso adecuado y disponible a una internet de banda ancha** y a servicios de comunicaciones vocales **con la calidad especificada en su territorio**, incluida la conexión subyacente en una ubicación fija”. (Destacado nuestro).

fibra óptica, al menos hasta el punto de distribución de la localización donde se presta el servicio o una red de comunicaciones electrónicas capaz de ofrecer un rendimiento de red similar en condiciones usuales de máxima demanda, en términos de ancho de banda disponible para los enlaces ascendente y descendente, resiliencia, parámetros relacionados con los errores, latencia y su variación; el rendimiento de la red puede considerarse similar independientemente de si la experiencia del usuario final varía debido a las características intrínsecamente diferentes del medio a través del cual, en última instancia, la red se conecta al punto de terminación de la red”.

Obsérvese que lo que se debe entender como “*servicio de acceso adecuado y disponible a una internet de banda ancha*” es un concepto sometido a una constante revisión según los avances tecnológicos y los cambios en los patrones de conducta de los consumidores, y que además cada Estado miembro tiene sus particularidades económicas y sociales. La Directiva en cuestión lo reconoce, y es por lo que pareciera dejar en un principio su definición a cada Estado miembro.²⁷ Así pues, dispone la Directiva en su artículo 84:

- “***Cada Estado miembro***, a la luz de las condiciones nacionales y del ancho de banda mínimo del que disfruta la mayoría de los consumidores en su territorio, y teniendo en cuenta el informe sobre buenas prácticas del ORECE, ***definirá el servicio de acceso a una internet de banda ancha*** a los efectos del apartado 1 con vistas a garantizar el ancho de banda necesario para la partici-

²⁷ En este sentido, la Directiva 2018/1972 establece que: (i) el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) elaboraría informes sobre las buenas prácticas de los Estados miembros, a ser actualizados periódicamente, ello con la finalidad de ayudar a definir de manera uniforme el servicio de acceso adecuado a una internet de banda ancha; y (ii) que el ORECE a más tardar el 21 de diciembre de 2020, previa consulta a las partes interesadas y en estrecha cooperación con la Comisión, publicará directrices sobre los criterios que debe cumplir una red para ser considerada de muy alta capacidad, en particular en lo que se refiere al ancho de banda disponible para los enlaces ascendente y descendente, la resiliencia, los parámetros relacionados con los errores, la latencia y su variación (a ser actualizadas a más tardar el 31 de diciembre de 2025, y periódicamente a partir de entonces); siendo que las autoridades nacionales de reglamentación tendrán en cuenta dichas directrices en la mayor medida posible. Al respecto, es de destacar que no se tiene conocimiento que las directrices del ORECE hayan sido publicadas, al momento en que se entrega este estudio. Sobre el tema de la banda ancha a nivel europeo, el Tribunal de Cuentas Europeo, en Informe Especial N° 12 (2018), consultado en línea en: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_12/SR_BROADBAND_ES.pdf, reconoce que si bien la Estrategia Europa 2020, lanzada en 2010, ha sido una referencia para las políticas públicas en toda la Unión Europea, y pese a que la cobertura de banda ancha había mejorado, “*algunos objetivos de la Estrategia Europa 2020 parecen difícilmente alcanzables*”. En el mencionado Informe del Tribunal de Cuentas Europeo, se reconoce también que las zonas rurales siguen estando peor conectadas que las ciudades, siendo que los objetivos de asimilación de banda ancha ultrarrápida estarían lejos de cumplirse. Recuérdese que dentro de su Estrategia Europa 2020, la Unión Europea había establecido como objetivos: llevar la banda ancha básica a todos los europeos en 2013; garantizar la cobertura de banda ancha rápida de 30 Mbps o superior para todos los europeos en 2020; y, asegurar la asimilación de la banda ancha ultrarrápida de 100 Mbps o superior, en el 50 % o más de los hogares europeos en 2020. Así las cosas, pudiera percibirse, que –además del carácter cambiante de las necesidades de la sociedad– una de las razones por las cuales la Directiva 2018/1972 no estableció las velocidades de internet de banda ancha, es la dificultad experimentada en el cumplimiento de las directrices europeas respecto a la banda ancha ultrarrápida.

pación social y económica en la sociedad. El servicio de acceso adecuado a una internet de banda ancha *será capaz de suministrar el ancho de banda necesario para soportar al menos el conjunto mínimo de servicios que figura en el anexo V.*²⁸

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONECTIVIDAD DIGITAL EN ESPAÑA

Visto el avance paulatino en materia de regulación de las telecomunicaciones en general, pero en particular su intención de fomentar el despliegue de redes e infraestructuras de alta capacidad, que constituyen el soporte físico esencial para la prestación y obtención de servicios de Internet de banda ancha, que a su vez es pilar fundamental para lograr la conectividad digital; es momento de evaluar la ejecución de dicha regulación, como parte de las políticas públicas llevadas a cabo durante los últimos años, y que es de reconocerlo, sin duda gracias a ellas se puede tener el estatus que actualmente se tiene en materia de conectividad digital, el cual vamos a pasar a ver de seguidas.

En el presente punto se describirán algunos datos estadísticos del sector telecomunicaciones, a fin de determinar el grado de conectividad digital de la población. Dichos datos se publican a nivel europeo al analizarse el Índice de la Economía y la Sociedad Digitales, e internamente se publican y actualizan por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC)²⁹, de manera periódica. A continuación, pasaremos a tratar los referidos datos estadísticos.

²⁸ El conjunto mínimo de los servicios que deberá soportar el servicio de acceso adecuado a internet de banda ancha de conformidad con el artículo 84 y Anexo V de la Directiva 2018/1972, son los siguientes: correo electrónico; motores de búsqueda que permitan la obtención de información de todo tipo; herramientas básicas de formación y educación en línea; prensa o noticias en línea; adquisición o encargo de bienes o servicios en línea; búsqueda de empleo y herramientas para la búsqueda de empleo; establecimiento de redes profesionales; banca por internet; utilización de servicios de administración electrónica; redes sociales y mensajería instantánea; llamadas telefónicas o videollamadas con calidad estándar. Obsérvese que no se regula la velocidad de la banda ancha en Internet, sino los servicios mínimos que éste debe soportar para poder considerarse un internet adecuado de banda ancha.

²⁹ Ver página *web* de la CNMC, http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_trim.jsp, donde se actualizan cada trimestre los datos estadísticos del sector telecomunicaciones. La CNMC es el organismo que tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, ello de conformidad con su Ley de creación (Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). Particularmente en

1. *Índice sobre Economía y Sociedad Digital 2020*

Los avances digitales de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) son evaluados por la Comisión Europea desde 2014, a través de los informes del Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (en adelante DESI 2020, por su acrónimo en inglés)³⁰. Pues bien, teniendo en cuenta los datos previos a la pandemia (2019) y una visión general, España ocupa el puesto número 11 entre los 28 Estados miembros de la UE. Este índice estudia 5 indicadores fundamentales, que son: *i*) conectividad; *ii*) capital humano; *iii*) uso de servicios de Internet; *iv*) integración de la tecnología digital; y, *v*) servicios públicos digitales. A continuación, daremos un breve resumen del caso español respecto a cada indicador al 2019, año cuyos resultados fueron reportados en la mayoría de los indicadores en el último informe de 2020.

A. *Indicadores*

i) **Conectividad**

La conectividad global de España ocupa el puesto número cinco (5) en Europa en la clasificación del DESI 2020. Según el DESI, el despliegue de redes de fibra óptica cuenta con una cobertura de más del 80% de los hogares –por encima de la media de la UE del 34%–; no obstante, dicha cobertura alcanza sólo el 46% de los hogares en zonas rurales. Las redes de muy alta capacidad abarcan para el 2019 el 89% de los hogares, siendo superior a la media de la UE con un 44%. La cobertura 4G alcanzó el 95% –la UE tiene con una media del 96%–; la implementación global de la banda ancha fija en los hogares alcanzaba al 2019 –según el DESI 2020– un 78% –la UE contaba con el mismo porcentaje–; y, la banda ancha fija de al menos 100 Mbps alcanzaba en los hogares al 2019 un 53% –la UE contaba con el mismo porcentaje–.

Respecto a la preparación para la tecnología 5G, en España estaba previsto adjudicar la banda de 700 MHz en mayo de 2020, pero debido a la COVID-19 se ha retrasado el proceso de subasta, bajando España cuatro puestos en dicho indicador (del sexto al décimo puesto). Sobre esta tecnología España reportó para el 2020 un 30% de adelanto en la asignación del espectro radioeléctrico necesario, respecto al 21% de la UE.

cuanto al tema que nos ocupa, la CNMC regula y supervisa el correcto funcionamiento del mercado de las comunicaciones electrónicas.

³⁰ Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) 2020, España. Informe del caso España consultado en línea: <https://administracionelectronica.gob.es>. El DESI 2020 general de la UE fue publicado por la Comisión Europea el pasado mes de junio de 2020.

ii) Capital humano

España ocupa el puesto número 16 en la UE en cuanto a capital humano. El DESI 2020 reportó que el 43% de las personas entre 16 y 74 años carecen de los niveles de competencias digitales básicas, y en general, para el año 2019 el 57% de las personas reportaban competencias digitales básicas –la UE reportó un 58%–; el 36% de las personas contaban con competencias digitales por encima del nivel básico –la UE reportó un 33%–; para el 2018 se tenía un 3,2% de especialistas en tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el empleo total –la UE reportó un 3,9%–; para el año 2017, de todos los titulados o graduados sólo el 4% es del área de las TIC –la UE reportó un 3,6%–.

iii) Uso de servicios de Internet

España ocupa el puesto número 11 en la UE en cuanto al uso de servicios de Internet. Cada vez más los españoles realizan sus actividades ordinarias en línea, como leer noticias, comprar, comunicarse, etc.

Por ejemplo, al 2019 el 60% de los usuarios de Internet accedieron a la banca por Internet –la UE reportó un 66%–; el 64% de los españoles compró en línea –la UE reportó un 71%–; el 15% de los usuarios de Internet vende en línea –la UE reportó un 23%–; el 88% de las personas se reportan como usuarios de Internet –la UE reportó un 85%–; el 78% de los usuarios de Internet lee las noticias por esta vía –la UE reportó un 72%–; el 61% de los usuarios de Internet realiza videollamadas –la UE reportó un 60%–; el 65% de los usuarios de internet utiliza las redes sociales –la UE reportó el mismo porcentaje–; el 16% de los usuarios de internet realiza cursos en línea –la UE reportó un 11%-. No obstante, aún existe cerca de un 8% de la población que nunca ha utilizado Internet –la UE reportó un 9%–.

iv) Integración de la tecnología digital

España ocupa el puesto número 13 en la UE en integración de la tecnología digital. Al 2019, un 43% de las empresas contaba con un sistema electrónico de intercambio de información –la UE reportó un 34%–; el 29% de las empresas utilizó redes sociales –la UE reportó un 25%–. Para el 2018 el 11% de las empresas utilizaron macrodatos en la realización de análisis –la UE reportó un 12%– y el 16 % de las empresas utilizaron la nube –la UE reportó un 18%–.

Respecto a las Pymes, para el 2019 el 19% vendió en línea –la UE reportó un 18%–; el 9 % del volumen de sus negocios se originó del comercio electrónico –la UE reportó un 11%–, y solo el 7% realizó ventas transfronterizas.

v) Servicios públicos digitales

España cuenta con el segundo puesto en la UE en materia de servicios públicos digitales. Existe un alto nivel de interacción digital entre Administración pública, los ciudadanos y las empresas. Por ejemplo, en 2019 un 82% de los usuarios de Internet participa activamente en los servicios de administración electrónica –la UE reportó un 67%–; y en cuanto a la disponibilidad de servi-

cios de administración electrónica para empresas, del 0 al 100 España obtuvo 93 puntos –la UE reportó 88 puntos–.

B. Comentarios

En general respecto al DESI 2020, comentar que a la preparación para la tecnología 5G, en la Agenda Digital 2025 -que se verá en detalle más adelante-, se prevé que España ha realizado la asignación de la banda de 3,6 GHz a los operadores de comunicaciones electrónicas, siendo que la licitación de la banda de 700 MHz se realizaría al primer trimestre de 2021, y la banda de frecuencias de 26 GHz se asignaría para el segundo semestre de 2021.

Con relación al capital humano, es evidente que España necesita generar urgentemente más profesionales cualificados en un entorno económico cada vez más digitalizado, así como formar cuanto antes a la población para su incorporación al entorno digital y el consecuente aprovechamiento de sus beneficios, es la dirección a la que deben dirigirse las políticas públicas, hacia las personas, en primer lugar.

Sobre el uso de Internet, los datos reportados en el DESI 2020 no han considerado los avances del uso de Internet durante la COVID-19, no obstante preocupa que cerca de un 8% de la población nunca ha utilizado Internet; y sobre la integración de la tecnología digital, se observa que las empresas españolas aprovechan de algún modo los beneficios y las oportunidades que ofrecen las tecnologías digitales, pero las Pymes siguen sin aprovechar todo el potencial que les brinda el comercio electrónico. Es evidente que queda mucho por hacer al respecto, es un enorme reto llevar a cabo la transformación digital en las empresas, sobre todo en las Pymes y las microempresas, ello será una de las importantes tareas dirigidas a reimpulsar la economía que no puede esperar.

2. Datos de telefonía fija y móvil

Antes de entrar en detalle a analizar la situación actual de la conectividad digital en España, parte de los datos importantes que hay que tener en cuenta son la cantidad de población y los hogares. Así, España cuenta con aproximadamente 47.329.981 de habitantes, teniendo en cuenta el dato de población provisional a 1 de enero de 2020, publicado el 8 de junio de 2020 por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE). Por otro lado, según el referido Instituto, en España existen un total de 18.692.279 de hogares.³¹

³¹ Ver al respecto la página *web* del Instituto Nacional de Estadística (INE) y nota de prensa de fecha 06 de octubre de 2020 (Proyección de hogares. 2020-2035). Consultas realizadas en la página *web*: <https://www.ine.es>

A. Telefonía fija

El número de líneas de telefonía fija en el segmento residencial reportados a julio 2020 por la CNMC asciende a la cantidad de 13.536.200, mientras que el número de líneas de telefonía fija en el segmento negocios es de 5.904.803; para un total de 19.441.003 de líneas. Igualmente, la tasa de penetración de la telefonía fija sobre la población es de 41,1 líneas por cada 100 habitantes.³²

a) Banda ancha fija

En cuanto a la banda ancha fija, a julio 2020 la tasa de penetración de la banda ancha fija sobre la población es de 32,8 líneas por cada 100 habitantes, con 15.523.271 de líneas. Del mencionado total de líneas de banda ancha fija y al II Trimestre 2020, un total de 12.854.685 líneas representan el sector residencial, y 2.668.586 el sector negocios.

Igualmente, del total de las mencionadas líneas, hay 94.974 líneas del segmento residencial y 28.818 líneas del segmento negocios que disponen de ≥ 30 Mbps < 50 Mbps; 498.933 líneas del segmento residencial y 80.568 líneas del segmento negocios que disponen de ≥ 50 Mbps < 100 Mbps; pero a destacar se tiene que 10.486.340 de líneas del segmento residencial y 1.891.955 líneas del segmento negocios disponen de ≥ 100 Mbps. Todo lo cual se traduce en que alrededor de un 84% del total de líneas de banda ancha fija tiene una velocidad de igual o más de 30 Mbps, y que cerca del 80% del referido total tiene una velocidad igual o superior a 100 Mbps.

B. Telefonía móvil

La tasa de penetración de la telefonía móvil en general sobre la población a julio 2020 es de 115,7 líneas por cada 100 habitantes, con un total de 54.753.019 de líneas móviles existentes.

a) Banda ancha móvil

En cuanto a la banda ancha móvil, a Julio 2020 el número de líneas de voz vinculadas a banda ancha móvil es de 46.777.172. Las líneas exclusivas de datos –principalmente módems USB y tabletas– asociadas a la banda ancha móvil ascienden a 1.405.211. Por lo tanto, la tasa de penetración de banda ancha móvil (voz con banda ancha móvil más líneas exclusivas de datos) sobre la población es de 101,8 por cada 100 habitantes.

³² Ver las estadísticas del sector telecomunicaciones (II Trimestre 2020) consultadas en la página *web* de la CNMC: <https://www.cnmc.es>, concretamente en la página *web*: http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_trim.jsp. Consulta realizada en fecha 16-12-2020, última actualización de la CNMC de fecha 04-11-2020.

C. Reflexiones sobre la situación actual de la conectividad digital

Recordemos que en consonancia con lo previsto en la Agenda Digital para Europa 2020, la LGTEL 9/2014 establece como uno de los objetivos de la “Estrategia Nacional de Redes Ultrarrápidas”, que la velocidad mínima de Internet antes de finalizar el año 2020 alcanzara a todos los usuarios a una velocidad mínima de 30 Mbps, y que al menos el 50% de los hogares pudieran disponer de acceso a servicios de velocidades superiores a 100 Mbps.

Al respecto, teniendo en cuenta las estadísticas de la CNMC a las que se ha tenido alcance, del total de líneas de banda ancha fija (15.523.271), al II trimestre de 2020 hay 1.774.438 de líneas en el segmento residencial y 667.245 de líneas en el segmento negocios con una velocidad menor a 30 Mbps; por lo que teniendo en cuenta sólo este último dato no se estaría cumpliendo con la primera directriz mencionada en el párrafo anterior, no obstante, las deficiencias pudieran estarse cubriendo con la banda ancha móvil. Por otro lado, acabamos de mencionar que existen 10.486.340 de líneas de telefonía fija residencial que disponen de \geq 100 Mbps, lo que representa cerca del 56% del número de hogares de España; por lo que se podría decir que sí se estaría cumpliendo con la segunda directriz mencionada en el párrafo anterior.

En líneas generales y si se tienen en cuenta los datos del INE y de la CNMC aquí mencionados, respecto al segmento hogares, si en España hay 18.692.270 de hogares y un total de 12.854.685 de líneas residenciales cuentan con banda ancha –independientemente de la velocidad-, entonces cerca del 70% de hogares cuenta con banda ancha fija. No obstante, faltan por conectar cerca de 6 millones de hogares, especialmente en zonas remotas o rurales.

Sobre la banda ancha móvil ya al 100% de penetración respecto a la población, es fácil decir que hoy es prácticamente imposible pensar en contratar el servicio de telefonía móvil sin acceso a Internet de banda ancha, es por lo que se tienen los datos de penetración ya mencionados. Es más, el teléfono móvil es el dispositivo más utilizado para acceder a Internet, seguido de las computadoras u ordenadores portátiles.

Estamos conscientes de que España tiene muy buenas infraestructuras de fibra y 4G, y que actualmente la mayoría de la población está conectada de alguna manera, no obstante, queda por asumir el reto de conseguir que el 100% de los hogares y empresas cuenten con una conectividad digital, y que sea de calidad óptima, lo más pronto posible. Para ello, y de cara a la recuperación económica post pandemia, serán cruciales las inversiones en la tecnología 5G que siguen en puerta, que sin duda será toda una revolución, cuyos principales

beneficios serán la eliminación de la latencia, multiplicación por 20 de la velocidad de conexión y por 1000 la capacidad de transmisión de datos.³³

IV. AGENDA DIGITAL 2025

Vista la situación actual de la conectividad digital, llega el momento de situarnos en la agenda actual y las políticas públicas a ser implementadas en un futuro próximo, de cara a asumir los retos que procuraren el reimpulso de la transformación digital con miras al 2025.

1. *España Digital 2025*

Particularmente, España Digital 2025³⁴ es un documento contentivo de las políticas públicas, presentadas el pasado 23 de julio 2020 ante el Congreso por el presidente del Gobierno español, que plantea diez ejes estratégicos a ejecutarse con vista al 2025, dirigidos a reimpulsar el proceso de transformación digital del país de conformidad con las estrategias de la UE.³⁵

³³ Con la implantación de la tecnología 5G, por ejemplo, “...un vehículo que circule por una vía pública se conectará con un número importante de dispositivos que irán captando información, señales, semáforos, establecimientos comerciales, individuos que transitan, etc. En el caso de los automóviles que se conducen de forma autónoma, el 5G supondrá una comunicación sin prácticamente interrupciones entre el coche, otros vehículos, sensores externos y centros de datos”. Así pues, “La revolución que esto supondrá para el Internet de las cosas significará un importante volumen de trabajo en el ámbito regulatorio de las telecomunicaciones, la ciberseguridad o la privacidad. Todo estará conectado, vehículos, electrodomésticos, dispositivos móviles, edificios, etc, y eso supondrá un nuevo escenario de interacción humana”. Obra Colectiva “Derecho de las Nuevas Tecnologías. Ecija. 2020-2021”, Francis Lefebvre S.A, Madrid, p. 21, Capítulo I consultado en línea: <https://www.epl.es/preview-product-free/39493>.

³⁴ Se puede consultar la Agenda Digital España 2025 en línea: <https://administraciónelectronica.gob.es>

³⁵ Al respecto se puede consultar para más detalle el documento “La conectividad para un mercado único digital competitivo - hacia una sociedad europea del Gigabit”, publicado en septiembre de 2016 por la Comisión Europea, COM/2016/0587, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0587>. Véase también las líneas de políticas sobre extensión de la conectividad acordadas en las “Conclusiones del Consejo sobre la configuración del futuro digital de Europa” del Consejo Europeo, junio de 2020, Documento 2020/C 202 I/01, consultado en línea en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Y-2020-70055>. En estas últimas conclusiones, se trataron temas que van desde el fomento de la conectividad, las cadenas de valor digitales y la sanidad electrónica hasta la economía de los datos, la inteligencia artificial y las plataformas digitales. También al respecto, puede revisarse para más información las Conclusiones (EUCO 13/20), adoptadas en reunión extraordinaria

A. Ejes estratégicos

Los 10 ejes estratégicos previstos en España Digital 2025 y las metas respectivas son las siguientes:

“1. Garantizar una conectividad digital adecuada para el 100% de la población, promoviendo la desaparición de la brecha digital entre zonas rurales y urbanas (meta 2025: 100% de la población con cobertura 100 Mbps).

2. Despliegue de la tecnología 5G, contribuyendo al aumento de la productividad económica, al progreso social y a la vertebración territorial (meta 2025: 100% del espectro radioeléctrico preparado para 5G).

3. Reforzar las competencias digitales de los trabajadores y del conjunto de la ciudadanía (meta 2025: 80% de personas con competencias digitales básicas, de las que el 50% serán mujeres).

4. Reforzar la capacidad española en ciberseguridad, (meta 2025: 20.000 nuevos especialistas en ciberseguridad, IA y Datos).³⁶

del Consejo Europeo (1 y 2 de octubre de 2020), en <https://www.consilium.europa.eu/media/45932/021020-euco-final-conclusions-es.pdf>. Cabe destacar que, en dicha reunión extraordinaria del Consejo Europeo de octubre de 2020, se decidió que al menos el 20 % de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia deben destinarse por los Estados miembros a la implementación de la transición digital, en particular para las pymes. Dicho Mecanismo de Recuperación y Resiliencia fue tratado en reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020), adoptándose las *“Conclusiones sobre el Plan de Recuperación y el marco financiero plurianual para 2021-2027”*, de fecha 21 de julio 2020, documento N° EUCO 10/20 (como parte del plan *Next Generation EU*, o Próxima Generación UE). Las medidas económicas adoptadas por el Consejo ante la pandemia del Covid-19 pueden verse en: <https://www.consilium.europa.eu/media/45124/210720-euco-final-conclusions-es.pdf>. En dicha oportunidad el Consejo Europeo acordó como medida de recuperación temporal un importe de 750.000 millones de euros. Dicho fondo de recuperación garantizaría una respuesta europea coordinada con los Estados miembros para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia.

³⁶ Cabe mencionar que según información obtenida de la página *web* del Ministerio de asuntos Económicos y Transformación Digital: <https://portal.mineco.gob.es/es>; en fecha 14 de diciembre de 2020 se inició el periodo de audiencia pública del Anteproyecto de Ley de Ciberseguridad 5G, el cual establece los requisitos de ciberseguridad específicos para el despliegue y la explotación de redes 5G, y pretende crear un marco confiable y seguro que incentive el despliegue y la inversión por parte de los operadores de telecomunicaciones y, al mismo tiempo, la demanda de los servicios por parte de los usuarios, para impulsar el desarrollo de la tecnología 5G en España.

5. *Impulsar la digitalización de las Administraciones Públicas (meta 2025: 50% de los servicios públicos disponibles en aplicaciones móviles).*

6. *Acelerar la digitalización de las empresas, con especial atención a las microPYMEs y las start-ups (meta 2025: 25% de contribución del comercio electrónico al volumen de negocio PYME).*

7. *Acelerar la digitalización del modelo productivo (meta 2025: 10% reducción de emisiones CO2 por efecto de la digitalización).*

8. *Mejorar el atractivo de España en el ámbito audiovisual (meta 2025: 30% de aumento de la producción audiovisual en España).*

9. *Favorecer el tránsito hacia una economía del dato, garantizando la seguridad y privacidad y aprovechando las oportunidades que ofrece la Inteligencia Artificial (meta 2025: 25% de empresas que usan IA y Big Data).*

10. *Garantizar los derechos de la ciudadanía en el nuevo entorno digital (meta 2025: una carta nacional sobre derechos digitales).³⁷*

Pues bien, con el fin de impulsar la agenda España Digital 2025 planteada y, por ende, la digitalización de la economía española, comentar que se pretende realizar inversiones públicas y privadas que en conjunto ascenderán a unos 140.000 millones de euros en los próximos 5 años.

B. Organismos encargados de la ejecución

Sólo hacer referencia a que cada eje mencionado conlleva a la ejecución de políticas detalladas expuestas en el documento en cuestión, y que se crearía un Consejo público-privado (Consejo Consultivo para la Transformación Digital, que fue efectivamente creado en septiembre 2020) que facilitará la interrelación y comunicación de los distintos agentes relevantes para la transición digital del país.

Dicho Consejo asesorará y contribuirá a difundir las actuaciones definidas por España Digital 2025, y se estructurará en Pleno y Comisiones. En particular, se crearán dos Comisiones Permanentes para abordar los distintos ejes y medidas de la Agenda, la Comisión Permanente de Telecomunicaciones, Infraestructuras Digitales, Conectividad Digital, y Sector Audiovisual, y

³⁷ Al respecto, mencionar que en España al momento en que se entrega este estudio, se encuentra aún en Consulta Pública la Carta de Derechos Digitales -hasta el 20 de diciembre de 2020, según la página web del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital: <https://portal.mineco.gob.es->, que trata de concretar los derechos fundamentales más relevantes en el entorno y los espacios digitales, describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros. Ver en línea en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf

la Comisión Permanente de Digitalización de la Economía, la Administración, y la Ciudadanía; ello en coordinación con el Consejo Asesor de Inteligencia Artificial.³⁸

España Digital 2025 sería impulsada y liderada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, en cooperación con Ministerios competentes, distintos niveles de la Administración, asociaciones empresariales, sindicatos, y otros agentes económicos y sociales. En cuanto al seguimiento, el Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (ONTSI) apoyará suministrando información pública en materia de transformación digital y apoyando en la elaboración de informes. Adicionalmente, se crearía un sitio *web* dedicado a España Digital 2025, y se elaborará un Informe Anual que será presentado al Consejo Consultivo para la Transformación Digital.

2. Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones

Uno de los ejes estratégicos principales de la agenda España Digital 2025 recién comentados es la conectividad digital, y una de las medidas para implementarla es la necesaria reforma de la Ley General de Telecomunicaciones. Pues bien, al momento en que se entrega el presente estudio, en España está sobre la mesa un Anteproyecto de Ley que sustituiría la vigente LGTEL 9/2014, siendo que a través de dicho instrumento se pretende, entre otros aspectos, transponer la ya comentada Directiva 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.³⁹

³⁸ Existe un número de medidas de España Digital 2025 que contemplan el desarrollo de planes sectoriales, como son: el Plan para la Conectividad, Plan de Atracción de Infraestructuras Digitales Transfronterizas, Estrategia de Impulso de Tecnología 5G, Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA), Plan Nacional de Competencias Digitales, Plan de Impulso a la Digitalización de la PYME, Planes de desarrollo de Proyectos Tractores, entre otros.

³⁹ El Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones, cuyo trámite de audiencia pública ha concluido en fecha 13/10/2020, aún no ha sido aprobado al momento en se entrega el presente estudio, ello según la página *web* del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital: <https://portal.mineco.gob.es>. Mientras tanto, la sociedad presiona, y por su parte la Unión General de Trabajadores de Madrid (UGT) ha reclamado la necesidad de un "profundo cambio" en la regulación del sector de las telecomunicaciones. La UGT considera que no puede aplazarse más dicho cambio, y que "*La futura regulación del sector nacional y europea debe centrarse en la promoción de empleo sectorial cualificado, tecnológico y con derechos, en el cierre de la brecha digital y en recuperar la soberanía digital, tecnológica e innovadora europea*". Ver artículo publicado por Europa Press el 04/11/2020 en <https://www.europapress.es>

A. *Objetivos a destacar*

En cuanto al tema tratado, nos interesa destacar que el Anteproyecto en referencia establece como uno de sus objetivos: “*Contribuir a alcanzar la mayor vertebración territorial y social posible mediante el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en las distintas zonas del territorio español, especialmente en aquellas que necesitan de la instalación de redes de comunicaciones electrónicas y la mejora de las existentes para permitir impulsar distintas actividades económicas y sociales*”. En otras palabras, obsérvese que el énfasis que se hace es llegar a zonas desatendidas o con deficiencia en la recepción de servicios de comunicaciones electrónicas.

B. *Despliegue de redes de alta velocidad y compartición de infraestructura*

Interesa destacar, que el Anteproyecto en cuestión pretende reforzar aún más las facilidades para el despliegue de redes de muy alta velocidad como fibra óptica o la nueva generación de telefonía móvil 5G, la compartición de infraestructuras, del dominio público y privado; contribuyendo así a la vertebración del territorio, el cierre de la brecha digital y la lucha contra la despoblación. Las facilidades mencionadas pretenden disminuir los gastos que actualmente soportan los operadores y, por tanto, que tengan una mejora en su productividad a fin de estimular nuevas inversiones en el desarrollo de productos y servicios innovadores.

Entre otros aspectos, punto importante a destacar respecto a esto último, es que el Anteproyecto propone racionalizar la adjudicación y gestión del dominio público radioeléctrico, introduciendo medidas que faciliten el uso compartido del espectro radioeléctrico por operadores móviles, evitando restricciones indebidas a la implantación de puntos de acceso inalámbrico para pequeñas áreas, estableciendo una duración mínima del título habilitante que otorgue los derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico con limitación de número, de mínimo 15 años, prorrogables por una sola vez, por una duración mínima de 5 años y una duración máxima de quince años adicionales (artículo 94 del Anteproyecto).

C. *Servicio universal de telecomunicaciones*

Muy interesante resulta lo planteado por el Anteproyecto en cuestión en cuanto al servicio universal de telecomunicaciones –tema que ya requiere una reforma a nivel legal-, ya que particularmente se contempla una importante reforma de la LGTEL 9/2014 en cuanto a su ámbito de aplicación. Al respecto, y de conformidad con el Anexo V de la Directiva 2018/1972 ya mencionada, el Anteproyecto señala:

“Los servicios incluidos en el servicio universal, en los términos y condiciones que mediante real decreto se determinen por el Gobierno, son:

a) servicio de acceso adecuado y disponible a una internet de banda ancha a través de una conexión subyacente en una ubicación fija. Mediante real decreto se determinará, teniendo en cuenta la evolución social, económica y tecnológica y las condiciones de competencia en el mercado, el ancho de banda necesario del servicio de acceso a una internet de banda ancha a través de una conexión subyacente en una ubicación fija que sea necesario para soportar el siguiente conjunto mínimo de servicios: i) Correo electrónico; ii) motores de búsqueda que permitan la búsqueda y obtención de información de todo tipo; iii) herramientas básicas de formación y educación en línea; iv) prensa o noticias en línea; v) adquisición o encargo de bienes o servicios en línea; vi) búsqueda de empleo y herramientas para la búsqueda de empleo; vii) establecimiento de redes profesionales; viii) banca por internet; ix) utilización de servicios de administración electrónica; x) redes sociales y mensajería instantánea; xi) llamadas telefónicas o videollamadas (calidad estándar). Mediante real decreto se podrá modificar el anterior conjunto mínimo de servicios que deberá soportar el servicio de acceso a una internet de banda ancha a través de una conexión subyacente en una ubicación fija.

b) servicios de comunicaciones vocales a través de una conexión subyacente en una ubicación fija” (Destacado nuestro)

Obsérvese que a pesar que se mantienen los ahora llamados servicios de comunicaciones vocales –o servicios recibidos mediante la numeración telefónica–, el Anteproyecto pretende eliminar ciertos elementos tradicionales de servicio universal como las cabinas y las guías telefónicas. Igualmente, se menciona que las velocidades de acceso o banda ancha deberán garantizar la prestación de modo funcional de determinados servicios digitales esenciales mínimos, como correo electrónico, noticias en línea, banca por Internet, videollamadas, etc; no obstante, se dispone que un Real Decreto determinaría el ancho de banda de Internet necesario para soportar los servicios mínimos en referencia. De nuevo, de aprobarse el Anteproyecto en referencia, el Legislador no establecería el mínimo de velocidad requerido para la banda ancha de Internet.

En cuanto a los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal, el Anteproyecto dispone que han de ser asequibles y no deben impedir a los consumidores con rentas bajas o con necesidades sociales especiales acceder a tales servicios; para ello, se plantea que los operadores ofrezcan opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial como, por ejemplo, abonos sociales.

Por otra parte, para garantizar la asequibilidad y al mismo tiempo la capacidad de elección del usuario, se establece la posibilidad de que el servicio universal pueda ser prestado por todos los operadores; siendo que cuando su prestación no quedara garantizada por las circunstancias normales de explotación comercial, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital designaría uno o más operadores para que lo satisfagan, sobre todo con miras a garantizar su prestación eficiente en todo el territorio nacional.

V. REFLEXIONES

Es evidente la importancia de que todos sin distinción alguna tengamos el llamado “acceso funcional a Internet”⁴⁰, lo que deberá ofrecernos una conectividad digital fiable y de calidad. La COVID-2019 que ha conllevado a una crisis sanitaria, no ha hecho más que poner en evidencia las fortalezas y también las debilidades del proceso de digitalización que ya estaba en marcha. Por ejemplo, se demostró la capacidad y resiliencia de las redes de telecomunicaciones para cubrir una situación de extrema demanda, pero también se pusieron en evidencia las brechas sociales, territoriales y digitales ya existentes, aumentando el riesgo de exclusión social, así como la ralentización de la transforma-

⁴⁰ El carácter vital de Internet en la sociedad actual hace que, a juicio de GARCÍA MEXÍA, P. baste y sobre “...para propugnar el acceso a **Internet como un auténtico derecho ciudadano**, autónomo respecto de cualesquiera otros derechos o libertades (incluidas las libertades de expresión e información). Además, el acceso a la Red garantiza, no solamente el ejercicio de las libertades de expresión e información, sino el de tantas otras, desde la de pensamiento o el derecho de asociación o a la participación política, hasta la libertad de empresa, por no mencionar más que estos ejemplos.” (destacado nuestro). GARCÍA MEXÍA, P, “El Derecho de Acceso a Internet”, en la Obra Colectiva “Sociedad Digital y Derecho”, dirigida por Tomás de la Quadra Salcedo y José Luis Piñar Mañas, Coordinada por Moisés Barrio Andrés y José Torregrosa Vázquez, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, Madrid, 2018, p. 406. En la misma obra colectiva recién mencionada, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T, en su aporte titulado “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, y refiriéndose al derecho de todos a acceder a la “sociedad digital”, plantea que aunque su efectividad no lo precise, puesto que cualquier Ley sectorial –como la Ley General de Telecomunicaciones, por ejemplo– podría reconocerlo en la práctica, “... su incorporación como **derecho fundamental** al capítulo I del Título I de la Constitución, contribuiría a hacer efectivos todos los derechos, por una parte, y, por otra, sería una forma de exhibir ante el mundo los rasgos de una Constitución adecuada el tiempo que vivimos” (destacado nuestro), p. 69. Dicha Obra Colectiva puede consultarse en línea en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-NT-2018-97. En este sentido, BARRIO ANDRÉS, M, señala que “En nuestra opinión, debe ir ya abriéndose camino en la ciencia jurídica el momento de sustantivar un nuevo derecho fundamental de acceso a Internet. Hay que notar cómo Internet es una herramienta tecnológica que facilita el ejercicio de otros derechos (...), y poco a poco va constituyéndose en un elemento esencial de la «procura existencial» (...)”. BARRIO ANDRÉS, M, “Derecho Público e Internet: La actividad administrativa de regulación de la Red”, (*Ob. cit.* p. 171). Y por último, pero no por ello menos significativo, en el seno de las Naciones Unidas se ha reconocido el derecho de acceso a Internet, en la Declaración Conjunta, sobre Libertad de Expresión e Internet del 1 de junio de 2011, consultada en línea en: <https://www.osce.org/files/f/documents/f/7/78325.pdf>.

ción digital de la industria, mermando así la productividad, las condiciones laborales y las oportunidades de desarrollo.

Dichas brechas o diferencias de cobertura y calidad entre campo y ciudad, empresas pequeñas y grandes, personas con alto, medio o bajo poder adquisitivo, desestimulan la desconcentración de la población, desmotiva la intención de las personas a hacer vida en zonas rurales o llevar a cabo proyectos empresariales allí.

Así, a pesar de los grandes esfuerzos realizados tanto desde el punto de vista normativo como de su ejecución, hemos puesto en evidencia en el presente estudio que aún queda mucho por hacer a los efectos de brindar conectividad digital a hogares, zonas rurales, determinados ámbitos industriales, sobre todo a nivel de Pymes, que en su mayoría no disponen de los recursos o competencias necesarias para invertir en tecnologías digitales y en la formación necesaria que permitan asimilar su uso en los respectivos procesos.

Aunque las redes alcanzan una cobertura del 94% para velocidad de acceso de 30 Mbps y 85% para velocidad de acceso de 100 Mbps, pareciera sorprendente que entrando en una nueva era tecnológica –que obligará a realizar inversiones millonarias para reforzar las redes de banda ancha, tanto de fibra como de 5G–, las redes todavía no lleguen a todas las zonas remotas del territorio, a pequeñas poblaciones, o a todo tipo de empresas y grupos socioeconómicos, o que lleguen, pero no con la calidad óptima; por lo que urge asumir el **reto de uniformar el despliegue de infraestructuras en todo el territorio español** y contar con redes capaces, seguras y verdaderamente capilares, para lo cual la tecnología 5G hará un gran aporte.⁴¹

Hoy por hoy se podría decir que son las redes de telecomunicaciones de alta capacidad las que juegan un papel fundamental de cara al fomento de la conectividad digital, por lo que habrá que procurar su óptimo desarrollo. Actualmente, vemos que los beneficios que comportan las infraestructuras o redes de telecomunicaciones capaces, seguras y capilares, tienen el mismo impacto revolucionario que tuvo hace años el desarrollo de las redes eléctricas o de transporte. Se habla ya de la 4ta revolución industrial o industria 4.0.⁴²

⁴¹ Según información obtenida de la página *web* del Ministerio de asuntos Económicos y Transformación Digital: <https://portal.mineco.gob.es/es>; la hoja de ruta del Gobierno se recoge en la Estrategia de Impulso del 5G, adoptada por el Consejo de Ministros de 1 de diciembre 2020, que prevé una inversión pública de 300 millones de euros en 2021 (recogida en el proyecto de Presupuestos Generales del Estado actualmente en tramitación parlamentaria) e incluye la Ley de Ciberseguridad como una de las medidas que favorecerá el impulso de infraestructuras 5G en España.

⁴² Señala al respecto BRAÑA PINO, F, que “...esta ‘revolución’ digital se ha vinculado de manera muy estrecha a la llamada Industria 4.0, también llamada la Cuarta Revolución Industrial (...): ‘la organización de los procesos productivos basados en la tec-

El despliegue de dichas redes exige un esfuerzo inversor especialmente importante en los próximos años, y asumir también el reto de garantizar la **disponibilidad de herramientas y equipos** adecuados para toda la población, impulsar la **capacitación digital** de trabajadores, empresarios, alumnos, profesores y comunidad educativa, funcionarios, personal sanitario, y apoyar aún más la **digitalización de las empresas**, orientando la economía hacia un modelo productivo más resiliente y sostenible.

El reto de llegar a una total transformación digital y el 100% de conectividad digital deben ser una prioridad para los gobiernos, y en este sentido, se deberá diseñar y ejecutar políticas públicas en colaboración permanente entre el sector público y privado. Es el momento de hacer un replanteamiento de dichas políticas, pero no será suficiente debatir, reunirse, regular, diseñar o planificar, sino que será preciso actuar eficazmente y con velocidad. Afortunadamente, están sobre la mesa la agenda España Digital 2025 aquí comentada y el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones sometido a audiencia pública en 2020; faltará ver más adelante los resultados de la aplicación de las políticas públicas allí previstas, y sus efectos en el impulso de la transformación digital, fundamental para relanzar el crecimiento económico tras la pandemia, reducir la desigualdad, aumentar la productividad, y aprovechar los beneficios y oportunidades que ofrecen los avances tecnológicos.

Ejemplo clave de los beneficios de la conectividad y la digitalización, son el teletrabajo, el fomento de la utilización del comercio electrónico, la mejora de la productividad de las empresas, las consultas médicas a distancia, o la reducción de la movilidad en general; todo ello favorece la reducción de las emisiones de carbono, o de gases de efecto invernadero y del calentamiento global, que tanto afectan la vida en la tierra. En este sentido, nuevamente, las redes de alta capacidad como las de tecnología móvil 5G jugarán un papel fundamental.

Visto que al momento en que se entrega el presente estudio aún el Anteproyecto de Ley en referencia no ha sido aprobado, y a pesar de que no se conocen los aportes realizados por los interesados durante la Consulta y Audiencia Pública; regulatoriamente sería recomendable asumir los siguientes retos:

- Reimpulsar el servicio universal de telecomunicaciones, que sus fondos sean verdaderamente utilizados para lograr la plena universalidad del acceso a los servicios de telecomunicaciones y la conectividad digital,

nología –especialmente Internet- y en el uso de dispositivos tales como sensores y chips, que se comunican de manera autónoma unos con los otros a lo largo de toda la cadena de valor. Estos dispositivos, gracias a la conectividad, se incorporan en el mismo proceso de producción (...) y en los productos finales’, dando lugar a nuevos tipos de bienes y servicios”. BRAÑA PINO, F, “Cuarta revolución industrial, automatización y digitalización: una visión desde la periferia de la Unión Europea en tiempos de pandemia” (Ob. cit. p. 6).

y no sea un medio de recaudación fiscal más, o ¿por qué no?, que con el fin de estimular un mejor funcionamiento de la liberalización de las telecomunicaciones, el financiamiento del servicio universal sea del todo público o mixto, y no del todo privado; esto último sí, y sólo si en verdad se determina que en un contexto liberalizado, las cargas de servicio universal sobre los operadores privados son extraordinarias, especiales, excesivas o desproporcionadas.

- Estimular aún más el fortalecimiento y la expansión de las redes, eliminando cualquier tipo de cuellos de botella en infraestructuras de red, favoreciendo la compartición de infraestructuras, aplicando incentivos fiscales y la disminución de costes necesarios para la instalación de redes 5G y de fibra óptica, especialmente en zonas desatendidas o remotas.

- Impulsar la unificación de permisos de construcción asociados a los derechos de paso y ocupación de espacios, y eliminar todo tipo de trámites burocráticos innecesarios, que lo que hacen es retrasar el avance en la instalación de redes.

- Reformar la regulación del espectro radioeléctrico a fin de facilitar el acceso a este recurso por parte de los operadores.

- Tener en cuenta los competidores digitales y los datos, y fomentar la competencia en igualdad de condiciones, tanto para el mundo físico como el digital.

- Impulsar el trato igualitario de las empresas en materia fiscal, tengan presencia física o digital, siendo que aquí lo importante es la utilización de los servicios y donde se generan las transacciones. En este sentido, las competidoras digitales muchas veces están exentas de supervisión y regulación, lo que desequilibra la balanza en materia de competencia; y un largo etcétera que por cuestión de espacio no podemos seguir comentando.

También queda pendiente asumir el reto de **impulsar el teletrabajo**, destacando que ya está vigente el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, siendo fundamental garantizar el cumplimiento de los derechos de los trabajadores y fomentar su capacitación en un mundo digital. Igualmente, será necesario **reformar o modernizar el sistema educativo** (formación de profesores, planes de estudio, contenidos y metodologías), acercar aún más las universidades y las empresas, adaptar la educación y el aprendizaje al mundo digital, haciendo énfasis a las habilidades digitales y los requerimientos de los profesionales que verdaderamente se demandarán en esta época, como programadores, expertos en inteligencia artificial, *Big Data*, o analítica de datos, diseñadores *web*, robótica, *marketing* digital, la supercomputación, computación cuántica o *blockchain*, ciberseguridad, etc.

En este sentido, también está el reto de reforzar la regulación a fin de dar más confianza a los usuarios, garantizando la **ciberseguridad, la protección de datos y la privacidad**. También es necesario **impulsar la inteligencia artificial** (IA), que apoye la transformación del tejido productivo.

Igualmente, la Administración Pública tiene el reto de **reimpulsar el gobierno electrónico y su digitalización** –por ejemplo en sectores educativos, sanitarios, justicia, seguridad– y la **formación de los funcionarios y empleados públicos** para un mundo digital; ya que no podemos hablar de una verdadera transformación digital sin una Administración Pública digital.⁴³ Durante la pandemia vimos, por ejemplo, que los hospitales y escuelas que estaban mejor conectados digitalmente fueron más capaces de responder ante la crisis.

Finalmente cabe decir que, si bien se tuvo a la vista el caso español, seguramente estas reflexiones serían susceptibles de extrapolar a otros países, donde las consecuencias de la COVID-2019 acentúan aún más las brechas existentes y causan estragos aún mayores, como por ejemplo en países latinoamericanos y africanos.

Asumir los retos mencionados y llevarlos a feliz término son el camino. Todo va a migrar al mundo digital, llega la era digital, y en este mundo el acceso a Internet es vital. Contar con acceso o conectividad digital de calidad hará más probable el desarrollo en todos los ámbitos, y lograrlo al 100% es el gran reto que urge asumir y ejecutar –tanto en los ámbitos público y privado–, con políticas ágiles, precisas, transparentes, mediando una distribución efectiva de los recursos. Con todo lo cual, al final podrá darnos base para decir “estoy conectado, luego existo”.

⁴³ Al respecto señala CORTÉS ABAD, O, que “*Las políticas de transformación tienen que ver con acelerar las políticas de digitalización que se venían desarrollando hasta el momento. Se trataría de aprovechar dos palancas fundamentales –tecnología e innovación– para que la Administración pueda avanzar en el uso de la tecnología y replantearse muchos de sus procedimientos. La introducción de la inteligencia artificial, la gestión por datos, el impulso de sistemas de gestión común que facilite la interoperabilidad o la universalización de la inteligencia artificial son algunas propuestas.*” CORTÉS ABAD, O, “*La Administración tras el coronabreak. Políticas para ¿un nuevo paradigma administrativo?*”, *Revista N° 24, Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Noviembre 2020, p. 20. Consulta realizada en línea: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/issue/view/720/67>

X

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS A LOS COLABORADORES OCASIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Ramiro SAAVEDRA BECERRA*
Profesor de la Universidad Javeriana

Quiero con este texto expresar mi solidaridad y reconocimiento al profesor José Luis Villegas Moreno por sus treinta y cinco años de fecunda vida académica en el estudio y difusión del Derecho Administrativo, como profesor y Decano de Facultad, Director de Escuela, Director de la Especialización en la Universidad Católica del Táchira, vocación en cuyo ejercicio ha escrito innumerables ensayos y artículos enriqueciendo el desarrollo de esta fascinante disciplina jurídica.

Sea esta igualmente esta la ocasión para expresar mi gratitud a la Universidad Católica del Táchira por su deferencia especial para conmigo, y rendir tributo de aprecio a una región muy cercana afectiva y geográficamente a mi propio país con cuya historia se entrelaza a lo largo del período de construcción de la nacionalidad.

EL ANTECEDENTE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RIESGO PROFESIONAL

Durante el siglo XIX y anteriores, toda relación de trabajo se entendía como un arrendamiento de servicios en el que el trabajador, al vincularse a la empresa de manera voluntaria, aceptaba el riesgo de sufrir un accidente. Esta situación quedó plasmada en los distintos sistemas jurídicos basados en el código Napoleón. La naturaleza de esta relación contractual implicaba que sólo en el caso en que quedara demostrado que el empresario había actuado culposa o negligentemente, él estaba obligado a indemnizar al trabajador si se producía

* Ex Consejero y ex presidente del Consejo de Estado de Colombia, Abogado de P.U. Javeriana de Bogotá, Esp. Derecho Administrativo Université de Paris II, Estudios Alto Gobierno U. de los Andes, profesor de Responsabilidad del Estado Universidad Javeriana. Árbitro de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Cali. Miembro del IIDA. Socio de Saavedra Becerra Abogados S.A.S. Bogotá, Colombia. rasbe@sbabogados.co

un accidente. Como lo afirma el artículo 2.341 del Código civil colombiano¹ “*el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”, siendo la demostración de la culpa o la negligencia el elemento decisorio para recibir una indemnización.

En el mismo sentido, el artículo 1185 del Código civil venezolano expresa: “*El que, con intención o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo*”.

El impacto de la Revolución Industrial sobre la seguridad y la salud en la actividad de los trabajadores mostró las insuficiencias del modelo jurídico del siglo XIX, que fue incapaz de hacer frente a un aumento de los accidentes en los que la responsabilidad no era atribuible propiamente ni al empresario o al trabajador sino a la actividad económica misma que apoyada en el desarrollo del maquinismo, ostentaba una naturaleza generadora de riesgos y peligros.

Fue tal vez Émile Joseph Labbé quien presentó originalmente una teoría del riesgo profesional luego de que un obrero sufriera un golpe en la cabeza por la manivela de una grúa en 1890, época en la que la *Cour de Cassation* francesa, aplicando el artículo 1382 del *Code civil* exigía la culpa probada por el obrero para reconocer la responsabilidad del empleador. Otros civilistas como Josserand y Saleilles apuntaban ya al riesgo como una base más justa para el reconocimiento de una responsabilidad que ellos consideraban exigida por un sentimiento profundo de equidad y de justicia social.

Pero en realidad, fue en el derecho público donde nació la idea del riesgo profesional. En un decreto de 15 de diciembre de 1848 el Ministro de Trabajos Públicos, Alexandre-François Vivien entendía “asegurar a los obreros empleados en el servicio de trabajos públicos y, en caso necesario, a sus familias, la ayuda que podrían necesitar luego de accidentes ocurridos o de enfermedades contraídas en esos trabajos”. Y concebía esa obligación como “una carga real de las empresas, una deuda impuesta por las normas del derecho, como por las leyes de la humanidad”.

Cierto es que ese documento no se refería sino a una parte de los obreros del Estado y el riesgo profesional no se mencionaba, pero la idea estaba implícita y de todos modos revelaba las prácticas de la Administración en relación con sus agentes afectados por el azar del accidente o de la enfermedad. Ello queda confirmado en el caso *Lanciaux* donde la administración militar había pagado durante un año su salario a un obrero herido en una pierna, mientras trabajaba en el arsenal de Douiai. Posteriormente el Consejo de Estado le otorgó al mismo una indemnización porque sus superiores no habían ejercido la

¹ Que reproduce el antiguo artículo 1.382 del *Code civil*, hoy art. 1.240 tras la reforma del régimen de las obligaciones entrada en vigor el 1 de Oct. 2016.

supervisión y tomado las precauciones por el peligro que presentaba la operación de extracción de una caldera llena de plomo fundido².

Es la época de una profunda crisis del derecho en que la escuela histórica lucha contra la escuela de la exégesis aferrada al texto del Código Civil y a su interpretación. La nueva escuela está atenta a las transformaciones sociales y quiere que la legislación y la jurisprudencia se adapten a ella. Duguit, Hauriou, Gény y Saleilles fundan una sociología del derecho, base de un nuevo orden jurídico. Saleilles analiza el papel de la reducción de la responsabilidad en el derecho social naciente, mientras que Jossierand estudia la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Lo que cuenta ya no es quien ha incurrido en culpa sino a quien se le deberá imputar el daño; quien deberá soportar la pérdida causada por el daño. Se tiende hacia una socialización de los daños.

Es en este ambiente y en estas tendencias doctrinales y jurisprudenciales que aparece el fallo *Cames*, del Consejo de Estado de Francia redactado en los términos del Comisario de Gobierno Romieu, el 21 de junio de 1895:

“Considerando que el señor Cames, obrero en el arsenal de Tarbes fue herido en su mano izquierda, ...por una esquirla de metal proyectado por el choque de un martillo pilón; que como consecuencia de ese accidente, el señor Cames ha quedado de manera definitiva en la imposibilidad absoluta de servir de su mano izquierda y de proveer a su subsistencia;

Considerando que...ninguna culpa le puede ser reprochada al señor Cames, y que el accidente no es imputable ni a su negligencia, ni a la imprudencia de este obrero; que, en las circunstancias en que el accidente se produjo, el Ministro de guerra no tiene razón al sostener que el Estado no ha incurrido en ninguna responsabilidad...”

Se condena por tanto al Estado al pago de una pensión vitalicia a favor del demandante.

En su nota a la decisión, Hauriou no oculta su admiración por la creación pretoriana que sigue los “principios de la equidad”: *“por esta decisión, el Consejo de Estado consagra la teoría del riesgo profesional y se compromete audazmente en una vía que, desde hace quince años, el legislador vacila a explorar...”*³.

Romieu reconocía que la tesis contraria de la Administración podía apoyarse en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, ya que al no existir falta alguna a cargo del Estado, el obrero no podía, en el marco del derecho tradicio-

² CE, 11 de marzo 1881, *Lanciaux*.

³ HAURIOU, Maurice, Responsabilité de l'Administration pour risque: la consécration de la théorie du risque professionnel, Note sous Conseil d'Etat, Section, 21 juin 1895, *Cames c/ Ministre de la guerre représentant l'Etat*, S. 1897.3.33 ' : Revue générale du droit *on line*, 2014, número 13921 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13921)

nal pretender el pago de indemnización. Pero los establecimientos que trabajan para la defensa nacional constituyen servicios públicos y la responsabilidad del Estado por el hecho de los daños causados por los servicios públicos no está necesariamente sometida al derecho común⁴. “Corresponde al juez administrativo, decía el Comisario de gobierno, *examinar directamente (...) cuales son los derechos y las obligaciones recíprocas del Estado y de sus obreros en la ejecución de los servicios públicos, y especialmente si el Estado debe garantizar a sus obreros contra el riesgo resultante de los trabajos que les hace ejecutar; (...) Si un accidente se produce en el trabajo y si no hay culpa del obrero, el servicio público es responsable y debe indemnizar a la víctima*”⁵.

Para la teoría de la responsabilidad del Estado la importancia del fallo *Cames* está en que, al mismo tiempo que constituye un hito en el derecho de los trabajadores, esa decisión inicia el desarrollo de una de las formas de la responsabilidad objetiva junto con el principio de igualdad frente a las cargas públicas, por fuera del exclusivo dominio de la *faute de service*.

Y la audacia de su formulación le facilita a la *Cour de Cassation*, antes reticente, la consagración en el célebre fallo *Teffaine* de 16 de junio de 1896, del principio de responsabilidad *por el hecho de las cosas que se tienen bajo guarda*. En este fallo fundador, el propietario de un remolcador es considerado responsable de la muerte del operador mecánico luego de la explosión de la caldera, estableciéndose una presunción de responsabilidad⁶.

En un ambiente caldeado por las luchas entre el sindicalismo creciente y la resistencia del patronato, las decisiones de los altos tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y civil, el Parlamento terminará por extender el beneficio del accidente de trabajo a todos los obreros en la Ley de 9 de abril de 1898.

Puede entonces afirmarse que fue en el derecho administrativo y en la responsabilidad del Estado donde surgió una forma de responsabilidad por riesgo que, aparte de reflejarse en la moderna institución del accidente de trabajo, dio lugar a una serie de instituciones del derecho del Estado como veremos enseguida.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL

La noción de riesgo no está desprovista de connotación emocional. Ella puede recibir en la esfera jurídica dos significados bien diferentes. El primero

⁴ T.C. 8 febrero 1873, *Blanco*.

⁵ GAJA N° 6

⁶ Jurisprudencia que recibirá su definitiva confirmación en el arrêt *Jand'heur* (Cass. Ch. Reun. 13 de febrero de 1930).

viene de la técnica probabilista y corresponde al lenguaje de los seguros, en donde se entiende por riesgo las posibilidades de que un acontecimiento particular se produzca. Este acontecimiento es el daño, pero podría tratarse en esta lógica de un suceso feliz o infortunado. La segunda acepción del término es puramente afectiva. Es la del lenguaje corriente que confunde riesgo y peligro. El acontecimiento previsto es por tanto un acontecimiento desgraciado. Esta definición traduce un sentimiento de temor. Es la brecha por la cual se cuela con mayor frecuencia el análisis del contencioso de los daños de origen técnico, con interpretaciones variadas. Esta concepción mutilada del riesgo se explica por el hecho de que “el lado feliz de lo imprevisible no aparece en lo contencioso”⁷.

Es claro que cuando el Estado ejerce actividades peligrosas lo hace porque ello lo requiere el desarrollo de sus cometidos y funciones. No se trata, como ocurre cuando se aplica responsabilidad por violación a la igualdad, de una actividad expresa y específicamente realizada con el objetivo inmediato de garantizar el interés general, que solo genera la obligación de indemnizar cuando causa un daño colateral o residual a una o a pocas personas, cuya gravedad rompe el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas. La actividad peligrosa bien puede buscar ese objetivo o asumirse con el único fin de facilitar la acción estatal ordinaria; por ejemplo, en el caso del empleo de un vehículo automotor, solo se busca hacer más efectivo el transporte de servidores públicos o medios logísticos necesarios para el actuar administrativo; cuando emplea la energía eléctrica como un servicio público, el Estado cumple un cometido asegurando el mayor bienestar de la sociedad, pero crea, al mismo tiempo la posibilidad de un siniestro.

Desde esta perspectiva, el criterio de la responsabilidad por riesgo se diferencia de otra de las causales de responsabilidad objetiva tanto en el derecho francés como en el colombiano como es el principio de igualdad ante las cargas públicas, porque el régimen de responsabilidad por riesgo debe su originalidad a que él rige las hipótesis en que los daños tienen carácter accidental, y donde el perjuicio es el fruto de un concurso infortunado de circunstancias que se han producido, como hubieran podido no hacerlo.

Pueden ser muchas las clasificaciones de las distintas hipótesis de responsabilidad por riesgo. Entre ellas aparece, como una expresión avanzada de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, la obligación indemnizatoria en beneficio de los *colaboradores ocasionales* de los servicios públicos, que se analiza como expresión de la teoría del riesgo-beneficio.

⁷ PONTIER, Jean-Marie, “L’Imprevisibilité”, *RDP* 1986.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RIESGO- BENEFICIO

Se trata de un concepto marcadamente ambiguo; no define realmente otra forma o especie de riesgo frente a la noción de riesgo peligro, sino que expresa más bien una perspectiva diferente. Desde ella el énfasis recae, no ya en el peligro creado sino en el provecho que recibe la administración por la actividad riesgosa. Al definir lo que llama “el riesgo excepcional”, el Consejo de Estado colombiano discurría así en sentencia de 20 de febrero de 1989:

“No sería lógico, en efecto, que al tiempo que la administración se lucra de un servicio público, se empobrezca paralelamente un administrado. Es la aplicación del aforismo ubi emolumentum ibi onus esse debet, según el cual quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de éstos se deriven”⁸.

Este enfoque del riesgo impone, no obstante, algunas observaciones críticas: si bien es cierto la idea del riesgo desde el criterio del beneficio no genera mayores reparos en el campo de la responsabilidad civil, en el derecho administrativo requiere una modulación sustancial: como el lucro no es habitualmente un fin de la Administración, salvo cuando se vale de las formas jurídicas comerciales y privadas⁹, normalmente se prescinde de dicho elemento y se considera que por beneficio debe entenderse la genérica utilidad que la sociedad recibe de la actividad administrativa, dado que el fin de la Administración es, o debe ser, el beneficio de toda la colectividad¹⁰. No pueden, por tanto, asimilarse realmente las actividades con ánimo de lucro de los particulares con las actuaciones de la Administración, cumplidas ellas en aras del interés general.

Sobre la idea del riesgo-beneficio así entendida, se fundamenta la jurisprudencia ya mencionada, en materia de responsabilidad objetiva aplicable, a los *colaboradores ocasionales*. Antes de ocuparnos de ella, es importante contrastarla con la teoría de los colaboradores permanentes de la administración.

LA TEORÍA DE LOS COLABORADORES PERMANENTES DE LA ADMINISTRACIÓN

Se les da este nombre, en general, a los servidores del Estado. Los daños causados a ellos por el funcionamiento del servicio público constituyeron cronológicamente el segundo terreno de aplicación de la responsabilidad por riesgo en el Derecho administrativo, consagrada, como ya se vio, en el fallo *Ca-*

⁸ C. de E., SCA., Secc. Tercera, febrero 20 de 1989.

⁹ Por ejemplo, través de las Empresas Industriales y Comerciales, o las Sociedades de Economía Mixta.

¹⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 204 y ss.

mes. Pero, aunque hoy los daños que pueden sufrir los servidores públicos se rigen, de una parte, por la legislación sobre pensiones del servicio público y de la otra por las normas sobre accidentes de trabajo, –el llamado *forfait de pension* o simplemente “indemnización à *forfait*”–, muy excepcionalmente jugaba un régimen de responsabilidad sin falta. Porque según la jurisprudencia francesa, cuando ocurría un daño corporal imputable al ente público a que pertenecía el agente, el *forfait de pension* una especie de compensación global o integral por el daño sufrido por el colaborador, impedía toda indemnización complementaria; en consecuencia, la entidad sólo estaba obligada a dar a la víctima o a los suyos, el derecho a una pensión para reparar todo el perjuicio¹¹.

La aplicación del régimen de pensión ponía en consecuencia a los funcionarios en una situación menos favorable que la propia de la responsabilidad propiamente dicha, situación que fue poco a poco modificada por la jurisprudencia sucesiva.

A diferencia de la francesa, la jurisprudencia colombiana precisó su doctrina de manera más equitativa y favorable a las víctimas, aunque sólo en cuanto a la coexistencia de los regímenes indemnizatorios; así, a propósito de los miembros de la fuerza pública dijo:

“Por este motivo la ley ha consagrado un régimen de indemnización prede-terminada o a forfait, como lo denominan los franceses, para los casos de muerte o lesiones en servicio activo simplemente, en actos comunes de servicio o en actos especiales, extraordinarios o eminentes de servicio de que tratan los Decretos 2338 de 1971 y 094 de 1989 y que responden a la idea de riesgo o accidente de trabajo, sin consideración a la culpa o falla del servicio (responsabilidad patrimonial objetiva)”.

“Aquí se parte de la exigencia de una obligación de seguridad del empleador, lo que conduce a considerar una lesión o la muerte del trabajador como el incumplimiento o la violación de esa obligación.

“Por el contrario, cuando se logra probar la culpa del patrono o la falla del servicio el trabajador tiene derecho a la indemnización plena u ordinaria (Ley 6 de 1945, Art. 12 literal b, inciso final.

“...tal como lo ha repetido la jurisprudencia, los miembros de los cuerpos armados del Estado aunque están sometidos a grandes riesgos, dichos riesgos son los propios del servicio. Así se ven enfrentados a la delincuencia, a la subversión armada, a los paros cívicos etc. Por esta razón y para cubrir hasta donde sea posible esa situación riesgosa que viven, la ley ha creado una legislación protectora especial. De allí que cuando por actos del servicio y dentro de los riesgos propios de su prestación sufren daños en su vida o integridad personal o moral deberán ser restablecidos prestacionalmente”.

¹¹ C.E., 16 de noviembre de 1988, *Veuve Fratani*, Rec. C.E. tables., p. 1021.

*“Esto es la indemnización a forfait. Pero cuando sufren daños porque estuvieron sometidos a riesgos no propios de su actividad militar o policial o por fuera del servicio mismo, podrán pretender una indemnización plena dentro del régimen general de responsabilidad”*¹².

Con ocasión de los asuntos relacionados con la toma violenta del Palacio de Justicia en Bogotá¹³, tanto la Sección Tercera como la Sala Plena del Consejo de Estado, al analizar la compatibilidad entre la indemnización *a forfait* y la derivada del daño ocasionado, accedieron a tal compatibilidad siempre que el daño fuera ocasionado por una *falta de servicio*.

Igualmente, se adoptó una variante¹⁴ en el sentido de distinguir si el daño sufrido se originó o no en el riesgo propio del servicio, de tal manera que, de ser así, el afectado únicamente tendría derecho a recibir las indemnizaciones previstas en la ley de manera especial para tales eventos; pero si el daño se presentaba como resultado de la materialización de un riesgo distinto creado por la administración, habría lugar a la indemnización plena del daño, aún para la víctima directa del mismo.

Ahora bien, si los daños causados no recaen sobre su persona sino sobre sus bienes, los agentes públicos que quedan expuestos en servicio a riesgos particulares podrán ser indemnizados por la persona pública que los emplea sin tener que probar una falta. De ello dan cuenta fallos pronunciados a propósito de funcionarios destacados en el extranjero que permanecen en su puesto por órdenes superiores, y cuyos bienes han sido robados o deteriorados mientras están en el extranjero¹⁵.

En un supuesto diferente, si el daño es corporal y el demandante de indemnización no tiene derecho a pensión por el perjuicio que invoca, como en el caso de la institutriz encinta que contrae rubeola durante una epidemia en el establecimiento en que trabaja, la exposición del niño a graves riesgos de mal-

¹² C. de E. Febrero 15 de 1996, Exp. 10.033, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹³ Se trató de un asalto violento perpetrado en Bogotá, el miércoles 6 de noviembre de 1985 por un comando de guerrilleros del Movimiento 19 de abril al Palacio de Justicia, ubicado en el costado norte de la plaza de Bolívar, frente a la sede del Congreso y a una cuadra de la Casa de Nariño, residencia presidencial. El M-19 dio muerte a los guardianes y mantuvo a cerca de 350 rehenes entre magistrados, consejeros de Estado, servidores judiciales, empleados y visitantes del Palacio de Justicia. La incursión fue seguida de la reacción de la Policía Nacional y el Ejército iniciando una operación de retoma que se extendió hasta el jueves 7 de noviembre. Los hechos culminaron 27 horas después, dejando un saldo de 109 muertos, entre ellos once magistrados.

¹⁴ Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 14.001, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵ C.E. Sect. 19 de octubre de 1962 *Perruche*, Rec. CE p. 555; C.E. Ass, 16 de octubre de 1970, *Époux Martin*, Rec. CE p. 593.

formación implica el pago de una indemnización por razón del riesgo corrido¹⁶. Participa de la misma solución la enfermera que, contaminada en el ejercicio de sus funciones, transmite a su marido el virus de Sida: “El hecho de que una enfermera esté permanente expuesta a los peligros de la contaminación comporta para su marido (...) un riesgo especial y anormal”¹⁷. Evidentemente, esta misma hipótesis sería aplicable a los casos de paramédicos que atienden casos de Coronavirus, respecto de los parientes de los operadores del servicio sanitario si llegan a contraer la enfermedad a través de los primeros.

LA EVOLUCIÓN RECIENTE EN EL DERECHO FRANCÉS

En términos generales, el sistema francés de indemnización *à forfait* ha tenido serios defectos que fueron siempre objeto de críticas por la doctrina. El reproche principal era que la situación de los agentes públicos terminaba siendo menos favorable que la de los empleados privados porque, en virtud de los artículos L-451-1 del Código de la Seguridad Social a la reparación forfataria no se sumaban indemnizaciones complementarias. Pero a partir de 2002 la noción de falta inexcusable se ha hecho menos rígida, se eliminó el servicio militar obligatorio y quienes sufren daños en el sistema voluntario quedan sujetos al régimen común. Luego, en 2003 el *Conseil d'État* ha aportado una reforma al régimen de *forfait de pension*: el agente público puede ahora, además, exigir al Estado la reparación de los sufrimientos morales y físicos lo mismo que el perjuicio estético y a la vida de relación¹⁸. Ello sin perjuicio de la posibilidad de demandar la reparación integral en caso de falta de servicio de la Administración¹⁹.

LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS COLABORADORES OCASIONALES DEL SERVICIO PÚBLICO

La sentencia *Cames* tendría una especial aplicación a partir de la Segunda Guerra Mundial en la jurisprudencia relativa a los *colaboradores ocasionales*

¹⁶ C.E., Ass. 6 de noviembre de 1968, *Dame Saulze*, Rec. CE p. 550, Concl. R. Bertrand, nota Waline.

¹⁷ Trib. Adm. De París, 20 de diciembre 1990, *Époux B*. Rec. CE p. 514.

¹⁸ CE, 4 de julio de 2003, *Moya-Caville*. Este fallo reconoce el derecho a reparación de todos los perjuicios antes excluidos de la pensión. Se admite así, que las disposiciones del *forfait de pension* ni impiden “que el funcionario que ha sufrido, incluso sin culpa, por el hecho del accidente o de la enfermedad sufrimientos físicos o morales y perjuicios estéticos o de placer (*agrément*) obtenga de la colectividad que lo emplea, una indemnización complementaria que lo repare por esas causas, distintas de la afectación a la integridad física”.

¹⁹ TRAVARD, Jérôme, *La Victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Ed. mare&martin, droit public, Paris, 2013, p. 360-361.

del servicio público, porque la noción de colaborador ocasional corresponde, igualmente, a un régimen de responsabilidad por riesgo. La persona que aporta su concurso a la ejecución de un servicio público y que sufre un daño puede ser indemnizada por la Administración sin tener que probar una falta de aquella.

Generalmente, es de manera a la vez ocasional y benévola (es decir gratuita) que esas personas participan en tal ejecución, y por eso debe ser tenidas en cuenta. Y ello explica que el concurso aportado al servicio público se califique habitualmente de “colaboración ocasional” o de “colaboración benévola”. Nada excluye que la colaboración con el servicio traduzca el cumplimiento de una actividad profesional, ni que ella sea remunerada²⁰. Inicialmente admitida para quienes prestan su concurso a la administración por haber sido “requeridos” obligatoriamente por ella²¹ y luego para quienes apenas fueron “solicitados”²², esta responsabilidad sin falta alcanzaría un desarrollo considerable a partir del momento en que se extendió a los daños sufridos por quienes intervienen de manera espontánea o benévola, especialmente en operaciones de ayuda y socorro.

Las condiciones para la aplicación de este régimen son interpretadas por el juez administrativo en un sentido muy amplio. La colaboración efectiva puede consistir en el acto de rescate de un individuo en peligro, la participación en una lucha contra un incendio, la ayuda en la organización de una fiesta municipal²³, el concurso aportado en el arresto de un malhechor, la detención de una persona súbitamente peligrosa, o la colaboración espontánea con la policía que trata de impedir un suicidio. La jurisprudencia suministra ejemplos de una batida contra animales salvajes, del transporte hasta su sede de funcionarios de aduana que vienen de efectuar una incautación, e incluso, la demanda de un médico a quien se le pidió actuar en un lugar nauseabundo, y fue picado por un insecto. El juez exige simplemente que la colaboración haya sido real o que ella no suscite ninguna duda, y desde luego, que el colaborador sufra en ella algún daño²⁴.

²⁰ CHAPUS, René *Droit administratif général*, Vol 1, Montchrestien, 15^e éd. Paris, 2001.

²¹ C.E. marzo 5 de 1943, *Chavat*, Rec. P. 62.

²² C.E. Ass. 30 de noviembre de 1945, *Faure*, Rec. CE p. 245.

²³ C.E., 22 de noviembre de 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. 279.- Un par de ciudadanos que había aceptado benévolamente, a petición del alcalde, encender los fuegos de artificio durante la fiesta popular del municipio resultaron heridos por la explosión prematura de un artefacto sin que se les pudiera achacar ninguna imprudencia. El *Conseil d'État* estimó que, al asegurar la ejecución de un servicio público en interés de la comunidad conforme a la misión encomendada por el alcalde, el ente municipal quedaba obligado al pago de los perjuicios sufridos por los dos colaboradores.

²⁴ CE, sect. 12 de octubre, 2009 *Mme Chevillardet autres*: “El piloto de helicóptero de una sociedad privada puesto a disposición del CROSS (*Centros Regionales Operativos*)

El *Conseil d'État* ha llegado hasta decidir, (lo que es menos natural) que los expertos, (designados por los tribunales), que no pueden obtener el pago de sus honorarios por la insolvencia de la parte que se los debe, sufren “por haber participado en el funcionamiento del servicio público de la justicia administrativa” un perjuicio que los afecta en su calidad de colaboradores de tal servicio. No obstante, la demanda de un colaborador ocasional de la justicia que realiza, por decisión de la jurisdicción común encuestas sociales, corresponde al funcionamiento del servicio público de esa justicia y es de la competencia de esa jurisdicción^{25, 26}.

Las condiciones de aplicación del régimen.- Aunque casi no son restrictivas, es necesario hacer algunas precisiones específicas²⁷.

El concurso aportado al servicio público debe en todo caso estar justificado, lo cual es normal. Cuando ese concurso le ha sido impuesto o pedido al ciudadano la condición queda satisfecha, pero es necesario examinar su cumplimiento en caso de que la colaboración sea espontánea: hay que *distinguir* entre quienes han jugado un papel útil y los simples curiosos más o menos inefectivos, (*mouches du coche*).

De acuerdo con la redacción de ciertos fallos, es necesario que la colaboración del espontáneo se haya justificado por una “urgente necesidad”. Pero esta fórmula se interpreta sin mucho rigor y la preocupación de no ir contra el sentido común.

- Es necesario luego que la colaboración se le haya aportado a un servicio público. Pero es indiferente que el servicio público se preste en el extranjero, si se trata de un servicio nacional.

Por otra parte, como la ejecución de trabajos públicos no es más que una modalidad de los servicios públicos, quien sufre un daño mientras aporta ocasionalmente su concurso a una obra pública se beneficia del mismo régimen.

En fin, es necesario que la persona que reclama reparación aparezca como quien fue efectivamente colaborador de un servicio público.

No es el caso de quien, aún con la intención de colaborar activamente con la policía en caso necesario, no hace más que asistir a la interpelación de un individuo sobre la vía pública²⁸.

de vigilancia y rescate) para una operación de salvamento en el mar, participa en una misión de servicio susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado frente a las personas que actúan en ella, especialmente, -como en este caso-, en tanto que colaborador ocasional del servicio público”.

²⁵ Cass. Civ. 23 noviembre, 1956, *Trésor public c/ Giry*: El juez judicial (ordinario) aplica también esta responsabilidad sin culpa por riesgo.

²⁶ T. Conflict. 12 de febrero, 2018, *Mme A c/ Ministre de la Justice*.

²⁷ CHAPUS, *op. cit.* p. 1350.

Tampoco es el caso de los usuarios de los servicios públicos²⁹, y ello incluso si aportan a su funcionamiento una ayuda similar a la del personal propio, a menos que ese concurso haya excedido la “contribución que puede esperarse normalmente” de un usuario “en contrapartida a las ventajas que le aporta el servicio público”³⁰.

La jurisprudencia colombiana ofrece casos que se enmarcarían claramente en la hipótesis del colaborador ocasional. Así, por ejemplo, en sentencia de septiembre 25 de 1987 se resuelve el caso de una colaboración de urgencia impuesta por el Ejército a un ciudadano a quien se le requirió la entrega su camión para perseguir unos delincuentes; el vehículo fue destruido al cruzar un puente minado. El Consejo de Estado reconoce la creación del riesgo, al vincularse el vehículo al cumplimiento de “una misión de servicio público.”³¹ Igualmente, en el caso de un particular que fue muerto mientras prestaba el servicio de transporte de víveres con destino a un destacamento militar:

“Dicho en otros términos, para poder realizar el cumplimiento de la misión encomendada se acudía al servicio de particulares porque el Ejército Nacional consideraba que dicho mecanismo aminoraba los riesgos de ver frustrado el empeño de aprovisionar de víveres a sus tropas.

“Y fue precisamente en ejecución de esa estrategia, en la cual perdió la vida el joven conductor Humberto Rueda Suárez, que como lo dicen las pruebas, fue sometido a torturas y actos vejatorios de gravedad inusitada, precisamente por prestar los servicios de transporte al Ejército Nacional.”

*“En este orden de ideas resulta comprometida la responsabilidad del ente demandado, pues en sentir de la Sala, la institución militar, desde luego que con ese proceder y muy a sabiendas de la existencia de un orden público beligerante en la zona, sometió, con la ejecución de dicha prestación de transporte, a la víctima a un riesgo excepcional, que nadie en un Estado social de derecho está obligado a soportar...”*³²

Con ocasión del Coronavirus-19, varios países han hecho un llamado general a sus médicos incluso ya jubilados, y estudiantes de medicina para que colaboren en la atención de la pandemia aunque no tengan una relación formal con las instituciones de salud, incluso disminuyendo las exigencias para el ejercicio

²⁸ CE, 3 de octubre de 1980, *Gambini*, p. 355, D 1981, IR, p. 171, obs. F. Moderne y P. Bon.

²⁹ CE 29 de abril de 1983, *Narcy*, p. 867, D 1.984, IR, p. 346.

³⁰ CHAPUS, *op. cit*, p 1352.

³¹ C. de E. SCA, Secc. Tercera, sept. 25 de 1987, Exp. 5042, actor: Hilario Flórez, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³² C. de E. SCA, Secc. Tercera, febrero 5 de 1998, Exp. 12.043, C.P. Daniel Suárez Hernández.

inmediato de la medicina y remunerando a los convocados de manera extraordinaria. Es claro que esta situación se acomoda bien a las hipótesis de la colaboración ocasional con el servicio y genera la responsabilidad patrimonial del Estado por riesgo excepcional frente a los daños que esas personas puedan sufrir como resultado de su exposición a la enfermedad.

En cuanto a la misión de servicio público, no se exige que sea una actividad organizada, sino que se toma en consideración el fin de ella. Es por esta razón que los particulares que sufren un daño mientras intentan socorrer a una persona en peligro hacen responsable a la comuna o municipio en cuyo territorio ha tenido lugar el salvamento, porque al hacerlo colaboran en la misión de seguridad y protección que les impone a las comunas su código reglamentario. Es claro que, si la oferta de colaboración proviene de un particular, ella no debe haber sido rechazada por la Administración. El colaborador puede haber actuado por su propia iniciativa, caso en el cual la jurisprudencia exige que la colaboración se deba a una urgente necesidad. Si ella ha sido innecesaria o incluso inoportuna, el juez descartará el beneficio de la responsabilidad sin falta. Para que juegue el régimen de la responsabilidad sin falta es necesario que la víctima no sea, ni un agente del servicio, ni un miembro del ejército destacado en el lugar. Es necesario, además que haya tenido un papel activo en la operación; se excluyen, como ya se dijo, un simple testigo o un espectador pasivo³³. La cuestión del lugar del socorro o rescate no se plantea. El pedido de ayuda puede haber provenido de un lugar público o privado³⁴.

Una delicada cuestión se da, finalmente, en la hipótesis en que, tratándose de acciones de socorro, existe un vínculo especial de solidaridad preexistente (especialmente de orden familiar) entre la persona socorrida y el colaborador. El *Conseil d'État* ha considerado que el hecho de que la persona auxiliada fuera primo de la mujer del auxiliador no excluye su calidad de colaborador de un servicio público.

Con el fin de limitar, en interés de las finanzas públicas, una extensión desmesurada de la teoría de la colaboración ocasional, la doctrina y ciertos miembros del *Conseil d'État* estimaban que además de las condiciones expresadas, la intervención debía tener un carácter desinteresado. De manera más precisa, ellos proponían descartar este régimen de responsabilidad cuando preexiste un vínculo de solidaridad entre la persona en peligro y su salvador. Así lo expresaba el Comisario de Gobierno Kahn: “*una madre que se expone al peligro para salvar a su hijo no participa en la ejecución de ningún servicio público*”. El *Conseil d'État*, enfrentado a este problema en el asunto *Commune de Cogia*³⁵ hecha mano de una concepción objetiva y muy amplia del hecho de

³³ DARCY, *op. cit.* p. 565.

³⁴ C.E. sect. *Gaillard*, rec. P. 565

³⁵ C.E. Julio 1, 1977, ADJA, 1978, p. 286, concl. Morizot.

la colaboración y rechaza que la relación existente entre el colaborador y el asistido constituya criterio limitante. Posteriormente aplicará esta jurisprudencia en el caso de un acto de rescate entre hermano y hermana³⁶.

Así pues, en la medida en que la Administración saca beneficio de la colaboración que recibe a título permanente u ocasional, profesional o desinteresado (benévolo), parece equitativo que las personas que sufren daños al participar en el cumplimiento de sus misiones, –y desde luego sus parientes u otros afectados según las circunstancias–, tengan la ventaja de un régimen de responsabilidad sin culpa sobre la base del riesgo-beneficio, que completa y precisa el criterio del riesgo-peligro. Y, además, la indemnización sobre este fundamento del perjuicio sufrido por el colaborador benévolo confirma que la noción administrativa de “riesgo” no puede asimilarse al sólo concepto de “peligro”.

La lucha contra el terrorismo revela todo el interés de la aplicación de esta teoría jurisprudencial a los colaboradores benévolos de los servicios de policía. Esta parece adaptarse bien a este tipo de contencioso en un momento en que, con bastante frecuencia las autoridades demandan a cada ciudadano tener una actitud activa y colaborar en el combate contra el terrorismo señalándoles los objetos o comportamientos sospechosos.

NUEVAS ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA

En épocas recientes la teoría ha conocido nuevos desarrollos que incrementan su interés y plantean la posibilidad o conveniencia de su incorporación y desarrollo a la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Un primer caso se refiere a la vinculación de un colaborador ocasional a un proceso de responsabilidad por un tercero.

En 2001 el depósito de madera de la sociedad *Fibres* sufrió un incendio. Según los expertos, los daños se agravaron por la insuficiencia de la presión de agua en el conducto manejado por la *Compagnie générale des eaux* (CGE) titular de un contrato de administración delegada (*affermage*) con la Comuna de *Saint-Denis de la Réunion*. La sociedad demandó ante la jurisdicción civil la condena de la CGE por el pago de la suma no cubierta por el seguro. En su defensa, la CGE alegó que el litigio era de competencia del contencioso administrativo porque la lucha contra los incendios era un servicio público administrativo de la Comuna. En segunda instancia la Corte de apelación estimó, en efecto, que la CGE era un *colaborador ocasional* y como no había incurrido en ninguna falta o negligencia personal, el caso era de competencia de la jurisdicción administrativa³⁷.

³⁶ C.E. 22 de junio 1984, *Mme M. Nicolai*, Rec. CE., p. 29.

³⁷ CA de Saint-Denis de la Réunion (ch. commerciale), 29 enero 2007, *CGE c/ SA Fibres coopérative*

Ello se basa en que el régimen de responsabilidad por culpa (*faute*) reposa sobre la distinción entre falta de servicio y falta personal. Esta distinción se remonta al fallo *Pelletier* del Tribunal de conflictos de 30 de julio de 1873³⁸. En virtud de esta decisión, los tribunales judiciales no pueden conocer sino de los actos privados de los agentes ya que los actos administrativos quedan bajo la competencia del juez administrativo y los funcionarios son, frente a ellos, no responsables. La distinción responde al cuidado de evitar que los agentes públicos soporten las consecuencias de actos realizados en el ejercicio de sus funciones al servicio del Estado. Una responsabilidad demasiado grande de los funcionarios implicaría, además, invitar a la pasividad por el temor de ver comprometida la responsabilidad propia. Y obviamente, la Administración es más solvente que sus servidores.

Aunque existía un contrato de administración del servicio, que hubiera podido alegarse, en principio, contra la calificación de colaboración ocasional, tal colaboración se consideró separable del mencionado contrato. En el caso, estimó el tribunal, el suministro de agua para un incendio se separa del suministro de agua corriente a los abonados. Por tanto, al ser calificada de colaborador ocasional del servicio público, la CGE se convertía en una especie de agente del servicio público.

Pero, además, la Corte de apelación decidió que al no existir ninguna norma o cláusula que impusiera una presión mínima del agua en el marco de la lucha contra los incendios, quien debía responder era la comuna por *faute de service*.

Un segundo evento novedoso se desprende del fallo *Fievret*³⁹. En esa decisión, de 13 de enero de 2017 el *Conseil d'État* ha decidido avanzar aún más al otorgarles a los colaboradores ocasionales del servicio público el beneficio de una protección funcional, similar a la de los agentes públicos.

Esta decisión consagra, en primer lugar un nuevo aspecto del régimen de los colaboradores ocasionales del servicio público, y en tal sentido el citado fallo constituye una nueva etapa en la evolución del sistema en tanto que al lado de la lógica reparatoria que preside la responsabilidad sin culpa, le confiere una lógica estatutaria al régimen de los colaboradores ocasionales otorgándoles el beneficio de la protección funcional, atributo en principio reservado a los funcionarios antes de ser ampliado a los agentes públicos⁴⁰.

La decisión *Fievret* se inscribe en la línea de esta concepción amplia del colaborador. El *Conseil d'État* deduce la calificación de las disposiciones de un decreto que fija modalidades de aplicación del artículo 391 del Código de

³⁸ Tribunal des conflits - 30 julio 1873 – *Pelletier*.

³⁹ CE, 13 enero 2017, req. numero 386799, *Fievret*

⁴⁰ CE Ass. 16 octubre 1970, *Époux Martin*

Aduanas relativo a la repartición del producto de las multas y confiscaciones. Así, la simple calidad de informador de aduanas («*aviseur des douanes*») basta para reconocerle al tercero la calidad de colaborador ocasional independientemente de las circunstancias de su intervención. En efecto, en el caso, los hechos por los cuales el colaborador solicitaba la protección funcional consistían en el tráfico de droga en relación con el cual había sido condenado⁴¹. Por tanto, la definición del colaborador como “*el brazo secular de la sociedad en un lugar y en un momento determinados*”⁴² ha quedado alterada.

En consecuencia, el *Conseil d'État* focaliza en adelante su control ya no sobre los criterios de identificación del colaborador sino sobre las condiciones de aplicación de la protección funcional. Ello, salvo en el caso de que el tercero haya actuado de una manera “desprovista de todo vínculo con el servicio” que es la consideración que se hace para identificar una culpa personal del agente público cometida en el servicio pero que revela un comportamiento incompatible con el ejercicio de las funciones⁴³. De esta manera, la jurisprudencia da un paso suplementario en la aproximación del régimen de los colaboradores con el de los agentes públicos.

Finalmente, vale anotar incidentalmente que en el derecho español y en relación con el el caso de las gestiones realizadas por colaboradores espontáneos de la Administración, no es la teoría del riesgo sino el *enriquecimiento sin causa* lo que se señala como fundamento de la indemnización. Ello se justifica presuntamente, por la localización de un beneficio en el patrimonio de la Administración, incluso negativamente, en la eliminación de un perjuicio (*damnum cesans*), como resultado del daño sufrido por la víctima.

⁴¹ El colaborador, que estaba infiltrado en el grupo criminal, fue condenado en el extranjero como uno de sus miembros.

⁴² CE 18 noviembre 1949 *Mlle Mimeur*, req. n°91864

⁴³ CE 12 abril 2002, *Papon* req.n° 23868

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA, EN ORDEN A LA PANDEMIA DEL COVID-19

Carlos URDANETA SANDOVAL*

Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello

I. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR EFECTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19

En este merecido homenaje al profesor José Luis Villegas Moreno, quien ha colaborado útilmente con la construcción del Derecho administrativo venezolano, entre otros temas, por sus aportes en el Derecho ambiental, la salud pública y la responsabilidad el Estado, hemos ahondado para esta oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por crisis sanitarias, con particular referencia a la pandemia del COVID-19.

Como “la Humanidad constituye un total de procesos múltiples interconectados”¹, el 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud de Wuhan, Provincia de Hubei, China, reportó un grupo de casos de neumonía por un nuevo patógeno. El 7 de enero de 2020 se identificó el nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) y su secuencia genética sería compartida pocos días después. El 13 de

* Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo, Caracas y Ciudad Guayana, Venezuela. Fue Abogado relator de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. E-mail: urdanet2010@gmail.com. L.U.Z., Abogado, 1989; *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil, 1998; Doctor en Derecho, 2000. U.C.A.B., Especialista en Derecho Administrativo, 2003. Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2003-2004, Mención de Honor. Premio Estímulo “Dr. Leopoldo Sánchez” a la mejor Tesis Doctoral, 2001. “Premio de Actividades Científicas Dr. Orangel Rodríguez”, 1993.

¹ WOLF, E. R. (1987) Europa y la gente sin historia. México: Fondo de Cultura Económica, p. 15. Apud. ALTEZ, R. “Desequilibrios bióticos y desastres”. En: Brewer-Carías, A. R. y Romero Muci, H. (Coord.) (2020) Estudios jurídicos sobre la pandemia del Covid-19 y el decreto de estado de alarma en Venezuela. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana Internacional, p. 628.

enero de 2020, se registró el primer caso fuera de China.² El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró una pandemia de neumonía atípica, cuya enfermedad es denominada COVID-19³, y el 16 de marzo de 2020, junto con la Cámara de Comercio Internacional (ICC), emitió una declaración conjunta en la que consideraban la pandemia una emergencia sanitaria y social mundial que requería de una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas.⁴

² LEVY-CARCIENTE, S. “Contagio económico por COVID”. En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* p. 637.

³ PUJOL, F. H. “El nuevo coronavirus causante de la COVID-19: ¿Qué sabemos de él hasta la fecha?” En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* p. 585.

⁴ <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19—11-march-2020>. Apud. De Prada Rodríguez-Carrascal, M. “¿Es el Estado responsable patrimonial por los daños y perjuicios provocados por la pandemia del COVID-19?”, 19 de julio de 2020. Disponible en: <https://confilegal.com/20200719-es-el-estado-responsable-patrimonial-por-los-danos-y-perjuicios-provocados-por-la-pandemia-del-covid-19/>

El Reglamento Sanitario Internacional de 2005, acuerdo internacional jurídicamente vinculante en vigor el 15 de junio de 2007, tiene por objetivo: “Prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo a tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacional”. También consagra la responsabilidad compartida de los países respecto a la salud pública mundial mediante su compromiso de: a) establecer y mantener las funciones esenciales de salud pública para detectar, evaluar, notificar y comunicar los eventos de salud pública y responder a ellos en la totalidad de su territorio; y b) intercambiar con prontitud y transparencia la información por los canales internacionales establecidos con respecto a eventos de salud pública que pudieran tener implicaciones internacionales. Además, confiere a la Organización Mundial de la Salud la potestad para dictar recomendaciones con las medidas sanitarias apropiadas que sea preciso adoptar para prevenir un riesgo concreto para la salud internacional. *Cfr.* Espinal, M. y otros “El Reglamento Sanitario Internacional, la enfermedad por el virus del Ébola y las enfermedades infecciosas emergentes en América Latina y el Caribe”. En: *Revista Panamericana de Salud Pública* 39 [3], 2016, p. 175.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha propuesto la abreviación o acrónimo COVID-19 (a partir de CORonaVirus + Disease “enfermedad”+ [20]19), para nombrar la enfermedad causada por el SARS-CoV-2. *Cfr.* PÉREZ, F. J. “Sobre algunos pandemicismos del COVID-19. De la terminología a la neolengua”. En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* p. 582.

Los coronavirus constituyen un grupo de virus que pertenecen a la familia *Coronaviridae* (por la proteína de la espiga que, como una corona, sobresale del virión), y la hipótesis más probable de su origen, según la comunidad de expertos, es que el virus

Para cumplir con su obligación de hacer frente a las situaciones de crisis, incluyendo las sanitarias, los Poderes Públicos cuentan con una serie de instrumentos, entre los cuales ocupa un lugar preeminente el Derecho.⁵ Por ende, ante el hecho notorio constituido por la Pandemia del COVID-19 declarada en el año 2020 y que tuvo como consecuencia en Venezuela el anuncio de un estado de alarma el 13 de marzo de 2020, ¿Debe la Administración pública venezolana, por efecto del ejercicio de su poder de policía sanitaria y por la prestación del servicio público de salud, responder patrimonialmente ante los ciudadanos por los daños y perjuicios que pueda ocasionar, por acción u omisión, en el ejercicio de dichas actividades? Y en caso afirmativo, ¿De qué manera debe responder?

Las medidas adoptadas por las autoridades públicas frente a la pandemia de COVID-19, al igual que cualquier otro acto estatal, como la prestación del servicio público de salud, deben ajustarse a la Constitución Nacional y a los requisitos formales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico. De acreditarse judicialmente el daño antijurídico producido por una determinada actuación normal o anormal de la Administración pública, el afectado tendría derecho a que le sean indemnizados los perjuicios que la Administración le hubiera ocasionado.⁶

SARS-CoV-2 haya surgido como producto de la recombinación del genoma de un virus de murciélago con el de otro animal, que pudiera ser el pangolín; lo que descarta que sea un producto de laboratorio o que se haya escapado del laboratorio de Bioseguridad tipo P4 ubicado en Wuhan, China. *Cfr.* Pujol, F. H. *Ob. cit.* pp. 585 y 586.

⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, V. “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria” En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) *El Cronista del Estado de Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho, S.A., no. 86-87, Madrid: marzo-abril 2020, p. 7.

⁶ Ha observado importante doctrina que el supraprincipio republicano de gobierno democrático, se sustenta en los subprincipios: Legalidad; respeto a las situaciones jurídicas subjetivas; separación de los órganos que ejercen el Poder público; responsabilidad de tales órganos por su actividad e inactividad; y universalidad del control jurisdiccional. *Cfr.* HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. “La evolución jurisprudencial de la responsabilidad de la Administración pública en Venezuela”. En: *Revista de Derecho Público*, vol. 83, 2° sem. Universidad de Chile, 2015, Santiago de Chile: p. 62.

Como consecuencia, durante los estados de excepción que prevé la Constitución – como el estado de alarma anunciado en Venezuela el 13 de marzo de 2020 por efecto de la pandemia del COVID-19-, concebidos como una forma de protección de la Constitución y que se traducen en una ampliación temporal de las facultades del Poder ejecutivo -dentro del marco de lo establecido en la propia Constitución, en el decreto que declare el estado de excepción y en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción-, uno de los derechos y garantías intangibles, cuyo pleno y efectivo ejercicio no resulta susceptible bajo ningún concepto de ser restringido, suspendido o impedido (Casal, J. M. “Estado de excepción sin estado de derecho”. En: BREWER-CARÍAS, A. R. y

¿Cuáles son los supuestos respecto de los que se podría generar una eventual responsabilidad patrimonial extracontractual administrativa? Para su determinación debemos proceder a clasificar las principales conductas que asume la Administración pública a los efectos de combatir las consecuencias del COVID-19: el ejercicio del poder de policía sanitario; la prestación del servicio público de salud; las conductas directas ejecutadas en atención a la pandemia; las conductas indirectas producidas en ocasión o con motivo de la pandemia; el apoyo económico del Estado; y las obligaciones compensatorias que implican medidas materialmente expropiatorias. Analicemos cada una.

1.1. Ejercicio del poder de policía sanitario. Tanto el Estado nacional como los estados y los municipios han implementado el uso de la actividad administrativa de policía o coacción, y específicamente el ejercicio del llamado “poder de policía sanitario”, dirigido al mantenimiento del orden público (en sentido amplio), por vía del establecimiento de limitación de las actividades privadas, con imposición de aislamiento obligatorio, prohibición de circular, suspensión de actividades comerciales o sociales, imposición de medidas de orden público sanitario, establecimiento de medidas de protección a la población y regulaciones para evitar los contagios, cierre de fronteras y otras medidas orientadas, primordialmente, a combatir la circulación comunitaria del virus.⁷

Por efecto del ejercicio de ese poder de policía sanitario, se han visto restringidos ciertos derechos de la población –particularmente, los derechos de transitar, de trabajar, de comerciar y de ejercer industria lícita–, con los consecuentes daños que ello necesariamente conlleva y cuya gravedad variará en cada caso. Podría, eventualmente, suscitarse la responsabilidad estatal con motivo de la pandemia de COVID-19 si la causa inmediata del daño la encontramos derivada en forma directa del ejercicio del poder de policía sanitario, vale

ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* pp. 37, 38 y 42), es la Responsabilidad del Estado, por lo que cualquier actuación del Ejecutivo Nacional en contra de la misma adversa al derecho de excepción y, por ello, contraria al Estado de Derecho cuyas instituciones y principios no deben perder vigencia durante un estado de excepción. *Cfr.* Sira Santana, G. “Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19”. En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* p. 62.

⁷ BADELL MADRID, R. “Una mirada al Derecho administrativo en Venezuela a la llegada del COVID-19”. En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* pp. 348-349; y PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. “Responsabilidad del Estado por las medidas adoptadas con motivo de la pandemia del Covid-19”, 27 de julio de 2020. Disponible en: <https://abogados.com.ar/responsabilidad-del-estado-por-las-medidas-adoptadas-con-motivo-de-la-pandemia-de-covid-19/26393#:~:text=%20Responsabilidad%20del%20Estado%20por%20las%20medidas%20adoptadas,leg%C3%ADtimo%20del%20poder%20de%20polic%C3%ADa%20sanitario%20More%20>.

decir, por las medidas adoptadas por el Estado para preservar la salud pública y que son gravosas para la libertad individual y económica.⁸

1.2. Prestación del servicio público de salud. Entre las funciones o fines de la Administración pública en su actividad de conformación social⁹, tenemos la muy importante “actividad administrativa de prestación”¹⁰, función de garantía prestacional o de servicio público, pues el Estado no solo se limita a dictar actos jurídicos, sino que también provee bienes y servicios hacia la comunidad, bien directamente, o por delegación¹¹, función ésta que, proporcionada por el mismo Estado, tiene por objeto la garantía y mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, por un lado, a través de la “procura existencial”, esto es, por vía de la prestación e instauración de servicios y establecimientos públicos necesarios para una existencia humana y plena (transportes públicos, suministro de agua y energía, escuelas, hospitales, etc.), y por otro lado, mediante la ayuda selectiva a determinados individuos (la asistencia social y becas de estudios).¹²

Por ello, para el combate contra el COVID-19 se requiere también la prestación de servicios públicos, básicamente el servicio público de salud, prestado de forma directa de acuerdo a lo establecido en los arts. 83, 84 y 85 de la Constitución¹³, lo cual incluye no solo las actividades médicas y quirúrgicas propiamente dichas, sino también la organización y funcionamiento del servicio pú-

⁸ PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*

⁹ La Administración Pública, en su sentido material, es una actividad de conformación social que “(...) tiene por objeto la convivencia colectiva, debiendo ocuparse de los asuntos concernientes a la colectividad y a los individuos en dicha colectividad”, por lo que como poder estatal ha de orientarse a la satisfacción del interés público (MAURER, H. *Derecho administrativo alemán*. [Trad. Gabriel, Doménech Pascual y otros] Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2012, p. 5; y SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. [Tr. Javier, Barnés y otros] Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid: 2003, p. 100); el cual constituye el núcleo esencial del modo de ser y estar de la Administración Pública y es la razón de ser que justifica su propio estatuto como institución vicarial o servicial de los intereses públicos, la cual tiene poderes exorbitantes y determinados modos de actuación porque debe prestar servicios públicos y al público (QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. “Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares”, 2014, pp. 3-4. Disponible en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion7.pdf>).

¹⁰ MAURER, H. *Ob. cit.* p. 8.

¹¹ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Derecho administrativo. Parte general*. (Primera reimpresión) Ediciones Paredes, Caracas: 2008. p. 341.

¹² MAURER, H. *Ob. cit.* p. 8.

¹³ BADELL MADRID, R. *Ob. cit.* pp. 350-351.

blico hospitalario.¹⁴ Pero el servicio de salud en general se encuentra totalmente colapsado y resulta violatorio de los derechos humanos¹⁵, pues se ha recibido la pandemia del COVID-19 en medio de una emergencia humanitaria compleja, caracterizada por la destrucción de la infraestructura del sistema público de salud, con un déficit del 80% de servicios básicos de agua y electricidad, sin dotación de medicamentos e insumos para la prestación del servicio, ausencia de equipos y reactivos diagnósticos y una migración significativa de trabajadores de la salud, que supera los 22.000 médicos. Aparte, nuestra población se encuentra desnutrida, con ingresos miserables y sin servicio de transporte público eficiente y sin la disponibilidad de combustible, lo cual agrava la movilidad.¹⁶

1.2.1. Conductas directas ejecutadas en atención a la pandemia. Desde esta óptica, puede generarse responsabilidad estatal por conductas directas vinculadas con la obligación del Estado de atender la salud de los ciudadanos de manera oportuna y apropiada en tanto parte del derecho a la vida, esto es, por “La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”.

En efecto, algunos daños económicos producto de medidas estatales y daños morales producto del colapso del sistema sanitario pueden estar vinculados a la negligencia, imprudencia o impericia por parte de las autoridades competentes; o al incumplimiento de obligaciones preestablecidas para la Administración pública y que no fueron adoptadas oportunamente en sede de prevención sanitaria.¹⁷

Exempli gratia, la diligencia debida obligaba a la Administración, por una parte, a proveerse de un stock suficiente de mascarillas para repartirlas de forma masiva y generalizada entre la población a las primeras señales de alarma y/o haber previsto la necesidad de una industria nacional que aprovisionara el stock necesario de forma rápida ante una emergencia.

Por otra parte, también se debería haber aprovisionado un mayor número de respiradores para tratar las consecuencias de un virus desconocido, pero respecto del que se sabía que atacaría las vías respiratorias, y que en los casos

¹⁴ LONG, y otros *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*. (20ª ed.) (Trad. Katy Balan Somlo y Carlos Luengo Martín). Instituto Nacional de Administración Pública/Boletín Oficial del Estado, Madrid 2017. p. 873.

¹⁵ BADELL MADRID, R. *Ob. cit.* pp. 350-351.

¹⁶ LÓPEZ-LOYO, E. S. “COVID-19: tratando de identificar las características de la pandemia en Venezuela”. En: Brewer-Carías, A. R. y Romero Muci, H. *Ob. cit.* p. 594.

¹⁷ GALLOTTI, A. “¿Quién para (SIC) los daños del Covid-19?” En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* p. 405.

más graves había consenso médico en que debía tratarse mediante oxígeno y ventilación.¹⁸

Por lo anterior, se ha llegado a afirmar que la aparición del COVID-19 no representa una amenaza por la letalidad, ni por la facilidad de su contagio, sino porque se ha olvidado

“(…) que un brote epidémico sería más que probable; lo que le incorpora en la ecuación del desastre es el hecho de que no ha habido sociedad, ni Estado, y ni siquiera un organismo supranacional capaz de responder adecuadamente ante su irrupción. Todas las respuestas han sido reactivas, bajo el esquema del ensayo y el error, sin colaboraciones regionales o binacionales, sin el menor indicador de estar preparados. Cuando una amenaza se cierne sobre un contexto vulnerable, el encuentro acaba en desastre. Este desastre es global (…)”¹⁹

1.2.2. Conductas indirectas producidas en ocasión o con motivo de la pandemia. También puede generarse responsabilidad estatal en la que el daño no proviene de un accionar directo del Estado, sino que es fruto de una situación que ocurre en ocasión o con motivo del ejercicio de diversas actividades desarrolladas por aquél; como es el caso, entre otros, de los daños a la salud y a la vida sufridos por el personal del Estado que se contagia de COVID-19 en ejercicio de sus tareas (médicos, enfermeros, miembros de fuerzas de seguridad, etc.), por pacientes que contraen la enfermedad en hospitales públicos e internos alojados en establecimientos carcelarios.²⁰

1.3. Apoyo económico del Estado. Asimismo, se requiere de la actividad de fomento, mediante el apoyo económico directo (ayudas públicas, créditos, subvenciones) y a través de las ayudas indirectas y con incentivos fiscales (exoneraciones, exenciones). Más actualmente dicha función es imposible llevarla a cabo en Venezuela por el estado de ruina del país²¹, y por otro lado, si

¹⁸ DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

¹⁹ ALTEZ, R. “Desequilibrios bióticos y desastres”. En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* p. 631.

Lo que es más grave cuando se consiguen antecedentes conforme a los cuales desde el año 2005 se presagiaba la aparición de “un brote de enfermedad respiratoria excepcionalmente grave”, lo que evidencia que la pandemia actual de la COVID-19 era un riesgo cierto y conocido por la comunidad científica y por los Estados; y que, sin embargo, cuando llegó la pandemia esperada, la realidad demostró que las Administraciones del Estado no estaban preparadas para hacerle frente, porque hubo falta de previsión y minusvaloración de las alertas de la OMS. *Cfr.* De Prada Rodríguez-Carrascal, M. *Ob. cit.*

²⁰ PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*

²¹ BADELL MADRID, R. *Ob. cit.* pp. 351-352.

bien implica un beneficio económico, tal apoyo se estructura en consonancia con fines y principios alejados del espíritu de la responsabilidad patrimonial.²²

1.4. Obligaciones compensatorias que implican medidas materialmente expropiatorias. Observa Doménech Pascual, sobre una categoría adicional que está constituida por aquellos casos en que la obligación compensatoria que nace de un accidente que provoca una reducción del bienestar social, pero al ejecutar la operación que debería incrementar el bienestar social, puede causar la adopción de medidas materialmente expropiatorias, que infligen deliberadamente un daño, un sacrificio especial, a determinadas personas por razones de interés público.²³

Para determinar en qué supuestos se produce una expropiación y en cuales una delimitación de derechos no indemnizable depende de si el ejercicio del derecho que resulta sacrificado por la Administración es intolerablemente peligroso o nocivo para la sociedad o, por el contrario, se trata de una actividad socialmente deseable que conviene estimular. En el primer caso, no conviene indemnizar pues de hacerlo supondría un estímulo económico que no soportaría el sujeto que la llevo a cabo, sino los contribuyentes. En el segundo caso, las medidas expropiatorias adoptadas en aras del interés público –como la requisa de material sanitario y la intervención de establecimientos sanitarios de titularidad privada- ocasionan deliberadamente un sacrificio especial a personas cuya actividad no está menoscabando ni perturbando el bien jurídico de la salud pública, por lo que conviene indemnizarlos a manera de un incentivo económico para que sigan llevando a cabo actividades socialmente valiosas.²⁴

II. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, EN ORDEN A LA PANDEMIA PRODUCIDA POR EL COVID-19

La responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos es de un carácter objetivo pero relativo, y por ello, es necesario

²² DOMÉNECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, En: Muñoz Machado, S. (Dir.) *El Cronista del Estado de Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho, S.A., no. 86-87, Madrid marzo-abril 2020, pp. 103 y 106.

En efecto, también puede quedar el Estado obligado a compensar, en todo o en parte, algunos perjuicios en razón de normas que contemplan el otorgamiento a las víctimas de ayudas de carácter asistencial o de fomento, configuradas con arreglo a fines y principios ajenos al de la responsabilidad patrimonial, y que tienden a proteger el bienestar económico del país y, en especial, el de las personas más necesitadas.

²³ *Ibidem*, p. 103.

²⁴ *Ibidem*, pp. 108-109.

que concurren los siguientes requisitos o presupuestos para que nazca su responsabilidad:

2.1. Conducta de la Administración pública. Debe haberse realizado una actuación administrativa de cualquier naturaleza, por acción u omisión, a la cual se le imputa la lesión o el daño antijurídico²⁵, y que dicha conducta tenga un efecto externo.²⁶

A pesar de que es aceptado en doctrina y por la jurisprudencia el carácter relativamente objetivo de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración pública en Venezuela, hay posiciones divergentes en orden a su aplicación práctica.

2.1.1. Reasunción del elemento culpa dentro del sistema de responsabilidad relativamente objetivo de responsabilidad patrimonial administrativa.

Para Doménech Pascual, la gran mayoría de los Tribunales españoles, no obstante reproducir la doctrina del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aplican *de facto*, y salvo muy contadas excepciones, un régimen de responsabilidad por culpa a las Administraciones públicas, pues solo la condenan si el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del servicio público correspondiente, cuando se ha omitido el cuidado exigible.²⁷

Por su parte, alguna doctrina del país ibérico, como De Prada Rodríguez-Carrascal, asume la vigencia del elemento culpa dentro de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, sosteniendo que, si no se ponen a disposición del paciente los medios correspondientes conforme a la *lex artis ad hoc*, cabe acudir entonces al “título de imputación” de la pérdida de la oportunidad, en los siguientes términos:

“La Administración no responde de la recuperación del paciente, sino que sólo debe poner al alcance de los ciudadanos las técnicas sanitarias conocidas por la práctica médica para tratar de que no enfermen o recuperen la salud.

“Con independencia del resultado, *cuando* se pongan los medios conforme a la *lex artis* no habrá responsabilidad.

²⁵ TESO GAMELLA, M. P. “El nuevo régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local”. En: Fundación Democracia y Gobierno Local, *Cuadernos de Derecho Local* No. 44, junio de 2017, p. 329.

²⁶ ORTEGA, L. “La responsabilidad civil de la administración pública”. En: *Themis-Revista de Derecho*, No. 32 (1995) p. 20.

²⁷ DOMÉNECH PASCUAL, G. *Ob. cit.* pp. 106-107.

“Sin embargo, **cuando se priva al ciudadano de esos medios**, porque se omite un diagnóstico *adecuado*, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación, **se le priva de una mayor posibilidad de curación, lo que supone una pérdida de oportunidad** que, cuando tenga una probabilidad seria de producir un resultado distinto, genera responsabilidad de la Administración por omisión de sus obligaciones”²⁸ (resaltado del texto original).

El mismo profesor Doménech Pascual, estima a su vez que aquellos daños sufridos por los ciudadanos en oportunidad de la crisis del COVID-19, que las Administraciones hubieran podido prevenir adoptando ciertas medidas de precaución, únicamente serán indemnizables si la omisión de éstas puede considerarse culposa al suponer una infracción del deber de llevar el cuidado exigible.

Este autor sostiene, además, que el mero hecho de que las medidas adoptadas para luchar contra el peligro producido por la crisis del COVID-19 –por ejemplo, el cierre de ciertos establecimientos– que hayan causado perjuicios sean declaradas ilegales, no resulta suficiente para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración que corresponda. Hace falta, adicionalmente, que la ilegalidad sea producto de una negligencia, de la infracción del deber de cumplir con el cuidado exigible en orden a las difíciles circunstancias concurrentes.²⁹

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, mediante sentencia de 17 de octubre de 2007, cuyo ponente fue el Magistrado Levis Ignacio Zerpa, ha sostenido que la aplicación de la teoría subjetiva en grado extremo amplía la posibilidad de que el Estado difícilmente responda, lo que iría en contra de lo establecido en el art. 140 constitucional³⁰, y de otro lado, la teoría objetiva, interpretada sin criterios razona-

²⁸ DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

²⁹ DOMÉNECH Pascual, G. *Ob. cit.* p. 107; en contra, MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Civitas Madrid: 2005, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. “Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme” En: *Revista de Administración Pública* No. 205. 2018.

³⁰ En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado un criterio restrictivo al momento de juzgar la razonabilidad de medidas dictadas en ejercicio del poder de policía sanitario, como en las causas “Frascalli” (Fallos 327: 4958) y “Friar” (Fallos 329: 3966), que dificultan la procedencia de reclamos indemnizatorios basados en los principios de la responsabilidad estatal por actividad ilegítima, pues los alcances del control judicial suele llevar a la desestimación de la existencia de una falta de servicio.

A todo evento, podría resultar procedente este tipo de responsabilidad si el reclamante demuestra que la medida estatal que ocasionó el daño es manifiestamente desproporcionada o discriminatoria, o que presenta otros vicios graves, como puede ser la in-

bles, crea situaciones injustas que excluirían los eximentes de responsabilidad y producirían una extrema onerosidad para la hacienda pública. En consecuencia, para la determinación de la responsabilidad del Estado, deben armonizarse los sistemas de responsabilidad, articulando tanto la tesis objetiva como la subjetiva, pues ante la ausencia de principios, normas legales expresas o instituciones propias de una rama del derecho, se debe emplear la hermenéutica de manera sistemática (lo cual incluye acudir al Derecho común) para integrar el ordenamiento jurídico y aplicarlo a la resolución del caso concreto.³¹

Posteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha vuelto a desarrollar, en algunas decisiones, la responsabilidad extracontractual del Estado en orden a normas propias del Derecho civil: sentencias judiciales de la Sala Constitucional no. 189 del 8 de abril de 2010 (caso “American Airlines INC”) y N° 1126 del 3 de agosto de 2012 (caso “Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.”); y fallos de la Sala Político Administrativa no. 2176 del 5 de octubre de 2006 (caso “Pedro Morantes vs. CADELA”) y no. 128 del 7 de febrero de 2013 (caso “Romelia Contreras”).³²

¿Cómo se ha logrado llevar a la práctica esta “subjetivización” de la responsabilidad patrimonial extracontractual administrativa? En el caso de la jurisprudencia española es constante en exigir, en orden a la prestación del servicio público de salud, la presencia de algún elemento de anormalidad, utilizando diversos “títulos de imputación” para determinar la responsabilidad, siendo el más común la infracción de los parámetros valorativos de la *lex artis*. Con ello, se adentran en el campo de la subjetividad –de la culpa– ya que en definitiva se termina juzgando la actuación de los servicios públicos sanitarios.³³

Para llegar a esos resultados se han utilizado diferentes manipulaciones argumentativas. Por ejemplo, se introduce la regla de la responsabilidad por culpa camuflada en el requisito del nexo causal, de modo que, si el servicio público funcionó normalmente y si la Administración adoptó las de-

competencia del órgano administrativo para su dictado. *Cfr.* PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*

³¹ Disponible en: <https://www.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Octubre/01693-171007-2007-2003-0438.html>

³² GHAZZAOUI, R. “El supuesto sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración pública (realidad jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial extracontractual en Venezuela)” En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 4, 2014, pp. 38-39.

³³ GARCÍA CREMADES, G. (2015) *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, Tesis Doctoral, Alicante, Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, España 2015, p. 474.

bidas medidas de precaución, se declara que el daño sufrido por la víctima no fue causado por dicho funcionamiento. O se declara que el criterio de la objetividad ha de modularse en algunos casos, sin ofrecer razón justificatoria de la excepción. O se recurre a la “antijuridicidad del daño” para introducir la responsabilidad por culpa: si el servicio público funcionó normalmente y se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, se estima que la víctima tiene el deber de soportar el daño sufrido, pues el daño no sería antijurídico.³⁴

En tal sentido, si el funcionamiento de los servicios públicos de salud ha sido anormal *-faute de service-*, bien por deficiente *-culpa in comittendo-*, bien por no funcionar *-culpa in omittendo-* o bien por funcionar tardíamente, causando daños a terceros³⁵, la jurisprudencia española, además de los recurrentes requisitos de procedencia, se ha adentrado en los denominados “títulos de imputación”, que tienen que ver con la imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal y que obligan a la Administración a responder y pagar, porque evidencian la antijuridicidad del daño.³⁶

Entre los “títulos de imputación” que se manejan habitualmente se encuentran, según García Cremades, la anormalidad subjetiva; la anormalidad del servicio; incumplimiento de estándares; creación de un riesgo que el particular no tiene el deber de asumir; incumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a la Administración; y el carácter inadecuado de la prestación, o infracción de la *lex artis*. Mientras que De Prada Rodríguez-Carrascal nos habla de la pérdida de la oportunidad. Analicemos brevemente cada uno de esos “título de imputación”.

2.1.1.1. Anormalidad subjetiva. Si se responde, aunque no haya culpa, con más razón se debe responder si concurre dolo o culpa del profesional sanitario, lo que es determinante de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero viene a identificarse con la infracción de la *lex artis*.³⁷

2.1.1.2. Anormalidad del servicio. Se produce una responsabilidad *in genere* cuando se detecta que, en el servicio, en su conjunto, hay deficiencias de funcionamiento que no son susceptibles de individualización, sino generalizadas, las cuales pueden ser producto de la combinación de ciertos factores, organizativos o estructurales, y de esta manera concurren para ocasionar un daño. Por ejemplo, el caso del retardo en el traslado del paciente al hospital, o la insu-

³⁴ DOMÉNECH PASCUAL, G. *Ob. cit.* p. 107.

³⁵ MERINO MOLINS, V. “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”. En: *Actualidad Administrativa* No. 6, 3-9 de febrero de 2003. Apud. García Cremades, G. *Ob. cit.* p. 75.

³⁶ PERRINO, P. E. y Sanguinetti, J. C. *Ob. cit.*

³⁷ GARCÍA CREMADES, G. *Ob. cit.* pp. 81-82.

ficiencia de los servicios existentes en el centro de salud para atender una situación de urgencia.³⁸

2.1.1.3. Incumplimiento de estándares. Ocurre cuando el daño se origina por una actuación de la Administración que no se ha producido con los niveles de eficacia exigibles según la conciencia ciudadana en cada momento social. A título enunciativo, equivocaciones groseras en intervenciones quirúrgicas; incumplimiento de controles de seguridad en transfusiones sanguíneas que permitan el contagio de Hepatitis; inasistencia de obstetras en partos de riesgo, dejando a la paciente en manos de matronas, etc.³⁹

2.1.1.4. Creación de un riesgo que el particular no tiene el deber de asumir. Se produce cuando el daño se origina por la actualización de un riesgo que ha sido creado por el desempeño administrativo –en ocasiones, resultado de una mala planificación–, el cual no tiene por qué ser asumido singularmente por el afectado, sino por la comunidad. Por ejemplo, las listas de espera, como consecuencia de retrasos en la prestación sanitaria, pero mal gestionadas, irracionales o de duración exagerada, de manera tal que se cometan errores en la clasificación de la prioridad del paciente, o cuando en el curso de esa espera se produjeran empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que, sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada.⁴⁰

2.1.1.5. Incumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a la Administración. Cuando se trata, por ejemplo, de normas de policía sanitaria, que van desde la realización de determinados controles de calidad en los procesos asistenciales; pasa por el incumplimiento de determinados niveles de asepsia; y llegan a faltas de carácter administrativo como las que llevan a omitir una campaña de vacunación obligatoria.⁴¹

2.1.1.6. Carácter inadecuado de la prestación, o infracción de la *lex artis*. La obligación de la Administración sanitaria es de medios, no de resultado, ya que no comporta una obligación cuantitativa y cualitativamente absoluta, y por ende, el incumplimiento de la *lex artis* conlleva el incumplimiento de la garantía de medios. Por ello, se acepta que habría que ofrecer y aplicar al paciente un exigible estándar medio de atención sanitaria, de acuerdo a los límites impuestos por las circunstancias de lugar, conocimiento y disponibilidades económicas, más no lo que la ciencia médica mundial pueda ofertar como más avanzado en cada momento.⁴² Y se observa que “no puede sostenerse una res-

³⁸ *Ibidem*, pp. 82-83.

³⁹ *Ibidem*, pp. 84-85.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 85-88.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 89-90.

⁴² *Ibidem*, p. 70.

ponsabilidad basada en la simple producción del daño, porque lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente⁴³.

También ha afirmado la jurisprudencia española, que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, consiste tanto en la actividad generadora del riesgo, como singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica ejecutada, la cual puede producirse por el incumplimiento de la *lex artis* o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

De otro lado, no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de manera que si la técnica empleada fue correcta de conformidad con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable ya que no se trataría de una lesión antijurídica, sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar, y ello aunque exista un nexo causal.

Asimismo, se ha considerado que en la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran importancia a fin de decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, en tanto cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello se causó el daño, o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente⁴⁴.

Entonces, como en los servicios de salud, no puede exigirse que la prestación sanitaria obtenga siempre un resultado favorable a la salud o a la vida del paciente, se exige entonces que, en el peor de los casos, sea realizada correctamente.

Así, el título de imputación de la *lex artis* se refiere a las reglas de conocimiento y actuación de una determinada profesión. Mientras que la *lex artis ad hoc* es la actuación profesional correcta en un caso determinado y concreto, que dadas las especiales características –del autor del acto médico, de los estándares técnicos del ejercicio de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y de la influencia de otros factores endógenos y exógenos, así

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007. Apud. De Prada Rodríguez-Carrascal, M. *Ob. cit.*

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de los Contencioso-Administrativo, Sec. 10ª, S. 04-10-2019, nº 734/2019, rec. 271/2018; y Sentencia del mismo Tribunal (Contencioso), sec. 10ª, S 18-12-2014, nº 894/2014, rec. 1392/2012. Apud. De Prada Rodríguez-Carrascal, M. *Ob. cit.*

como de la situación del paciente–, permitirá a los Tribunales verificar y valorar la corrección de la actuación del profesional médico en un acto médico concreto. De esta manera, pueden determinar si dicho acto estuvo conforme o no con la técnica normal requerida, de manera principal tanto por vía de la prueba pericial e informes médicos aportados por las partes, como por el valor orientativo de los protocolos médicos, entendidos como “algoritmos o guías para la práctica médica”.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, ante el reclamo de responsabilidad realizado por un paciente atendido en una institución hospitalaria pública, ha acudido también al título de imputación de la *lex artis ad hoc*, para negar que existiera nexo de causalidad entre el presunto daño ocasionado a la parte actora y la conducta de la médico María Meneses, la cual, según interpretó el alto tribunal, lejos de suministrar información referencial falsa o tergiversada, o de obrar en forma imprudente o excediendo la buena fe, por el contrario, “(...) actuó de conformidad con la Ley que rige su profesión, la cual, le otorga un poder discrecional para revelar al paciente la verdad de todo aquello que llegare a su conocimiento, así como la oportunidad y manera de hacerlo, con lo cual no causó daño moral alguno a la actora (...)”.⁴⁵

Sin embargo, García Cremades recuerda que el carácter inadecuado de la prestación puede verificarse no solo por no haberse cumplido las reglas propias del ejercicio profesional, sino también porque, aunque se hayan podido cumplir, han producido un resultado dañoso inexplicable en proporción a la prestación realizada.⁴⁶

2.1.1.7. Pérdida de la oportunidad. Como alternativa a la quiebra de la *lex artis* la doctrina jurisprudencial del país ibérico ha creado la “doctrina de la pérdida de oportunidad”, la cual permite una indemnización cuando la asistencia médica se ha prestado de forma adecuada, usando la técnica correcta, y sin embargo, igualmente se ha producido el resultado lesivo como consecuencia del funcionamiento del servicio público.

El fundamento de la “doctrina de la pérdida de oportunidad” consiste en la pérdida de una alternativa de tratamiento, la cual se asemeja en cierto modo al daño moral. En concreto, se sustenta en la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido otros parámetros de actuación en la prestación del servicio, en la posibilidad de que las circunstancias hubieras acaecido de otra manera⁴⁷. Vale decir, la pérdida de oportunidad se

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia No. 1013, de 31 de julio de 2002. Apud. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob. cit.* p. 91.

⁴⁶ GARCÍA CREMADES, G. *Ob. cit.* pp. 90-98.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso), sec. 10ª, S 18-12-2014, N° 894/2014, rec. 1392/2012; y sentencias del Tribunal Supremo español,

caracteriza por la incertidumbre sobre si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o aminorado la enfermedad del paciente, lo que requiere analizar el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido un efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance del mismo⁴⁸. A tal efecto, se requiere que exista una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo resultaba exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un resultado distinto⁴⁹.

A título enunciativo, se puede decir que la pérdida de oportunidad ocurre cuando se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación, de manera tal que se priva al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación⁵⁰, lo que constituye un daño antijurídico, ya que, si bien la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia,

Sala 3ª de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, 4 y 12 de julio de 2007. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso), sec. 10ª, S 18-12-2014, N° 894/2014, rec. 1392/2012; y sentencias del Tribunal Supremo español, de 19 de octubre de 2011 (casación 5893/2006), 22 de mayo de 2012 (casación 2755/2010) y 21 de diciembre de 2012 (casación 4229/2011). Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo español (Contencioso), sec. 4ª, S 18-07-2016, n° 1832/2016, rec. 4139/2014. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

No se trata de una presunción *iuris tantum* de negligencia, como es la regla “*res ipsa loquitur*” (la cosa habla por sí misma), en virtud de la cual, mediante un juicio probabilístico de sentido común basado en la experiencia de la vida, se permite deducir, de un hecho probado y evidente, la existencia de culpa; ni provoca la inversión de la carga de la prueba, como la teoría del daño desproporcionado, aplicable en supuestos en los que el resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda proporción con la intervención, convirtiéndolo en inasumible, por lo que es antijurídico; ni hace trasladar los riesgos de una intervención, del paciente a los servicios sanitarios, como en el supuesto de la ausencia del consentimiento informado del paciente sobre la finalidad y naturaleza de cada intervención médica, así como de sus riesgos y de las consecuencias que puede generar su práctica, cuando es preceptivo; pero la creación jurisprudencial de la pérdida de oportunidad ha implicado un reforzamiento del principio de reparación del daño y de la posición de la víctima. García Cremades, G. *Ob. cit.* pp. 154,160-161, 414 y 476.

⁵⁰ STS (Contencioso), sec. 4ª, S 18-07-2016, N° 1832/2016, rec. 4139/2014. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias⁵¹.

2.1.1.8. Críticas a la reasunción de la teoría subjetiva en la responsabilidad patrimonial administrativa.

En Venezuela, a partir de la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia afirmó que su art. 140 era suficiente para aplicar, bajo principios de Derecho público, el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado. A título enunciativo, los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2818 del 19 de noviembre de 2002 (caso “Gladys de Carmona”); N° 1469 del 06 de agosto de 2004 (caso “Gladys de Carmona II”); N° 403 del 24 de febrero de 2006 (caso “Municipio Baruta del Estado Miranda”). También las sentencias de la Sala Político Administrativa de mismo altotribunal, N° 968 del 02 de mayo de 2000 (caso “Cheremos vs. ELECENRO”); N° 1386 del 15 de

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 3ª, de 7 de julio de 2008. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

En un caso en concreto muy notorio, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considero que, en el marco de la pandemia de la Gripe A y respecto de la primera paciente – de 19 años de edad- infectada de gripe A (H1N1) que falleció en España, hubo una pérdida de oportunidad que motivaba el derecho del ciudadano a ser indemnizado.

La Sala del Tribunal Superior de Madrid consideró que “es muy probable que no se hubiera podido evitar el fatal desenlace, dada la rápida y agresiva progresión que presentó la enfermedad en esta paciente, y la no respuesta a las medidas terapéuticas instauradas (medicamento adecuadas)”. Por ese motivo concluyó que no hubo mala praxis en el cumplimiento de la *lex artis*, en lo que influyó el hecho de que la Organización Mundial de la Salud no elevó el nivel de alerta de pandemia de la fase 5 a la fase 6 hasta el 11 de junio de 2009, mismo día que ingresó la paciente por primera vez en el hospital. Como razona la sentencia,

“la aparición en la escena mundial de un nuevo virus capaz de infectar a las personas supuso una incertidumbre en todos los campos (definición clínica, indicación de tratamiento, fármacos indicados, eficacia y seguridad de los mismos,...) por ausencia de conocimiento científico sobre ese virus, que sólo se podía adquirir transcurrido el tiempo, por la acumulación de casos, mediante estudios epidemiológicos, observacionales y fundamentalmente por análisis retrospectivos. Y recordar que esa aparición tuvo lugar poco antes del presente caso, con lo que eso significa”.

Sin embargo, la Sala consideró que el retraso en el diagnóstico impidió un acceso más temprano al tratamiento médico que, con independencia del resultado que habría producido habida cuenta de grado de instauración y conocimiento que se tenía sobre la enfermedad, comportaba una pérdida de oportunidad por la que la Administración debía responder. y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso), sec. 10ª, S 18-12-2014, N° 894/2014, rec. 1392/2012. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

junio de 2000 (caso “Germán Avilés vs. ELEORIENTE”); N° 2130 del 09 de octubre de 2001 (caso “Hugo Betancourt”); N° 2840 del 28 de noviembre de 2001 (caso “Consortio Inversionista Fabril”) y N° 2132 del 16 de noviembre de 2004 (caso “Hilda Josefina Farfán”).⁵²

A todo evento, conforme al significado del carácter objetivo de la responsabilidad, si bien se debe rechazar *a priori* que la Administración sea la responsable de todos los daños que puedan sufrir los ciudadanos en materia sanitaria, porque la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender la responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, con independencia del actuar administrativo⁵³; no obstante, al existir atención sanitaria y daño, la Administración está en el deber de responder, salvo que se demuestre que no existe un adecuado nexo de causalidad entre el funcionario de la Administración sanitaria, y los perjuicios sufridos por los pacientes.⁵⁴

De manera que, respecto de los denominados “título de imputación”, como tal exigencia no parece coherente con una responsabilidad patrimonial en su concepción objetiva, porque se reintroducen los requisitos de ilicitud y culpabilidad para el reconocimiento del derecho a indemnización⁵⁵, debemos reafirmar que la objetivación del sistema de responsabilidad extracontractual administrativa no tiene que ser excesiva ni moderada, y para no adentrarnos en el campo de la subjetividad –de la culpa–, si el médico se ajustó a la *lex artis* médica, como si no, si el daño ha sido producto de su actuación, y el paciente no tenía la obligación de soportarlo, se debe declarar la responsabilidad de la Administración.⁵⁶

Además, como observa Ortega:

“(…) sólo una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad patrimonial es acorde con las necesidades de nuestra época. Por contra, los sistemas que siguen girando sobre la base de dotar de una responsabilidad administrativa subsidiaria a la acción culposa del agente, están operando incluso con un retraso conceptual de la evolución que se ha ido originando en

⁵² GHAZZAOUI, R. *Ob. cit.* pp. 38-39.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo español (Contencioso), sec. 6ª, S 15-01-2013, rec. 779/2012. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

⁵⁴ GARCÍA CREMADES, G. *Ob. cit.* p. 73.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 95-96.

el propio derecho privado en base a la doctrina del riesgo y a la de la inequivalencia de las posiciones jurídicas entre las grandes empresas de servicios y sus usuarios.”⁵⁷

Por otra parte, la exigencia, para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria, de que se encuentre presente un elemento de anormalidad en la prestación de los servicios públicos sanitarios –de manera más recurrente, la infracción de la *lex artis*–⁵⁸, “(...) haciendo una interpretación restringida del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la Constitución de la República, y dando mayor relevancia al carácter subjetivo de la conducta de los agentes involucrados y a la integridad de erario público por sobre el carácter objetivo que la Constitución confiere a la responsabilidad del Estado (...)”⁵⁹, hace muy difícil, en la práctica, que los ciudadanos víctimas del daño, puedan probar los hechos de su pretensión, de conformidad con los criterios generales de la distribución de la carga probatoria.⁶⁰

Por ende, como “(...) la evolución asentada por el Constituyente tiene por objeto procurar un verdadero sistema integral y autónomo de derecho público que no dependa de las normas privadas, estructurado sobre una base propia, determinada por regulación especial”⁶¹, al constituir un sistema unitario, de alcance general, de responsabilidad directa y, por regla general, culpa objetiva⁶², permite considerar fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración pública:

“(...) la falta de prestación del servicio público de salud en estos aciagos momentos; el contagio de los empleados públicos del servicio sanitario, de los empleados de mantenimiento hospitalario, de los miembros de las fuerzas de seguridad, de los ancianos en casas de cuidado del Estado, de los presos y *los* empleados de los centros penitenciarios y (...) hay responsabilidad del estado por la falta de atención a quienes viven en las calles, declarados los más vulnerables frente al COVID-19.”⁶³

⁵⁷ ORTEGA, L. *Ob. cit.* p. 22.

⁵⁸ GARCÍA CREMADES, G. *Ob. cit.* p. 475.

⁵⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia no. 2818, de 19 de noviembre de 2002. Apud. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. p. 69.

⁶⁰ GARCÍA CREMADES, G. *Ob. cit.* p. 475.

⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia no. 189, de 8 de abril de 2010. Apud. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob. cit.* p. 67.

⁶² Argumento que *mutatis mutandis* consideramos aplicable al caso venezolano, pero que es tomado del derecho español. Vid. LEGUINA, J. Apud. ORTEGA, L. p. 22.

⁶³ BADELL MADRID, R. *Ob. cit.* p. 355.

Máxime cuando desde hace una década existe una grave crisis del sistema sanitario, la falta de servicios públicos, escasez de medicinas, retrovirales; y en lo que toca a la pandemia del COVID-19, entre otros, la ausencia o insuficiencia de los insumos necesarios como mascarillas, guantes, camillas en hospitales, lo que permite colocar a las autoridades que ejercen el control real dentro del territorio venezolano, como los responsables iniciales por los daños adicionales que ha generado y generará el COVID-19 en Venezuela, siempre que se demuestre que la causa del perjuicio proviene de un hecho u omisión causado por esas autoridades.⁶⁴

Finalmente, recordemos, como propone Ortiz Álvarez, que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública debe ser estudiada desde una perspectiva amplia, sustantiva y procesal, y *pro-cives* en favor de los particulares y no de la Administración, tanto en el plano de la declaración formal como en el plano práctico del reconocimiento real de la responsabilidad administrativa en los dispositivos judiciales y en la ejecución de las sentencias, así como en la definitiva reparación integral de los daños, resultando improcedentes las interpretaciones restrictivas o sobreprotectoras del Estado.⁶⁵

2.2. Producción de un daño antijurídico. Debe haber ocurrido un daño o perjuicio que constituya una lesión, afectación o disminución en la esfera jurídica de los bienes o derechos de las personas. Debe ser cierto, esto es, que se haya producido materialmente, ser actual y no simplemente potencial, eventual o posible; debe ser individual, vale decir, singular o individualizable en relación con el patrimonio de una persona o grupo de personas determinadas o determinables, no general; debe ser antijurídico, pues el afectado no tiene el deber de soportarlo; y, en principio, debe afectar un bien evaluable económicamente, como es el caso de los daños morales, materiales, corporales o personales.⁶⁶

⁶⁴ GALLOTTI, A. *Ob. cit.* pp. 404-405.

⁶⁵ ORTIZ ÁLVAREZ, L. “El principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, con apoyo en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de noviembre de 2002 (caso “Carmona II”). En: Brewer-Carías, A. R. y Araujo-Juárez, J. (Coord.) *Principios fundamentales del Derecho público. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas: 2020. pp. 900-902.

⁶⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob. cit.* pp. 92-93; y GALLARDO CASTILLO, M. J. “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. En: *Estudios socio-jurídicos*, Bogotá, vol. 1, no. 2, julio-diciembre 1999, p. 47.

Vinculado con los requisitos de la certeza del daño y su individualidad, el 3 de diciembre de 2020, un Comité de tres jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió, en el asunto *Le Mailloux v. France* (aplicación no. 18108/20), el primer caso sobre la idoneidad de las medidas francesas frente al COVID-19, declarando inadmisibles de manera unánime la demanda. El demandante, de nacionalidad francesa, invocó los arts. 2, 3, 8 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y se que-

Como la antijuridicidad del daño no consiste en que la conducta dañosa sea contraria a derecho⁶⁷, por ser la responsabilidad –por regla general- de carácter objetivo, la antijuridicidad no reside en el proceder de la Administración sino en el resultado o lesión, de manera tal que, si existe el deber jurídico de soportar el daño decae la obligación de indemnizar el daño⁶⁸. Por otra parte, para que el daño sea antijurídico es suficiente que el riesgo inherente a la utilización del servicio público haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social⁶⁹.

En Argentina, por virtud de las doctrinas jurisprudenciales derivadas del caso “Friar” (Fallos 329:3966), de 2006 y de las causas “Román” (Fallos 317:1233), “Pistone” (Fallos 330:2464) y “Malma Trading” (LL 2014-C, 263), Perrino y Sanguinetti entienden que en los supuestos de responsabilidad estatal derivada del ejercicio legítimo del denominado poder de policía sanitario los requisitos de la ausencia de deber jurídico de soportar el daño; y el sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, deben ser interpretados con el siguiente alcance: a) los perjuicios que constituyan consecuencias normales de las medidas sanitarias lícitas no son indem-

jó del “incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas de proteger la vida y la integridad física de las personas bajo su jurisdicción. Se quejó en particular de restricciones al acceso a las pruebas de diagnóstico, medidas preventivas y tipos específicos de tratamiento, e injerencia en la vida privada de las personas que estaban muriendo por el virus por su cuenta.” El Tribunal concluyó que el demandante no había demostrado que a él personalmente se le hubiera negado asistencia o atención en el contexto de las medidas generales de salud impugnadas. Además, si hubiera sido afectado directamente por tales medidas, primero debería impugnar la compatibilidad de tal denegación con la Convención en los tribunales nacionales.

En consideración a lo anterior, el Tribunal decidió que el demandante se quejó *in abstracto* sobre las medidas COVID-19 adoptadas por el Gobierno francés, ya que no “proporcionó ninguna información sobre su propia condición y no explicó cómo las supuestas deficiencias de las autoridades nacionales podrían haber afectado su salud y su vida privada”.

En tales circunstancias, se consideró que la demanda constituía “una *actio popularis* y la demandante no podía ser considerada víctima, en el sentido del artículo 34 de la Convención de las presuntas violaciones”. Disponible en: <http://echrblog.blogspot.com/2020/12/echr-decides-first-case-regarding-covid.html?m=1&s=03>.

⁶⁷ GALLARDO CASTILLO, M. J. *Ob. cit.* p. 48.

⁶⁸ Sentencias del Tribunal Supremo español, de 12 de julio de 2007, 10 de diciembre de 2009, y 23 de febrero de 2010. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

⁶⁹ Sentencias del Tribunal Supremo español, Sala 3º, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

nizables y deben ser soportados por los damnificados, por constituir cargas públicas derivadas de la vida en sociedad; b) en cambio, aquellos daños que constituyan consecuencias anormales de este tipo de medidas deben ser indemnizados, dado que significan para el damnificado un sacrificio especial o desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica.⁷⁰

La idea fundamental para que pueda hablarse de una lesión indemnizable, como un daño objetivamente antijurídico, se basa en la ausencia de causas de justificación con cobertura legal que legitimen el perjuicio como tal y obliguen a soportar la carga como, por ejemplo, la imposición de una sanción⁷¹, pagar un impuesto, soportar una ejecución administrativa o judicial, abstenerse de realizar lo prohibido y soportar las consecuencias de tal incumplimiento.⁷²

Parecería lógico entender que, si bien no serían indemnizables, en principio, los perjuicios generalizados sufridos por la población como consecuencia de las medidas estatales de policía sanitaria (por carecer de especialidad desde una perspectiva cuantitativa), sí deberían ser compensados aquellos daños que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, tengan un carácter diferencial, por exceder la cuota de sacrificios que razonablemente impone la vida en sociedad. *Exempli gratia*, los perjuicios sufridos por determinados comerciantes que se vieron obligados a cerrar en forma definitiva sus negocios como consecuencia de las restricciones impuestas en el marco de la pandemia, y los daños padecidos por aquellos ciudadanos del país que se encontraban en el extranjero y no pudieron retornar a su Nación en virtud de la decisión del Gobierno nacional de proceder al cierre de fronteras.⁷³

2.3. Vinculación por una relación de causalidad. Debe quedar demostrada la relación o nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio, esto es, la relación entre la actividad o la inactividad imputable a la persona cuya responsabilidad se exige y la incidencia de tal comportamiento en la producción del daño.⁷⁴ Vale decir, que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendidos en sentido amplio.⁷⁵

⁷⁰ PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*

⁷¹ GALLARDO CASTILLO, M. J. *Ob. cit.* p. 51.

⁷² TESO GAMELLA, M. P. *Ob. cit.* pp. 329-330.

⁷³ PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*

⁷⁴ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob. cit.* p. 91.

⁷⁵ TESO GAMELLA, M. P. *Ob. cit.* p. 330.

Concretamente, en lo que se refiere a la responsabilidad derivada de la prestación del servicio público de salud, ha declarado la jurisprudencia española que, a fin de que haya obligación de indemnizar, resulta imperioso que haya una relación o nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido y que éste sea antijurídico, vale decir, que

Dicho nexo ha de ser directo, inmediato y exclusivo. Para su determinación se acude a la causa adecuada o eficiente, que analiza la existencia de una adecuación objetiva entre acto y evento que resulte idónea para determinar el resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso. Se acoge así, según explica Medina Alcoz, la teoría de la *conditio sine qua non*, en la que causa es el “acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se produzca como consecuencia o efecto del primero”.⁷⁶

A tal adecuación entre acto y evento se le ha denominado “verosimilitud del nexo” y ha sido atenuado en el sentido de que basta con la existencia de factores sin cuya concurrencia no se hubiera producido el resultado para que exista causalidad y surja la obligación de indemnizar.

Por otra parte, la propia actuación del particular puede dar lugar a la “concurrentencia de causas” en la producción del resultado lesivo.⁷⁷ En este sentido, en criterio de Perrino y Sanguinetti, si bien la relación de causalidad debe ser directa, inmediata y exclusiva, lo cual parecería implicar que la existencia de concausa excluye la responsabilidad estatal, dicho criterio no debe ser considerado admisible, en tanto puede suscitar la lesión a los derechos de igualdad ante las cargas públicas y de propiedad, y al principio *neminem laedere*. Por lo tanto, el Estado debería responder cuando el obrar estatal tiene una incidencia preponderante o más trascendente en el resultado dañoso que las restantes causas concurrentes.⁷⁸

Contrario sensu, el Estado no responde de los daños ocasionados por medidas policiales encaminadas a proteger la salud pública si estos los sufre la persona que ha perturbado, menoscabando o poniendo en peligro, dicho bien jurídico, esto es, el perturbador del orden público al que las medidas les son imputables.⁷⁹

se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar, debiendo entenderse por daño antijurídico, aquel producido cuando no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001; y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso), sec. 10ª, S 18-12-2014, N° 894/2014, rec. 1392/2012. Apud. DE PRADA RODRÍGUEZ-CARRASCAL, M. *Ob. cit.*

⁷⁶ MEDINA ALCOZ, L. “Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial”. En: *Anuario de Derecho Municipal 2007*, p. 302, con fundamento en la jurisprudencia española derivada de los fallos judiciales SSTs de 7 de febrero de 2007, Iustel §264529; 16 de febrero de 2007, Iustel §264513.

⁷⁷ TESO GAMELLA, M. P. *Ob. cit.* p. 330.

⁷⁸ PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*

⁷⁹ DOMÉNECH PASCUAL, G. *Ob. cit.* p. 104.

2.4. Deber de probar los fundamentos específicos de la responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de la Administración, según el caso.

Si hubo un funcionamiento normal, legítimo o lícito de la Administración sanitaria, debe demostrarse la ausencia de deber jurídico de soportar el daño; y que se produjo un sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.⁸⁰ Y si la responsabilidad es producto de un funcionamiento anormal, debe haber evidencia de la falta de servicio de la Administración sanitaria.⁸¹

⁸⁰ PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*, quienes se sustentan en el art. 4 de la Ley 26.944, de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, de la República Argentina.

Los ensayos de concreción del término “funcionamiento normal” han sido establecidos manejando técnicas de delimitación de la responsabilidad, como son la generalidad del daño, el carácter indirecto de la lesión, la concurrencia de culpa de la víctima, etc. *Cfr.* Rodríguez López, P. (2004) *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch, Barcelona: 2004. p. 314. Apud. García Cremades, G., p. 76.

⁸¹ La doctrina francesa –Chapus, R. *Droit administratif general* (12ª ed) Montchrestien, t. 1, Paris: 1998. p. 1190- observa que el significado de la expresión “*faute*” implica el incumplimiento de una obligación preexistente, por lo que se refiere al hecho objetivo de la inobservancia de un deber impuesto. Apud. García Cremades, G. p. 88, nota 142. Verbigracia, la falta de servicio o el funcionamiento anormal es “toda violación de las obligaciones administrativas preexistentes, lo que trae a colación los estándares o cánones jurídicos, técnicos y científicos que deben observar las administraciones públicas”. *Cfr.* JINESTA Lobo, E. “Responsabilidad administrativa, Constitución y derechos fundamentales”. En: E. GARCÍA MAC-GREGOR, y A. Zaldivar LELO DE LARREA. (Coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, tomo VIII, México: 2008, p. 992.

La falta de servicio podría consistir en una falta individual, cometida por un funcionario identificable, o en una falta anónima cuyo autor no pueda ser identificable de manera clara, pero se entiende que es el servicio público en su conjunto el que ha funcionado mal, o ha dejado de funcionar, o ha funcionado tardíamente. También la falta administrativa puede resultar de un operación material de la Administración –como la construcción de una autopista, o la vacunación ordenada por las autoridades sanitarias-; o de actos administrativos –como un decreto o una resolución ministerial violatorias del ordenamiento jurídico-, por lo que si el acto administrativo es ilegal, es susceptible de revocación o anulación mediante una declaratoria de ilegalidad, y si además ha causado daños, da lugar a una reparación patrimonial. *Cfr.* LARES MARTÍNEZ, E. (1996) “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, Conferencia dictada en Valencia el 1 de marzo de 1996. En: Academia de Ciencias Políticas y Sociales: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 63, No. 133 (1996), pp. 102-103.

En tal sentido, como bien explica Ortiz Álvarez, hay dos regímenes coexistentes y complementarios, que tienen un fundamento general en la integridad patrimonial ante la lesión antijurídica, pues el particular no tiene la obligación de soportar sin indemnización el daño sufrido (antijuridicidad objetiva).

En primer lugar, tenemos el régimen de responsabilidad por funcionamiento normal (sin falta o por sacrificio particular y/o por riesgo), con fundamento en un sacrificio particular que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, y en ciertos casos por una actividad de riesgo creado. Su criterio fundamental para determinar la responsabilidad por la antijuridicidad o insoportabilidad de un daño es la imputación a la actividad administrativa de un daño “anormal” –grave e intenso– y “especial” –individualizado o singularizado– que sobrepasa el “nivel de tolerabilidad o exigibilidad”, dentro de actividades lícitas o producto de un funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general. Por argumento a contrario, salvo falta o funcionamiento anormal, los daños no graves o los generales producidos por la actividad administrativa, deben ser soportados.

En segundo lugar, encontramos el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal (o por falta de servicio), el cual se fundamenta precisamente en la violación al derecho al funcionamiento normal, adecuado y eficaz de los servicios públicos y de las actividades estatales. El criterio decisivo para determinar la responsabilidad es una falta de servicio o funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal, que produzca perjuicios –inclusive suaves o de poca intensidad– los cuales en algunos casos son jurídicamente relevantes para la procedencia de la responsabilidad estatal. La determinación de la falta de servicio o funcionamiento anormal se realiza *a posteriori* al momento del análisis del caso concreto, en función de textos expresos, con referencia a la técnica funcional genérica y con vista a los estándares o parámetros aplicables conforme a las circunstancias del caso.⁸²

En Francia, por ejemplo, respecto de la responsabilidad de los servicios públicos hospitalarios, la jurisprudencia reconoce que basta una falta leve para que el servicio incurra en responsabilidad, tanto en la organización y el funcionamiento del servicio público hospitalario (consejo de estado, secc., 8 de noviembre de 1935, dame vion, dame philoppioneau, dos sentencias, rec. 1019 y 1020) 1198, como al abandonar el requisito de la falta grave en las actividades médicas y quirúrgicas propiamente dichas (consejo de estado as., 10 de abril de 1992, époux v.) al exigir una falta, apreciada *in concreto*, constituida por una negligencia específica –porque un error no es siempre negligente– que se rija por las leyes particulares de la disciplina en cuestión ((consejo de estado, 27 de junio de 1997, mine guyot, rec. 267; d. 1999. Sc. 49, obs. Bon y de béchillon), ampliando el régimen de la falta leve al servicio de asistencia médica de

⁸² ORTIZ ÁLVAREZ, L. *Ob. cit.* pp. 887, 888, 889, 893, 894 y 895.

urgencia (consejo de estado, secc., 10 de junio de 1997, theux, rec. 254, concl. Stahl; rdfa 1988.82, concl.; da, N° 358, obs, esper).⁸³

Se ha admitido igualmente en el país galo que, incluso cuando el acto médico se practicó en una intervención desprovista de fines terapéuticos –como una circuncisión ritual– (Consejo de Estado, Secc., 3 de noviembre de 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, Rec. 412) y aun cuando el riesgo sea común a una gran categoría de actos médicos (Consejo de Estado, 19 de marzo de 2010, *Consorts Ancey*, Rec. 975; JCP Adm. 2010.2316, nota Lantero), los hospitales puedan incurrir en responsabilidad sin falta sobre el fundamento de riesgo, pues si no se ha podido detectar negligencia alguna,

“si un acto médico necesario para el diagnóstico o el tratamiento del paciente presenta un riesgo cuya existencia es conocida, pero cuya ocurrencia es excepcional y no hay razón alguna para pensar que el enfermo esté especialmente expuesto, la responsabilidad del servicio público hospitalario se ve comprometida si la ejecución de este acto es causa directa de daños sin relación con el estado inicial del paciente o la evolución previsible de dicho estado, y los mismos presentan un carácter de extrema gravedad” (Consejo de Estado, sentencia de 9 de abril de 1993, *Bianchi*).⁸⁴

⁸³ LONG, y otros *Ob. cit.* pp. 873-875.

⁸⁴ *Ibidem Ob. cit.* pp. 875-876.

En cuanto a la responsabilidad por riesgo, parte de la premisa de que la Administración pública que genera un riesgo en beneficio del interés general, del cual es vicaria, se encuentra obligada a reparar los daños causados, en la medida de tal beneficio y del empobrecimiento de quien experimenta los daños. *Cfr.* HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob. cit.* p. 78. La teoría del riesgo cesa en caso de demostrarse que el daño se ha producido por causa de la víctima o por fuerza mayor. Para su procedencia se han exigido condiciones excepcionales, como que el perjuicio “no puede ser considerado como una carga que incumba normalmente al administrado” (Consejo de Estado francés, 21 de noviembre de 1947), lo que sucede, *exempli gratia*, en el supuesto de la construcción de una obra pública que ha causado daños anormales para las propiedades vecinas, habiéndose condenado a la Administración al pago de una reparación, sin necesidad de comprobar una falta en la ejecución de la obra, ni un defecto en el estado de la obra. *Cfr.* LARES MARTÍNEZ, E. *Ob. cit.* p. 103.

También ha sido reconocida la responsabilidad sin falta en el caso de los centros de transfusión de sangre, por “los riesgos que presenta el suministro de productos sanguíneos” (Consejo de Estado, As., 26 de mayo de 1995, *Consorts Nguyen, Jouan, consorts Pavan*, Rec. 221); y en el caso de los hospitales, en su calidad de dispensadores de prestaciones médicas, aunque no haya habido negligencia, por los fallos en productos y aparatos de salud utilizados, (Consejo de Estado 9 de julio de 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/Mme Marzouk*, Rec. 338: AJ 2003.1946, nota Deguerge; JCP Adm. 2003.1897, nota Chavrier). *Cfr.* Long, y otros *Ob. cit.* p. 876.

En lo que toca a la responsabilidad del poder público por los servicios de policía, la jurisprudencia francesa mantiene hoy en día en todos los casos la falta simple para hacer incurrir en responsabilidad a la Administración. Ello vale tanto para las medidas jurídicas de policía (consejo de estado As. 13 de febrero de 1942, Ville de Dole, REc.48) como para las actividades materiales de policía o a la incapacidad de las autoridades de policía en el ejercicio de sus funciones, lo que “no obsta... para que se tenga en cuenta la dificultad de la actuación administrativa” (J.-H. Stahl, concl. Sobre Consejo de Estado Secc. 20 de junio de 1997, *Theux*, Rec. 254).⁸⁵

También se ha reconocido en esta materia la responsabilidad sin falta, en los casos de uso de armas de fuego (Consejo de Estado 24 de junio de 1949, *Consorts Lecomte*, Rec. 307; v. no 33.2), en razón del riesgo; en el caso de las medidas policiales que suponen para los administrados una molestia especial y anormal (Consejo de Estado Secc. 22 de febrero de 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113 y 13 de mayo de 1987, *Aldebert*, Rec. 924; v. no 38.7 órdenes municipales que regulan la circulación; Consejo de Estado Secc. 15 de febrero de 1961, *Werquin*, Rec. 118; v. no. 38.7: embargo de vivienda dictado legalmente por el alcalde en virtud de sus poderes de policía).⁸⁶

2.5. Ausencia de causa extraña no imputable. Debe haber una ausencia de fuerza mayor o caso fortuito; o de la interferencia de la víctima o de un tercero en el nexo causal como factor determinante del resultado lesivo. Su prueba se encuentra a cargo de la Administración.

Sobre la causa extraña no imputable del art. 1271 del Código civil, género del cual resulta una especie la fuerza mayor o caso fortuito, nos sintetiza la profesora María Candelaria Domínguez Guillén:

“(...) se presenta como un evento ajeno a la voluntad del deudor que hace imposible el cumplimiento de la obligación, extinguiendo la misma y liberándolo de la responsabilidad civil. Sus especies vienen dadas por el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho del príncipe, el hecho del tercero y el hecho del acreedor. Entre sus caracteres cabe citar: imprevisible, irresistible, sobrevenida, exterior o no imputable al deudor, no haber incurrido en mora y que genere absoluta ‘imposibilidad’ (no ‘dificultad’). Puede acontecer en obligaciones positivas y negativas, correspondiéndole su prueba a quien la alega (...)”⁸⁷

2.5.1. ¿El COVID-19 es fuerza mayor o circunstancia extraordinaria?
La Administración del Estado, una vez demandada de forma única o concurren-

⁸⁵ LONG, y otros *Ob. cit.* pp. 136-138.

⁸⁶ *Ibidem.* pp. 138-139.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C. *Curso de Derecho civil III. Obligaciones.* Editorial Revista venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas: 2018. p. 185.

te con otra Administración pública, podría exonerarse en la vía de la acción de responsabilidad concurrente alegando que la pandemia por coronavirus y el consiguiente estado de alarma declarado para combatir sus efectos, constituyen un supuesto de fuerza mayor⁸⁸, siendo que, además, evidentemente el COVID-19 es un hecho notorio comunicacional, exento de prueba.⁸⁹

La fuerza mayor o caso fortuito se encuentra prevista en el art. 1272 del Código civil, a cuyo tenor “el deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.

La fuerza mayor es una causa extraña y externa a la relación en que se ha producido la lesión, caracterizada por ser imprevisible e irresistible⁹⁰, y por vincularse a la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado⁹¹. Conforme a la jurisprudencia española, la fuerza mayor “se define por dos notas fundamentales cuales son el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible e inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista”.⁹²

Precisamente, el cumplimiento de la relación de causalidad para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado constituirá uno de los ejes centrales del debate vinculado a los eventuales reclamos indemnizatorios que sean demandados como consecuencia de perjuicios ocasionados por las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, por cuanto las autoridades públicas demandadas eventualmente alegarán que los daños invocados no tienen por causa exclusiva la medida estatal en cuestión, sino que la propia pandemia constituye un caso fortuito que operaría como concausa, excluyente de la responsabilidad estatal.⁹³

En el campo de la responsabilidad administrativa extracontractual, si se trata de responsabilidad por falta, el órgano de la Administración pública se exo-

⁸⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. “Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación” En: *Estudios*, volumen 30 extraordinario-2020, p. 32.

⁸⁹ CABALLERO PERDOMO, R. “Del incumplimiento de las obligaciones tributarias en el marco del COVID-19”. En: BREWER-CARÍAS, A. R. y ROMERO MUCI, H. *Ob. cit.* p. 538.

⁹⁰ GALLARDO CASTILLO, M. J. *Ob. cit.* p. 51.

⁹¹ PITA BRONCANO, P. T. “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXIV, 2006, p. 122.

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo español, de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993). Apud. Doménech Pascual, G. *Ob. cit.* p. 105.

⁹³ PERRINO, P. E. y SANGUINETTI, J. C. *Ob. cit.*

nera cuando el vínculo de causalidad se rompa por haber sido producido el daño por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima; por el contrario, en el campo de la responsabilidad sin falta y en las presunciones por funcionamiento anormal, operan solo dos causas de exoneración: la fuerza mayor y la culpa de la víctima.⁹⁴

Ahora bien, en España, el único precedente jurisprudencial derivado de la declaración de un estado de alarma fue el de la Audiencia Nacional española (en sus Sentencias 15 de abril de 2013 y 7 de marzo de 2014), entre otras, relativo a los daños causados por la huelga de controladores aéreos y el posterior cierre del espacio aéreo. Consideró que los hechos constituían un supuesto de fuerza mayor y, por consiguiente, los daños no eran imputables a la Administración.

Pero con ocasión el COVID-19, las circunstancias son diversas. El cierre del espacio aéreo, como acto administrativo, fue consecuencia de hechos inevitables y exógenos a la voluntad de la Administración (la huelga en tanto circunstancia extraordinaria constitutiva de fuerza mayor y frente a la cual no cabía otra actuación razonable que cerrar el espacio aéreo). De la misma manera, la pandemia, que es un hecho y no una actuación, ha sido una circunstancia extraordinaria, imprevisible e inevitable en sí misma, y ha de calificarse de fuerza mayor. *Contrario sensu*, no cabe declarar lo mismo de las posibles soluciones adoptadas por la Administración pública para minimizar el riesgo frente a la misma, pues la fuerza mayor se predica de hechos, no de actuaciones.⁹⁵

Verbigracia, la exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que la Administración podía haber evitado o mitigado si se hubieran tomado las debidas medidas de precaución. De modo tal que en la medida en que una Administración pudo evitar la producción de perjuicios adicionales adoptando la diligencia debida, se debe entender que sí existe la relación de causalidad –entre el funcionamiento de los servicios públicos y tales perjuicios adicionales– requerida para que surja la obligación de indemnizar.⁹⁶

Para Perrino y Sanguinetti, la cuestión es compleja y no resulta posible postular una solución general, en abstracto, ya que el criterio a aplicar variará

⁹⁴ SOTO HERNÁNDEZ, M. E. “Responsabilidad extracontractual de la Administración pública en el Código civil y en normas de Derecho administrativo”. En: *Revista Venezolana de Gerencia*, año 6, no. 16, Universidad del Zulia, Maracaibo: 2001, p. 621, con sustento en ORTIZ ÁLVAREZ, L. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: Estudios del Derecho venezolano y análisis comparativo con el Derecho extranjero*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas: 1995.

⁹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. *Ob. cit.* p. 32, con apoyo en Villar Ezcurra, J. L., “Fuerza mayor y responsabilidad por el COVID 19”. URL: <https://www.linkedin.com/pulse/fuerza-mayor-y-responsabilidad-por-el-covid-19-villar-ezcurra/>

⁹⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G. *Ob. cit.* p. 105.

de conformidad con las circunstancias de hecho concretas de cada caso. No obstante, en principio, sostienen que la responsabilidad estatal debería ser admitida –siempre que se verifiquen los demás requisitos de la responsabilidad patrimonial del Administración pública– en aquellos supuestos en los que la causa preponderante del daño no haya sido la pandemia en sí misma, sino las medidas estatales adoptadas para hacerle frente.⁹⁷

Por ende, como explica González Carrasco, en materia de responsabilidad patrimonial por actos administrativos derivados de la gestión de la crisis epidemiológica, la cuestión no es si la pandemia era imprevisible e inevitable, sino si la Administración pública, competente para asumir el mando único en estas circunstancias, podía, conforme al principio de precaución, actuar de forma más diligente, porque el estado de la ciencia y la técnica permitieran una solución distinta de la adoptada. Como la experiencia de otros países demuestra que ello es así, debe responder, tanto en vía principal como de regreso, por los actos administrativos y normativos adoptados durante el estado de alarma decretado, que hayan provocado daños evitables y no imputables a los ciudadanos que los sufren, de acuerdo con la interpretación comúnmente admitida del requisito de la antijuridicidad que preside la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.⁹⁸

Sin embargo, en la práctica puede plantearse el problema de precisar y probar si un determinado daño –como la muerte de cierta persona– era evitable o inevitable, si la Administración implicada hubiera actuado con diligencia, y cuales se hubieran producido de todos modos, aun cuando su actuación no mereciese reproche alguno. Podría acudir en algunos casos a la doctrina de la pérdida de oportunidad, si la negligencia cometida incrementó ostensiblemente la probabilidad de que la víctima sufriera el daño que finalmente se materializó, pero no es posible conocer con exactitud si éste se hubiera producido igualmente de haber actuado la Administración con el cuidado exigible. Como corolario, la responsabilidad será proporcional: hay que indemnizar, pero la indemnización debe ponderarse por el incremento de la probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia.⁹⁹

⁹⁷ PERRINO, P. E. y Sanguinetti, J. C. *Ob. cit.*

⁹⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. *Ob. cit.* pp. 32-33, con apoyo en Gonzalo Jiménez, E.; MARTÍN RUÍZ, E. y DE LABRY LIMA, A. O., “La epidemia de COVID-19 en las residencias para personas mayores”. URL: <https://www.easp.es/web/coronavirus-saludpublica/la-epidemia-de-covid-19-en-las-residencias-para-personas-mayores>

⁹⁹ DOMÉNECH PASCUAL, G. *Ob. cit.* pp. 105-106, con apoyo en MEDINA ALCOZ, L. (2007) *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho de daños público y privado*. Civitas, Madrid: 2007; y MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor. Madrid: 2019.

CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de que constitucionalmente se encuentra reconocido, por un lado, el derecho a la salud y por otro lado, el principio, la garantía y el derecho de la responsabilidad patrimonial del Estado, en el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia tanto vernácula como de Derecho comparado persisten, respecto de éste último, la discusión, así como los avances y retrocesos, según el caso y los intereses involucrados, entre la teoría subjetiva y la teoría objetiva en esta materia.

Como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo ha propuesto, se deben aplicar, en primer término, los preceptos constitucionales, que son norma suprema y fundamento del resto del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, de manera complementaria, los Principios generales del Derecho público; y, como tercera opción, de manera supletoria, las disposiciones sobre responsabilidad civil consagradas en el Código Civil, siempre que exista una remisión legal expresa o que circunstancias particulares así lo exijan.¹⁰⁰

Ahora bien, Venezuela, en los actuales momentos y particularmente desde el año 2015, se encuentra dentro de una estruendosa emergencia humanitaria compleja que expande sus consecuencias a todos los niveles del país, lo que por supuesto ha afectado muy negativamente las frágiles finanzas públicas y, por ende, la capacidad de un Estado fallido para afrontar –mediante un sistema integral, de alcance general, de legitimación directa y relativamente objetivo–, las indemnizaciones que deba pagar como consecuencia de los daños antijurídicos que, con ocasión de su funcionamiento normal o anormal, haya causado.

Aunado a ello, padecemos la pandemia del COVID-19, un hecho absolutamente irresistible e inevitable aun en la hipótesis de que hubiera podido ser previsible, respecto del cual apenas están aún en período de prueba, ya a finales del año 2020, los primeros experimentos candidatos a vacunas. Pero que en el ínterin ha obligado a la Administración pública venezolana a realizar las conductas presumiblemente pertinentes para atenuar sus efectos, tanto en el campo del poder de policía sanitario, como en el terreno del servicio público de salud, afectando en no pocas ocasiones a los particulares con la producción de daños antijurídicos.

¿Puede el Estado venezolano, dadas estas condiciones excepcionales, obviar la aplicación del art. 140 de la Constitución, limitando el alcance de su contenido, debido al precario estado de las finanzas públicas? En principio, no es éste el deber ser. Sin embargo, hemos visto que el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en los últimos casi 22 años, recurrentemente ha irrespetado el rigor del contenido que debe caracterizar al núcleo esencial de las normas cons-

¹⁰⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencias nos. 1259, de 26 de julio 2011, y 128, de 7 de febrero de 2013. Apud. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob. cit.* p. 67.

titucionales y les ha otorgado, muchas veces mediante subterfugios e interpretaciones no razonables, un sentido y alcance más cónsono con las exigencias políticas del momento, que con el sentido jurídico que cabe esperar.

Por ello, sin ánimo de ser clarividente, parece resultar predecible en el futuro cercano de nuestro país, un descenso aún mayor en sede judicial del reconocimiento de nuestro sistema relativamente objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública venezolana, consagrado en la Constitución de 1999, en especial con respecto a los casos de daño antijurídico que puedan ser producto de la pandemia del COVID-19, para que derive, de manera totalmente inconstitucional e ilegal, a un conveniente sistema subjetivista, lo que aparejará como consecuencia, una mayor disminución de las sentencias favorables que declaren el pago de indemnizaciones por parte del Estado.

Ante tal horizonte, además, resultarán atendibles las razones esgrimidas por Doménech Pascual, por lo demás, contrarias a una interpretación *pro-cives* a favor de los particulares y no de la Administración, conforme a las cuales la regla de la responsabilidad por negligencia resulta preferible en materia de potestades administrativas de tutela de la salud pública. Esto porque, dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, al soportar la Administración el riesgo de los daños causados a pesar de haber actuado con el cuidado debido –como cerrar un establecimiento sospechoso–, se encarece y se reduce la intervención administrativa, y se eleva el nivel de realización de actividades peligrosas de los particulares. La otra opción es un régimen culpabilístico, donde las víctimas soportan el riesgo, lo cual encarecerá e inhibirá la actividad de los particulares y permitirá suscitarse una intervención administrativa –como el funcionamiento del establecimiento–, lo que provocará que la actividad abusiva de los particulares se realice en menor medida. En opinión de este tratadista español, ésta última consecuencia negativa no parece tan grave como el corolario de la solución alternativa.¹⁰¹

Más tal óptica sería, en definitiva y a la luz de nuestro sistema jurídico, una solución jurisprudencial con efectos “*contra legem - contra constitutionem*” y, por ende, inaceptable, por los argumentos que *ut supra* hemos esgrimido.

Adicionalmente, empujados por la decadente y triste realidad a que nos han llevado los gobiernos populistas de los últimos casi 22 años, podríamos encontrarnos en presencia del inicio de un proceso de “desmontaje” de la Constitución de 1999, no quedando afectada –para el caso concreto– la regla de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, relativamente objetiva, en sí, sino su eficacia, por virtud, entre otros mecanismos, de un “derecho de emergencia”; de la admisión de la doctrina del “quebrantamiento constitucional” para un caso concreto; de la “concesión de plenos poderes” al Poder ejecutivo; de la identificación entre Derecho y política, y entre el ordenamiento po-

¹⁰¹ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G. *Ob. cit.* p. 108.

pulista y el Derecho; de la admisión de la reforma o cambio de la Constitución por vía de la interpretación constitucional (“dinámica” o “mutativa”) –que ya hemos estado sufriendo– o por un procedimiento diverso del previsto en la propia Constitución.¹⁰²

¹⁰² SAGÜÉS, N. P. “El concepto de desconstitucionalización”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° 02, (2007), pp. 187-188.

XI

**PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE*

Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE)

I. INTRODUCCIÓN

En los tiempos actuales al vocablo estrategia se le otorgan múltiples usos y no siempre de la manera más acertada. Es así como se considera un término que se ha desgastado, al punto de perder su esencia y sentido. Incluso a cualquier sustantivo se le coloca el adjetivo “estratégico”, bajo la creencia de que ello le otorga mayor calidad o categoría al sustantivo que se califica. En tales términos se habla de plan estratégico, comunicación estratégica, marketing estratégico, gerencia estratégica, contratación estratégica, litigio estratégico, etc., sin tener clara consciencia de qué implica ser realmente estratégico, dado que no en pocas ocasiones el empleo de la palabra se circunscribe a algo táctico y operacional.¹

En el ámbito del derecho procesal en cualquiera de sus especificidades, se debe distinguir entre lo que algunos denominan litigio estratégico² y las estrate-

* Abogado, Doctor en Derecho y Post-Doctor, Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila en Venezuela, Profesor en la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario en Colombia, Miembro de la Secretaría de Redacción de la Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, Miembro del Consejo Consultivo del Circulo de Derecho Administrativo, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica. Fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, de la Red Internacional de Bienes Públicos y Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía. E-mail: victorhernandezmendible@gmail.com

¹ ORJUELA CÓRDOBA, Sandra. ¿Qué es el pensamiento estratégico?, *Comunicación en Crisis (Covid-19)*, Editorial DIRCOM, Buenos Aires: 2021.

² Algunos autores parecen asimilar el litigio estratégico en América Latina, al denominado litigio de alto impacto o litigio de impacto del sistema jurídico anglosajón. CORRAL-DÍAZ, Ana Milena, LONDOÑO-TORO, Beatriz, MUÑOZ-ÁVILA, Lina Mar-

gias de litigación. Para entender el significado de ambos conceptos, se debe determinar qué se quiere decir cuando se emplean cada uno de ellos.

El litigio estratégico desarrollado en el contexto de países latinoamericanos como Argentina, Chile, Colombia, México y Perú es un medio de resolución de un conflicto ordinario, que supone la escogencia de un caso que tiene potencial incidencia supraindividual, para instaurar un proceso que permita obtener una decisión judicial, cuyo cumplimiento o ejecución conduzca a reformas constitucionales o legales, a que se adopten determinadas políticas públicas, a cambiar la gestión administrativa, a la expedición de específicos actos administrativos y hasta la realización de modificaciones de criterios jurisprudenciales, en beneficio de las personas –más allá del promotor inicial del conflicto– que han sido afectadas en sus derechos humanos en general, en el ambiente –que también es un derecho humano–³, así como de los grupos o colectivos en situación de vulnerabilidad⁴.

No obstante, se debe mencionar que el litigio estratégico no disfruta de buena prensa, pues se le atribuye una gran lentitud, lo que obra en contra de la tutela judicial efectiva expedita y sin dilaciones indebidas; además puede resultar excesivamente costoso e incluso puede pretender utilizarse para presionar a los jueces, lo que de producirse constituiría una violación de los estándares internacionales e interamericanos de independencia judicial⁵. Esto último ha

cela, *El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010*, Vniversitas N° 121, Bogotá: 2010, p. 53.

- 3 Corte IDH, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, serie A N° 23, párrs. 62-63; caso *Comunidades Indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, serie C N° 400, párrs. 202-203.
- 4 RAMOS, Margarita Luna. *¿Qué es el litigio estratégico?*, (México: El Universal, 19 de abril de 2016), <https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/margarita-luna-ramos/nacion/2016/04/19/que-es-el-litigio-estrategico>
- 5 Corte IDH, caso *Reverón Boulton vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de junio de 2009, serie C N° 197, párr. 80; caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C N° 182, párr. 56; caso *López Lone vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de octubre de 2015, serie C N° 302, párr. 197; caso *Villaseñor Velarde vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de febrero de 2019, serie C N° 374, párr. 84; caso *San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de febrero de 2018, serie C N° 348, párr. 207; caso *Urrutia Laubreaux vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de agosto de 2020, serie C N° 409, párr. 106.

llevado a considerar que es una herramienta de manipulación, al servicio de intereses colectivos de minorías⁶.

Sin duda que se debe tener mucho cuidado en los sistemas judiciales en que existen, de no emplear esta clase de litigios para pretender subvertir las instituciones que funcionan dentro del Estado de Derecho, pues no resulta ético utilizar los instrumentos jurídicos que este nos brinda para socavar sus cimientos, a cambio de obtener un beneficio personal o supraindividual, por muy legítimo que sea.

Dicho lo anterior procede aclarar, el presente trabajo no se va a ocupar del litigio estratégico por tratarse de una categoría jurídica que no existe en el proceso administrativo en Venezuela, no obstante cabe destacar, que lo que se conoce en otros países como el mencionado nombre, responde a casos que han sido planteados y resueltos en el derecho nacional a través de los procesos de inconstitucionalidad de leyes⁷, de los procesos administrativos⁸, de los procesos de amparo constitucional⁹ y de los procesos de protección de derechos colectivos y difusos¹⁰, desde comienzos de la década de los años ochenta en el siglo pasado.

Ello así, descartado lo que no comprenderá este estudio, lo procedente es señalar de qué se ocuparán las siguientes líneas, es decir, ¿qué es lo que se va a

⁶ FLORES MEDINA, Rubén Jaime. “Litigación Estratégica y Juicio de Amparo”, *Revista Jurídica Jalisciense* N° 56, Guadalajara: Enero-junio, 2017, p. 59.

⁷ Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 30 de junio de 1982, caso Acción popular en la LOCSJ; en sentencia de 15 de marzo de 1993, caso Grüber Odreman; en sentencia de 5 de diciembre de 1996, caso Antonio Gusman.

⁸ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo; en sentencia 125, de 22 de junio de 1982, caso Ford Motors; en sentencia 270, de 3 de octubre de 1985, caso Iván Pulido Mora; en sentencia de 14 de mayo de 1985, caso Freddy Martín Rojas Pérez; en sentencia 550, de 14 de octubre de 1990, caso Scholl Venezolana; en sentencia 629, de 22 de noviembre de 1990, caso Mochima; en sentencia 1065, de 23 de septiembre de 1999, caso Aidee Isabel Campos Pérez; en sentencia 1204, de 7 de octubre de 1999, caso Antonio José Chirivella Palencia; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 1214, de 30 de noviembre de 2010, caso Comunidad Indígena Bari.

⁹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 661, de 3 de diciembre de 1990, caso Mariela Morales; en sentencias 189 y 190, de 8 de mayo de 1991, casos Lovexpo y Ganadería El Cantón; en sentencia 434, de 10 de julio de 1991, caso Tarjeta Banvenez.

¹⁰ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 14 de diciembre de 1989, caso Desarrollos Tercera Avenida; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 85, de 24 de enero de 2002, caso Asodevipilara.

analizar en este trabajo?. La respuesta se aprecia en el título del mismo, que hace referencia a las posibles estrategias de litigación en el proceso administrativo, lo que supone que se conozca previamente, la regulación de este proceso conforme al marco constitucional y legal.

Esto lleva a preguntarse en primer lugar ¿qué se entiende por estrategia? y seguidamente ¿cómo se emplea en un proceso administrativo?

El concepto de estrategia nace en la escuela oriental, concretamente en la China Imperial desde una perspectiva estrictamente militar y así luego llega a la escuela occidental en la antigua Grecia y con el transcurso de los siglos evoluciona hasta la actualidad, sin que desaparezca el enfoque militar, se genera un enfoque empresarial¹¹. Este llevó a construir un concepto que inicialmente la consideraba como los “medios o planes para alcanzar los objetivos” y que ha transitado a uno más actual y dinámico, en que se persigue una “búsqueda constante del mejor posicionamiento posible”¹². Dicho de manera más sencilla, la estrategia consiste en el conjunto de acciones que se realizan para conseguir los objetivos preestablecidos¹³ y generar un beneficio concreto, que se materializa en alcanzar un logro o una meta¹⁴.

Estas definiciones se han construido desde una perspectiva pragmática teniendo como referencia el mundo de las empresas, instituciones u organizaciones en general¹⁵, no obstante, corresponde plantear el tema desde el enfoque jurídico procesal.

El abogado litigante debe ser un estratega, debe pensar estratégicamente, lo que implica, que tal como sucede en un juego de ajedrez, debe conocer el tablero de juego y la manera correcta de desenvolverse en él, debe identificar y comprender quién es su contrincante, cuáles son sus movimientos, sus fortalezas y ventajas, así como sus debilidades y ambiciones, saber dentro lo posible hasta dónde está dispuesto a llegar y todo ello con el objetivo de anticipar sus jugadas y finalmente ganar el partido.

Trasladando esta idea al ámbito procesal, se debe tener en consideración que la primera tarea que debe realizar el abogado es identificar la existencia del caso, es decir, conocer los antecedentes del mismo, para lo que debe entrevis-

¹¹ GARRIDO M. Francisco Javier, *Estrategas*, 2ª ed., revisada, McGraw Hill, España: 2018, p. 56.

¹² BETANCOURT, Eduardo *Planificación Estratégica*, Centro de Investigación, Educación y Desarrollo Estratégico (CIEDE), Miami: 2010, pp. 18 y 22.

¹³ SERNA GÓMEZ, Humberto *Gerencia estratégica*, 11ª ed., Panamericana, Bogotá: 2014, p. 21.

¹⁴ GARRIDO M. Francisco Javier, *Estrategas*, 2ª ed., revisada, McGraw Hill, España: 2018, p. 42.

¹⁵ GARRIDO M. Francisco Javier, *Ibid.*

tarse con el cliente con la finalidad de que le comparta el conocimiento de los hechos y él logre comprender la naturaleza del conflicto, así como para intercambiar la información que inicialmente se considere como relevante para ser aportada al proceso. De esa reunión puede surgir la convicción de que existe información que es necesario completar, así como de la importancia de ubicar los soportes que se tengan o se van a requerir para permitir una oportuna demostración de lo que se debatirá.

La segunda tarea consiste en efectuar un diagnóstico, lo que supone el estudio del caso, que no es más que relacionar los hechos suministrados por el cliente y los medios de prueba que anticipadamente él tenga a su disposición, con el ordenamiento jurídico vigente, a los fines de identificar los restantes medios de pruebas y determinar el derecho aplicable para formular las pretensiones, las excepciones y las defensas de fondo, según corresponda a la posición que se vaya a representar en el proceso.

La tercera tarea es construir la estrategia, es decir, tomar una decisión inteligente y escoger las armas procesales y los alegatos que se van a utilizar, —como se trata de una elección, se desechan aquellos mecanismos procesales y argumentos que no se usarán— y se adopta el diseño más adecuado de actuación con el objetivo de trasladar a la convicción de la autoridad jurisdiccional, que las pretensiones formuladas cuentan con un sólido fundamento fáctico y jurídico, que le conducirán a pronunciarse a través de la sentencia, de forma favorable a los intereses que se representan.

En realidad, al definir la estrategia lo que se hace es efectuar un pronóstico respecto al resultado del proceso, se asume que ante los hechos que generan el conflicto y la ejecución de concretas actuaciones procesales, luce predecible, incluso esperable obtener un determinado resultado.

Lo anterior es importante que se tenga muy presente, pues no son pocas las oportunidades que teniendo la razón y estando asistido por el Derecho, se puede obtener un resultado desfavorable, por no haber sabido elaborar y ejecutar la estrategia procesal idónea para el caso concreto.

El fracaso de la estrategia procesal se puede dar porque no se tengan claras las prioridades. En el proceso estas no deben ser otras que obtener un resultado favorable a los intereses del cliente y nunca se deben superponer los intereses del abogado, a los del cliente.

También ello puede ocurrir por una ausencia de conocimiento y experiencia del caso que se debe analizar o por la carencia de interacción con las autoridades jurisdiccionales, ante las que se deberá ventilar el asunto. En especial, es muy importante que el abogado conozca las decisiones judiciales del tribunal en que litiga, pues una cosa es el texto de la norma y otra la interpretación y aplicación que de la misma efectúa el órgano jurisdiccional llamado a resolver el conflicto.

Así se puede actuar con plena consciencia de que lo planteado se encuentra en sintonía con lo que han dicho los tribunales en casos anteriores (precedentes favorables a las pretensiones) o que lo pretendido nunca ha sido resuelto por los órganos jurisdiccionales (no existen precedentes) o lo han hecho en sentido distinto a lo que se está solicitando (precedentes desfavorables a las pretensiones). Obviamente, no se trata de no actuar para cambiar los paradigmas, sino de saber cuáles existen, para formular la propuesta de construir unos distintos. Por eso se requiere consciencia plena de lo que se está haciendo, pues no se puede innovar sobre lo que se ignora o actuar con la creencia de que se está construyendo algo nuevo, cuando ya existe, pero se desconoce.

El otro aspecto que es pertinente aclarar preliminarmente es que la oralidad es un principio rector del proceso y una técnica de la que pueden valerse los litigantes para desempeñarse durante las audiencias que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales, de donde resulta que el proceso no debe ser calificado como oral, –por contraposición a la técnica escrita y del principio de escritura, como modalidad de dirigirse al órgano jurisdiccional y a las partes–, sino que desde el punto de vista jurídico, el proceso que combina una fase inicial en que predomina la escritura, seguida de una fase en que las actuaciones son preeminentemente orales, se denomina proceso por audiencias y será en estos términos que se desarrollará este artículo.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en las siguientes partes a saber: una se dedicará al estudio de los principios constitucionales del proceso administrativo por audiencias (II); otra versará sobre lo que deben tener en cuenta las partes para diseñar la estrategia de litigación en el proceso administrativo por audiencias (III); y finalmente se harán las conclusiones (IV).

II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO POR AUDIENCIAS

Desde 1961, el orden jurisdiccional administrativo tiene pleno reconocimiento constitucional¹⁶ y ello fue ratificado en el artículo 259 de la Constitu-

¹⁶ Artículo 206 de la Constitución publicada el 23 de enero de 1961, estableció que “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

ción de 1999¹⁷⁻¹⁸ y se debe organizar de manera tal que garantice la tutela judicial efectiva, de los derechos e intereses personales, colectivos y difusos (artículo 26 de la Constitución), de conformidad con los principios constitucionales que deben inspirar el proceso. Estos pueden ser clasificados en principios constitucionales generales y principios específicos, que serán explicados a continuación.

1. *Los principios constitucionales generales del proceso administrativo por audiencias*

Los principios generales del proceso contemplados en la Constitución son diferentes, pero interdependientes y tienen como objeto garantizar la realización de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico. Estos principios son los siguientes:

A. *El principio de brevedad*

La brevedad de las actuaciones procesales constituye un principio constitucional que nace del mandato de que el proceso debe caracterizarse por ser expedito y sin dilaciones indebidas, es decir, que debe regularse de tal manera que se desarrolle con celeridad, valga señalar, que los asuntos sean resueltos en el menor tiempo posible.

¹⁷ Artículo 259 de la Constitución reformada en 1999, publicada el 24 de marzo de 2000, establece que “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

¹⁸ Tal como se puede observar, la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa se produjo en 1961, por ello ha sorprendido que 59 años después, una voz solitaria, de manera desafortunada y sin rigor histórico sostenga que “El constituyente de 1999, constitucionaliza la jurisdicción contencioso administrativa, la cual, en términos generales, a través de los tribunales competentes en esta materia, está destinada a conocer de los recursos de nulidad por razones de ilegalidad o contrarios a derecho, incluso por desviación de poder o abuso de autoridad, contra los actos administrativos de efectos particulares o generales, vías de hechos y omisiones emanados de la administración pública en sus diferentes niveles. Asimismo, conoce de las demandas de contenido patrimonial ejercidas contra la administración pública, igualmente en todos sus niveles”. FERNÁNDEZ, Gerardo. *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica de la Constitución de 1999*, Acienpol, Caracas, 2020, p. 177.

Es por ello que la regulación legal debe prever el establecimiento de la simplificación, la uniformidad y la eficacia de las actuaciones procesales, con el fin de garantizar la efectiva brevedad del proceso administrativo.

Este principio de brevedad establecido en el artículo 257 de la Constitución, tiene como finalidad contribuir a precisar el objeto del proceso y los hechos sobre los cuales existe controversia que deben ser probados, evitando las actuaciones inútiles, superfluas, inconducentes, que se transforman en simples medios para retardar innecesariamente el proceso y con ello se demora el efectivo reconocimiento del Derecho.

La brevedad o abreviación del proceso se debe materializar a través del cumplimiento o celebración de las actuaciones procesales en la oportunidad legalmente prevista para ello, así como en la concentración de las actuaciones en una audiencia preliminar y luego en una o sucesivas audiencias complementarias, en caso que sean necesarias, que tendrán por finalidad contribuir a preparar la sentencia que resuelva la controversia.

B. *El principio de informalidad*

La informalidad elimina el rito por sí mismo, en consecuencia, siempre que la ley no señale una forma esencial para la realización de un acto procesal serán válidas todas aquellas que el órgano jurisdiccional considere adecuadas para alcanzar su fin.

Cuando se alude a la informalidad, se hace referencia a la mayor flexibilidad en la tramitación del proceso, pues permite una mayor libertad para adaptar la realización de los actos procesales hacia lograr o alcanzar una finalidad útil, siempre que no se vulneren las formas esenciales y no se produzca indefensión¹⁹.

Este principio guarda absoluta coherencia tanto con el mandato del artículo 26 de la Constitución, que le impone al Estado la obligación de garantizar un sistema de justicia sin formalismo, ni reposiciones inútiles; como con el postulado del artículo 257 de la Constitución, que prohíbe el sacrificio de la justicia por la omisión de las formalidades que no sean esenciales²⁰.

¹⁹ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 7, de 1° de febrero de 2000, se pronunció sobre la informalidad de la siguiente manera: “Debido al mandato constitucional que el procedimiento de amparo [en general todos los procesos] no estará sujeto a formalidades [no esenciales], los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueren necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho de defensa”.

²⁰ En la anterior sentencia, el Tribunal Supremo de Justicia sostiene que “El Estado venezolano es, conforme a la vigente Constitución, un Estado de derecho y de justicia, lo

Es así como la informalidad en el proceso por audiencias se relaciona con la libertad de formas, la espontaneidad en la tramitación, debiendo permitirse todo acto procesal que no cause indefensión, que no afecte la igualdad de las partes en el proceso y que permita lograr la convicción del juez sobre el diálogo que han instaurado las partes en el debate procesal, sobre los hechos controvertidos y sobre las pruebas que estas han producido.

C. *El principio de publicidad*

Dado que toda la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público se encuentra sometida al principio de publicidad, siendo el Poder Judicial un órgano del Poder Público, los procesos de los cuales conoce se encuentran sujetos también a este principio.

Es así como la Constitución exige la publicidad del proceso, carácter público que debe constituir la regla, sin perjuicio que en casos excepcionales, por motivos de decencia pública o protección al honor, vida privada, intimidad de las personas, el tribunal resuelva que el asunto se debe tramitar a puertas cerradas, es decir, sin la participación de personas distintas de aquéllas que contienen²¹.

En todo caso, la sentencia que se dicte se deberá publicar -entre otras razones para difundir la doctrina del órgano jurisdiccional sobre el caso planteado-, sin que ello constituya óbice para que se indique la supresión de los nombres y apellidos de las partes, así como cualquier otro elemento que pudiese permitir su identificación por personas ajenas al proceso.

Este principio de publicidad se puede interpretar en un doble sentido²²: Por una parte, la denominada publicidad interna que supone la necesidad de que todos los actos procesales se realicen en presencia de todas las partes involucradas en el proceso y que ellas tengan acceso pleno a los mismos²³; y por la

que se patentiza en que las formas quedan subordinadas a las cuestiones de fondo, y no al revés (artículo 257 de la vigente Constitución). Esto significa que en materia de cumplimiento de las normas constitucionales, quienes piden su aplicación no necesitan ceñirse a formas estrictas y a un ritualismo inútil, tal como lo denota el artículo 26 de la Constitución”.

²¹ En la sentencia mencionada en la nota anterior, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, también se pronunció sobre el principio de publicidad del proceso señalando que “Todas las actuaciones serán públicas, a menos que por protección a derechos civiles de rango constitucional, como el comprendido en el artículo 60 de la Constitución ..., se decida que los actos orales sean a puerta cerrada, pero siempre con intermediación del tribunal”.

²² PEYRANO, J. *El proceso civil*, Astrea, Buenos Aires: 1978, pp. 332-333.

²³ En el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo conocido como Hernández-Mendible, se propuso la eliminación de la reserva en los escritos de pue-

otra, la publicidad externa que consiste en la posibilidad de aceptar la presencia de terceros ajenos al proceso, que quieran conocer las actuaciones procesales²⁴. En relación a esta última, se ha formulado la distinción entre la publicidad externa inmediata, cuando la persona interesada lo hace directamente, acudiendo al tribunal para obtener la información de lo juzgado en el proceso; en tanto que la publicidad externa mediata, se materializa cuando los sujetos interesados, logran obtener la información de lo sucedido en el proceso a través de terceras personas o de los medios de comunicación (prensa, radio, televisión, correo electrónico, Internet, Facebook o Twitter).

La publicidad además permite conocer la rectitud de la actuación jurisdiccional, contribuye a evitar que se produzcan sentencias-sorpresas, es decir, aquellas que no tienen nada que ver con lo que fue objeto de debate y de prueba durante el juicio.

Se puede afirmar que la publicidad no sólo garantiza la presencia de cualquier ciudadano que tenga interés en asistir al proceso, sino que además permite que los medios de comunicación tengan acceso a la información que se genera del debate procesal, pudiendo informar tanto a quienes no pudieron asistir al recinto del tribunal²⁵, como al público en general y también garantiza la transparencia, lo que permite un efectivo control social sobre la corrección de la conducta de los jueces, que están llamados a resolver los asuntos, bajo el escrutinio vigilante de toda la sociedad²⁶.

bas, -tal como ha sido históricamente en Venezuela- y a cambio se postuló la publicidad plena, con las excepciones antes mencionadas para proteger derechos constitucionales. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Derecho* N° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas: 2000, pp. 283-340.

24 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 2489, de 18 de diciembre de 2006, ha considerado que “... quienes asisten al juicio cumplen un rol; coadyuvan en la función judicial porque proporcionan ese control indispensable e insustituible; y el tribunal tiene la obligación de permitir el acceso al público, dentro de un límite razonable y dependiendo de la capacidad de cada sala”.

25 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2489, de 18 de diciembre de 2006, señaló que la prohibición por parte del tribunal del acceso de las cámaras de los medios de comunicación, a la sala de audiencia en donde se celebrará el juicio oral y público, en nada afecta la garantía de la publicidad del juicio, toda vez que al permitir el tribunal el acceso tanto al público como a periodistas e incluso a los observadores internacionales que quieran presenciar la audiencia, se está garantizando la publicidad del acto. Es así como “...concluye que ello –el acceso de cámaras de televisión en las audiencias- será discrecional del juez, sin que la negativa de la misma implique que se esté vulnerando la garantía de la publicidad de la audiencia”.

26 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid 1995, p. 616.

D. *El principio de gratuidad*

Otro de los principios que ha establecido la Constitución y que se ha aplicado desde el primer día de su entrada en vigencia, es la gratuidad. Es así como se aprecia que el artículo 26 de la Constitución señala que el Estado debe garantizar una “justicia gratuita”, expresión que interpretada aisladamente haría pensar que las personas que acuden ante los órganos jurisdiccionales para que le concedan la justicia del derecho que reclaman, no están obligadas a efectuar pago de ninguna naturaleza por las actuaciones procesales; sin embargo, el artículo 254 de la Constitución al regular el Poder Judicial establece que este no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

En virtud de tal disposición, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 573 de 6 de julio de 2004²⁷, ha señalado que el principio de gratuidad no supone la supresión de todos los pagos, sólo excluye aquellos de naturaleza tributaria que están relacionados con el servicio de administración de justicia, que debían efectuar las personas que intervenían en el proceso, conforme lo exigía la Ley de Arancel Judicial.

Ello es así porque en criterio del Tribunal Supremo de Justicia, el principio de gratuidad no comprende la exención de todos los gastos que requieran los funcionarios judiciales, para realizar actuaciones procesales fuera del recinto del tribunal, en la medida que ello implique gastos en el transporte, la manutención y el hospedaje del funcionario, pues en tales casos la parte interesada debe proveer los recursos económicos, so pena de que le apliquen las consecuencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

En tal virtud es posible sostener que como todo proceso tiene un costo, no existe un proceso totalmente gratuito para las partes, porque las actuaciones jurisdiccionales que no generen pago directo de los usuarios del sistema judicial, se van a pagar a través del presupuesto general del Poder Judicial, que viene conformado entre otros ingresos, por los impuestos que pagan las personas, con independencia de que utilicen o no el sistema de justicia; y las actuaciones que requieran un pago concreto del beneficiario de la misma, deberán ser sufragadas directamente por el interesado, en la oportunidad que la ley tenga establecido para ello.

²⁷ Sobre los comentarios a esta decisión véase HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo”, *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2007, pp. 281-283.

Ello sin perjuicio de la obligación del pago de los honorarios profesionales, que cada parte debe efectuar a sus respectivos abogados, de conformidad con la Ley de Abogados.

E. *El principio de oralidad*

Este principio informa la regulación que debe llevar a cabo el legislador para garantizar la realización de un proceso, en el cual se encuentren presentes las características de inmediación del juez, concentración de las actuaciones y publicidad de las mismas. Ello se traduce en la existencia de la preeminencia de la expresión o exposición oral o verbal, sobre los escritos y diligencias, pero de ningún modo supone la desaparición definitiva de estas actuaciones, es por ello que el proceso por audiencias se traduce en un sistema procesal mixto.

La introducción de la oralidad en el proceso administrativo es una exigencia del artículo 257 de la Constitución²⁸, que, en virtud de su carácter normativo supremo, no le otorga libertad de valoración al legislador para resolver si resulta conveniente o no el desarrollo de esta instrucción constitucional, este únicamente tiene la posibilidad de cumplir con la disposición constitucional dentro de la debida racionalidad jurídica.

Ello plantea la necesidad de determinar si la oralidad se debe medir cuantitativa o cualitativamente. Es así como se ha distinguido entre la presencia de ambas: Desde el punto de vista cuantitativo, para que predomine la oralidad será suficiente que la mayoría de las actuaciones procesales sean verbales; y desde el aspecto cualitativo, se considera que existe el predominio de la oralidad en las actuaciones procesales, cuando esta se encuentre presente en los trámites fundamentales del proceso, valga decir, en los cuales se expone, debate y decide el objeto de la controversia²⁹.

En atención a ello se ha considerado que cualitativamente hablando, la oralidad exigible es la referida a la vista de la causa, en la cual se deben producir los alegatos de las conclusiones que versen sobre los argumentos iniciales, las respectivas pretensiones y sobre los medios probatorios, garantizando así tanto el contacto directo de los contendientes, como la captación de los hechos objeto de la litis por el juez llamado a resolver la controversia y el conocimiento público que permita valorar el acierto de la sentencia³⁰.

²⁸ En España, se ha cuestionado la conveniencia de la constitucionalización del principio de la oralidad. Cfr. ALZAGA, J. *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, 1ª ed., Madrid: 1978, p. 727.

²⁹ DELGADO BARRIO, Javier. "Principio constitucional de predominio de la oralidad y Jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 38, Civitas, Madrid: 1983, pp. 365-386.

³⁰ DELGADO BARRIO, Javier. *Ibid.*

La oralidad no supone la supresión de las actuaciones escritas, de los papeles, de los expedientes en los tribunales o juzgados, sino que pretende reducir al mínimo aquellos que se redactan fuera del proceso y luego presentan las partes; si bien conlleva a un aumento de las actuaciones de la secretaría del órgano jurisdiccional, que debe dejar constancia de aquellos planteamientos esenciales que hagan las partes, directamente ante ella como órgano del tribunal, también supone una reducción de las citaciones, notificaciones, oficios o comunicaciones, lo que redundará en un sensible adelgazamiento del expediente judicial.

La aplicación del principio de la oralidad no excluye la presentación de escritos y diligencias en el proceso y menos aún supone su eliminación, lo que implica es la disminución de las actuaciones escritas de las partes, en favor de las actas estrictamente esenciales que elabora el tribunal³¹ y de los autos que debe emitir el órgano jurisdiccional.

Como conclusión debe señalarse que la interpretación constitucional conduce a considerar, que la implementación del principio de la oralidad debe ser lo suficientemente racional para garantizar un equilibrio entre la escritura y la oralidad, pues no existe un sistema procesal total y absolutamente oral³².

2. *Los principios específicos del proceso administrativo por audiencias*

Concurrentemente con los principios constitucionales que deben orientar al legislador en la regulación de todos los procesos, debe tenerse presente que el proceso administrativo por audiencias tiene sus propias reglas de funcionamiento, a lo que se suma el hecho de caracterizarse por ser una controversia en la cual se encuentran presentes en el conflicto por una parte, los órganos que ejercen el Poder Público, que en ejercicio de la función administrativa persiguen satisfacer el interés general; y por el otro, los particulares en defensa de sus legítimos derechos o intereses.

En razón de ello, en el presente subepígrafe se hará referencia a los principios específicos que deben orientar el proceso administrativo por audiencias, –aunque no son exclusivos de este, porque también pueden apreciarse en los procesos preeminentemente escritos– a saber:

31 Tribunal Supremo de Justicia en Sala constitucional, en sentencia 7, de 1° de febrero de 2000, admite que el amparo pueda interponerse verbalmente y que lo expuesto sea redactado en un acta, que debe recoger los alegatos de los hechos esenciales.

32 RENGEL-ROMBERG, Arístides. “El juicio oral en el Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano de 1987”, *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, N° 1, Universidad Monteávila, Caracas: 2000, p. 145.

A. *El principio de inmediación*

Una característica fundamental del proceso por audiencias consiste en la inmediación del juez, quien debe estar presente física y mentalmente³³, para asimilar y aprehender los alegatos y medios probatorios que presentan las partes y los terceros que participan en el desarrollo del juicio, con la finalidad de poder dictar una sentencia válida. Ello es así, porque el juez debe pronunciar su sentencia teniendo en consideración las impresiones que le produce el debate entre los contendientes y las pruebas producidas en su presencia, lo que exige que la sentencia se profiera con la mayor prontitud e inmediatez, para evitar que la convicción a la que ha llegado desaparezca por el transcurso del tiempo, en virtud del análisis de casos similares o distintos que también debe resolver y que le pueden generar distracción, confusión e incluso, porque se produzca un cambio del juez, que genere la necesidad de repetir el debate.

Se considera que existen dos clases de inmediación:³⁴ Una es la inmediación subjetiva, que exige la realización de los actos procesales en presencia de las personas que están llamadas dentro del proceso a resolver la controversia, es decir, que el sentenciador, las partes y los terceros que participan en el proceso tengan contacto, comunicación directa, siendo necesario que las actuaciones procesales se realicen en presencia del juez, su destinatario final.

Este tipo de inmediación que presenta particular importancia en el proceso por audiencias, también se conoce como identidad física del juez llamado a dictar sentencia, quien se encuentra obligado a recibir los alegatos y pretensiones de los litigantes e igualmente está obligado a participar en la recepción y producción de los medios probatorios, para poder apreciarlos y valorarlos adecuadamente al momento de emitir la sentencia, según los elementos de convicción obtenidos directamente a través de sus sentidos³⁵.

La inmediación subjetiva lleva a la aplicación de las siguientes reglas:

33 La exigencia de la presencia física y mental del juez podría parecer superflua para quien no litiga o no es conocedor del desarrollo de las audiencias en los tribunales, pero para quienes se enfrentan cada día en los estrados, no es infrecuente observar cómo mientras ellos hacen un gran esfuerzo por convencer al juez sobre la verdad de sus alegatos, éste se encuentre físicamente delante de ellos, pero mentalmente se encuentra muy lejos del recinto del tribunal, lo que produce una ausencia de su intelecto, que le impide llegar a una convicción sobre lo que debe decidir y en consecuencia lo inhabilita para dictar sentencia de manera responsable.

34 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano*, Temis, Bogotá: 1985, p. 222.

35 CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1944, p. 254.

a) No hay audiencias sin juez. Tradicionalmente se ha sostenido en aplicación del principio dispositivo que *no hay juicio sin actor*, y cambiando lo que hay que cambiar, en los procesos por audiencias en aplicación del principio de inmediación, *no pueden existir audiencias sin la presencia del juez*, pero no se trata de cualquier juez, sino de aquel llamado a dictar la sentencia del mérito o fondo de la controversia.

b) La condición de director del proceso impone el deber al juez de presidir y ordenar personalmente la tramitación del proceso, lo que exige que el juez se encuentre presente en todos los actos procesales y que intervenga dirigiendo su realización.

c) El incumplimiento de este deber legal constituye una violación del debido proceso, que produce como consecuencia la nulidad absoluta de los actos procesales, en virtud de haber obtenido los medios probatorios o de haber emitido la sentencia, en infracción del proceso legal y adicionalmente genera la responsabilidad personal de juez, que ha incurrido en violación del debido proceso³⁶⁻³⁷.

d) La delegación (comisión, exhorto o rogatoria) únicamente procede en casos excepcionales y en los supuestos taxativamente mencionados por una norma expresa.

La otra es la inmediación objetiva, a la que se ha otorgado una doble connotación: Una, consiste en la exigencia de que los actos procesales se realicen ante la presencia de determinados objetos, como puede ser que una persona rinda su testimonio, en el lugar en que se va a llevar a cabo un reconocimiento judicial o la reconstrucción de un hecho; y la otra, consiste en que la deliberación o reflexión para dictar sentencia se inicie inmediatamente después que finaliza el debate oral entre las partes y acto seguido se produzca la sentencia³⁸.

Es preciso señalar que la inmediación no es exclusiva de los procesos en que predominan las actuaciones orales, porque también podría encontrarse en procesos escritos, pero sin ninguna duda es en el proceso por audiencias donde

³⁶ El artículo 25 de la Constitución dispone que “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, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores”.

³⁷ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “Constitución y Proceso Administrativo Oral”, *Pruebas y Oralidad en el Proceso*, Librería Jurídica Rincón, Barquisimeto: 2007, pp. 536-537.

³⁸ JINESTA LOBO, Ernesto. “La oralidad en el nuevo proceso contencioso-administrativo”, *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México: 2009, p. 335.

cobra todo su esplendor, porque será efectivamente en la audiencia en que se debatirá el objeto del proceso, donde adquiere real eficacia la inmediación³⁹.

Ésta supone un aumento del número de actuaciones que las partes realizan directamente ante el juez y bajo su dirección, mientras que proporcionalmente disminuyen las actuaciones que las partes realizan extra-proceso y que luego presentan ante el órgano jurisdiccional, para que las valore al momento de dictar la sentencia.

Precisamente la actividad donde la inmediación tiene mayor relevancia es la atinente a la proposición y producción de los medios probatorios, porque el juez que va a resolver la controversia debe determinar los medios que se incorporarán al proceso y la oportunidad en que ello se hará, evidentemente que en su presencia, para que pueda lograr el convencimiento sobre lo que debe decidir.

Al analizar este principio, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 1571, de 22 de agosto de 2001, ha sostenido que el principio de inmediación en lo que respecta a la producción de los medios de pruebas y teniendo presente el principio de libertad probatoria, se manifiesta de la siguiente manera:

a) Que el juez presencie personalmente los actos de recepción de los medios probatorios, bien sea mediante la dirección de la evacuación de los medios presentados por las partes o incluso mediante la producción de medios probatorios que ordene realizar el propio tribunal.

b) Que el juez no esté presente en el sitio donde se produce el medio probatorio, pero sí interviene en su dirección de manera mediata, utilizando técnicas y equipos de control remoto, que le permitan la aprehensión de los hechos a través de pantallas, sensores, monitores o cualquier medio de transmisión instantánea al momento en que se producen.

c) Que las partes hayan controlado en igualdad de circunstancias la producción de los medios de pruebas y luego los presenten individualmente o de manera conjunta ante el juez, en la audiencia pública, mediante la reproducción de sonidos e imágenes, con la finalidad de que el sentenciador aprehenda los hechos mediante tales reproducciones.

En definitiva, de lo que se trata es que el juez tenga una percepción directa tanto de los alegatos y pretensiones⁴⁰, como de los medios de pruebas a través

³⁹ SENTÍS MELENDO, Santiago. sostenía que “la oralidad es la forma natural y normal de conseguir la inmediación”. *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1927, p. 548.

⁴⁰ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1571, de 22 de agosto de 2001, señaló: “Al contrario de la inmediación como principio probatorio, el cual no permite que la actividad probatoria tenga lugar ante un juez diferente al que va

de los cuales se pretenden demostrar los hechos que son objeto de debate en el proceso, permitiéndole formarse una clara convicción que le debe servir para dictar la sentencia de manera inmediata.

B. *El principio de concentración y continuidad*

La concentración procesal persigue que la realización de la audiencia en la cual se desarrollará el debate oral sobre el asunto en litigio, se pueda llevar a cabo en un solo acto o sesión y de no ser posible, en el menor número de audiencias que sean necesarias.

En caso de que se requieran varias sesiones, que se realicen las estrictamente necesarias y de manera consecutiva o en días muy próximos entre sí para garantizar la concentración y la continuidad en el desarrollo del debate procesal oral. Estas audiencias deben realizarse sin suspensión, salvo que excepcionalmente existan causas debidamente justificadas para ello.

El ordenamiento jurídico exige que los actos procesales se realicen en conexión con otros actos⁴¹, en un momento único, que se traduce en una audiencia y en caso que el debate no se agote solo en una, en las siguientes audiencias que requiera el asunto controvertido, que deben realizarse de manera sucesiva e ininterrumpida en el tiempo para que no se olvide lo debatido.

Sin ninguna duda, la concentración constituye una de las características fundamentales del proceso por audiencias y contribuye a la celeridad, a la agilización de los actos procesales, a la tramitación expedita y la economía en el mismo⁴².

En dichas sesiones de audiencias se deben discutir las pretensiones opuestas de las partes, que van a servir para la resolución de la controversia.

Se considera que el principio de concentración permite reducir las actuaciones fundamentales del proceso a dos momentos: Uno es el preparatorio o audiencia preliminar; y el otro, es el de examen y decisión del mismo, en la audiencia definitiva o final. Más adelante se volverá sobre este asunto.

a sentenciar, salvo excepciones en el proceso por audiencias; la etapa de alegatos puede ocurrir sin intermediación, ya que este principio no es de la esencia de esa fase, tal como lo contempla el Código de Procedimiento Civil en el juicio oral”.

⁴¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano*, Temis, Bogotá: 1985, p. 222.

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1944, p. 256.

C. El principio de contradicción

El principio de contradicción presupone la existencia de partes que tienen derechos e intereses contrapuestos, lo que genera que acudan al proceso para dirimir el conflicto y con tal finalidad intercambian alegatos, pretensiones, excepciones y defensas, configurándose un proceso intersubjetivo.

Ello es así porque el proceso contencioso es dialéctico y a través de él, las partes persiguen convencer al juzgador que escucha, instruye y decide, sobre la validez y justicia de sus pretensiones.

La contradicción como principio, se interrelaciona con el principio de igualdad de armas, que garantiza en un proceso contencioso, que cada parte tenga tanto los mismos medios y el tiempo razonable para preparar sus alegatos y pruebas, así como para rechazar u oponerse a los expuestos por la parte contraria.

Lo anterior permite considerar que además de un principio, la contradicción también constituye una garantía del derecho subjetivo a la defensa y al debido proceso que tiene toda persona, para controvertir los hechos y los alegatos que se formulan en su contra.

Es de allí que surge el deber-obligación del juez de garantizar la participación de todas las personas, en condición de partes o de terceros interesados en el proceso, mediante la libre exposición de los alegatos, tanto iniciales como durante el desarrollo del debate procesal, permitiendo para ello la formulación de objeciones, oposiciones y réplicas a los argumentos, interrogatorios, preguntas y medios probatorios que sean promovidos y producidos en la tramitación, es decir, a través de la oportuna realización de los actos procesales que permitan negar, rechazar u oponerse a la realización de un determinado acto procesal, así como de controlar que el mismo se realice con sujeción a los requisitos (formas) y tiempos (oportunidad) establecidos en el ordenamiento jurídico.

El contradictorio como instrumento que garantiza el debido proceso y el derecho a la defensa, debe permitirse en todo estado y grado del proceso y se materializa de dos maneras posibles: Una es la contradicción concentrada, que es directa e inmediata y se produce en una única audiencia o actuación procesal; y otra es la contradicción dispersa o difusa, que se puede realizar en los distintos estados del proceso, entre el momento de interposición de la pretensión y hasta antes de la expedición de la sentencia.

Lo señalado no es otra cosa que el reconocimiento del principio de dialogicidad que debe respetarse en todo debate judicial y que se expresa tanto a través de la carga de la argumentación que tienen las partes, como de la carga de la prueba y del consiguiente control de la misma, lo que garantiza que una vez verificada la contradicción de los alegatos y de los medios de pruebas, el órgano jurisdiccional llegue a una inferencia no monótona, que en tales circunstancias resulta legítimamente válida desde la perspectiva de la Teoría de la Argumentación.

En consecuencia, en el proceso administrativo por audiencias siempre se debe preservar la bilateralidad de la audiencia, con la finalidad de garantizar la racionalidad y legitimidad de la sentencia⁴³.

D. El principio de investigación e impulso de oficio

Si algún proceso evidencia la fractura o quiebra del principio dispositivo, ese es el proceso administrativo, en el cual el órgano jurisdiccional se ha encontrado investido de suficientes competencias para justificar los poderes inquisitorios en el proceso preeminente escrito.

Esta potestades adquieren mayor trascendencia en el proceso administrativo por audiencias, donde la función del juez cobra un auténtico protagonismo, toda vez que es rescatado del cementerio de papeles en el cual se encuentra enterrado y se transforma en una suerte de *prima donna* que no solo va a participar activamente en el proceso, aun cuando sin sustituir la actuación que corresponde a las partes en el mismo, sino que además se transforma en un auténtico director y ordenador del proceso, que debe realizar la averiguación de los hechos realmente controvertidos para proceder a la determinación del objeto litigioso y sobre el cual debe recaer la producción de los medios probatorios y debe realizarse el debate procesal⁴⁴.

⁴³ El filósofo Eduardo Piaccenza considera que “una sentencia que se pronuncia inaudita parte, no sólo conculca un derecho subjetivo, sino que desvaloriza objetivamente la motivación en la que se funda. Más allá de proteger los intereses de las partes, esta bilateralidad de la audiencia –como a veces se le llama– es un mecanismo para preservar también la racionalidad de las decisiones. Si en el proceso una de las partes queda en situación de indefensión, la sentencia será arbitraria; y no dejará de serlo porque luego, un nuevo juicio, procesalmente irreprochable, culmine en una sentencia cuya parte dispositiva tenga su mismo contenido material. Ya se lo había advertido la Medea de Séneca a Creón: quien ha decidido algo sin oír a la otra parte, aunque haya decidido lo justo, no ha sido justo”. Audiatur et Altera pars, *Revista de Derecho*, N° 2, (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000), 195; en este mismo sentido HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “La inconsistencia argumentativa en el análisis del derecho a la defensa”, *Revista Tachirensis de Derecho* N° 13, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal: 2001, p. 119.

⁴⁴ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1571, de 22 de agosto de 2001, estableció lo siguiente: “A pesar de que la alegación corresponde a un momento procesal diferente a la prueba de lo afirmado, no es discutible que el juez adquiera elementos probatorios del acto oral de recepción de alegatos, los cuales sirven para formar su convencimiento sobre la realidad de los hechos, y por ello no se concibe un acto oral para alegar donde el juez no puede hacer preguntas a los presentes, no sólo con fines aclarativos de los alegatos, destinados a la fijación de los hechos controvertidos, sino también con los fines probatorios para verificar las afirmaciones contrapuestas de las partes. De allí, que las partes se acuerdan sobre los hechos alega-

Ahora bien, la determinación de los hechos realmente controvertidos no necesariamente debe hacerse indicando cada uno de ellos, sino que puede hacerse mediante la exclusión expresamente de aquellos que no deben ser objeto de debate, es decir, el juez no debe señalar de manera exhaustiva todos y cada uno de los hechos y medios de pruebas que serán objeto de debate durante la audiencia final, sino que puede limitarse a descartar los que no serán objeto de la controversia, lo que producirá como consecuencia, que tal debate oral verse sobre los hechos y medios probatorios que no fueron eliminados⁴⁵.

Es así como corresponde al juez como director del proceso, el deber de ordenar la realización de las audiencias, debe aclarar los aspectos dudosos y orientar a las partes, e incluso, en cumplimiento del artículo 257 de la Constitución, que dispone no sacrificar la justicia por el incumplimiento de formalidades no esenciales, debe ordenar la corrección o corregir directamente los errores u omisiones en que hubieren incurrido las partes, siempre que estos sean subsanables y todo ello, sin que se le pueda calificar de estar parcializado⁴⁶ y sin causar indefensión.

dos y las pruebas hasta allí producidas, el Juez puede intervenir con amplitud, interrogando a las partes y hasta los terceros, ponderando el derecho de defensa de los litigantes”.

⁴⁵ Se ha llamado la atención sobre la actuación que debe realizar el juez con la finalidad de fijar los hechos, señalando “que se impone un *criterio amplio* en la apreciación de los hechos que resultan conducentes a la decisión del litigio, ya que por principio ello es materia de la sentencia definitiva y si la ley ha anticipado la oportunidad de su consideración ha de ser a condición de que se trate de supuestos claros y concluyentes; en caso de duda, debe prevalecer una pauta de amplitud y elasticidad, favorable a la admisión de los hechos y a la producción de las pruebas. La potestad acordada al juez debe ser usada con prudencia, a fin de no causar agravios innecesarios a las partes, máxime que puede verse comprometido el *derecho de defensa*”. BERIZONCE, R. O. La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, elaborado para el Studi in onore del Prof. Vittorio Denti y también publicado en la *Revista de Derecho Probatorio* N° 3, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1994, pp. 260-261.

⁴⁶ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 2278, de 16 de noviembre de 2001, expresó que: “El juez como director del proceso debe impulsarlo de oficio hasta su definitiva conclusión (artículo 14 del Código de Procedimiento Civil), lo que implica remover *ex officio* los obstáculos que impidan su prosecución; provengan éstos, de actuaciones de las partes o de terceros, o bien de la acción u omisión imputable a los auxiliares de justicia y demás funcionarios judiciales ... *omissis* ... Igualmente, el juez, como responsable de la unidad decisoria que constituye el tribunal, dispone de una serie de medidas disciplinarias y correctivas, de aplicación y efectos tanto internos como externos, que consisten en requerir la colaboración de personas y entidades públicas y privadas, y para la ejecución de sus sentencias y de todos los actos que decreten o acuerden, puede requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, y, en general, valerse de todos los medios

Sin duda que es en el proceso por audiencias, donde presentan mayor relevancia los poderes de impulso e investigación de oficio del juez⁴⁷, en virtud de los intereses que se van a enfrentar en el mismo (individuales y generales) y de la obligación de imparcialidad y no prejuzgar que este debe observar durante todo el proceso.

III. LO QUE DEBEN TENER EN CUENTA LAS PARTES PARA DISEÑAR LA ESTRATEGIA DE LITIGACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO POR AUDIENCIAS

Con independencia del debate científico académico, sobre la preeminencia de la oralidad o la escritura en el proceso, esta última tiene un doble rol en el proceso por audiencias, pues por una parte, contribuye a la preparación del debate procesal y por la otra, sirve de registro de todo lo que acontece en la sustanciación del mismo; mientras que la oralidad “brinda las ventajas de la elocuencia muda del cuerpo (gestos, ademanes, muecas y actitudes corporales) y de la palabra viva, persuasiva y simple, que le permiten al juez determinar los puntos medulares objeto de la discusión”⁴⁸.

Ello así, cabe reiterar lo que ha sostenido la doctrina científica al señalar que el grado del desarrollo jurídico alcanzado en el mundo actual, imposibilita la existencia de un proceso puramente escrito o exclusivamente oral⁴⁹. En razón de ello, se considera que lo ideal es un proceso mixto⁵⁰, donde concurren de manera armónica las formas de expresión escritas con las formales orales, lo que conduce a que en una fase inicial o preparatoria del proceso haya un predominio de la comunicación escrita, como una exigencia de mínima seguridad jurídica y de certeza de lo pretendido; y en la fase de debate y resolutoria se produzca un predominio de la expresión verbal⁵¹.

legales coercitivos de que disponga. (v.gr. artículos 8 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)”.

⁴⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid: 1993, p. 423.

⁴⁸ JINESTA LOBO, Ernesto. La oralidad en el nuevo proceso contencioso-administrativo, *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México: 2009, p. 333.

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*, ed. Iberoamericana, México: 1995, pp. 431-432.

⁵⁰ VESCOVI, Enrique. El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* N° 4, ICDP, Bogotá: 1986, p. 14.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJEA, Buenos Aires: 1972, pp. 9-11.

1. *Los modelos de procesos por audiencias*

Teóricamente se considera que existen dos modelos de procesos por audiencias: El primero, proceso por audiencias sin preparación previa, que es considerado como “más simple”, en el cual se convoca directamente a las partes a una vista ante el juez, sin que se produzca una preparación previa de la audiencia; y, el segundo, proceso por audiencias con preparación previa que es mucho más complejo, en el cual la vista del juicio se prepara antes de señalar la oportunidad de la realización de la audiencia⁵².

En el proceso por audiencias con preparación previa, todas las partes que van a intervenir en él tienen que expresar sus pretensiones, mediante la presentación escrita de la demanda y la contestación a la misma, correspondiéndole proponer aquellos medios probatorios que, conforme al principio de libertad de pruebas, son admitidos por el ordenamiento jurídico.

2. *El proceso por audiencias en primera instancia*

Con carácter general, la doctrina científica señala que en el proceso por audiencias se deben distinguir dos fases fundamentales: una es la audiencia preliminar o preparatoria y otra es la audiencia complementaria, final o definitiva.

A. *La audiencia preliminar o preparatoria*

La audiencia preliminar tiene un contenido complejo, en el cual se deben debatir todas las incidencias previas que permitan librar al proceso de cuestiones procesales que carecen de relevancia para el debate de fondo y que una vez resueltas de manera oportuna permitan determinar la continuación o no del proceso (cuestiones de admisibilidad, nulidades procesales); determinación del asunto sobre el cual debe recaer la sentencia; así como aquellos hechos que son admitidos y los controvertidos, sobre los cuales deben versar los medios probatorios que deben producirse; establecer la cualidad de los terceros que pretenden ser admitidos en el proceso como coadyuvantes u opositores del demandante o demandado.

Con la audiencia preliminar se inicia la intercomunicación directa de las partes entre sí y de ellas con el juez, las actuaciones procesales se realizan de manera concomitante y a través del diálogo se contribuye a precisar y esclarecer el tema objeto del debate procesal.

⁵² BORRAJO INIESTA, Ignacio. “Procedimiento Abreviado”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 100, Civitas, Madrid: 1998, p. 564.

La audiencia preliminar tiene finalidades diversas, que no constituyen compartimientos estancos, no son excluyentes, sino interdependientes y que se mencionan seguidamente⁵³:

a) La finalidad saneadora, que impone al órgano jurisdiccional conocer y resolver, tanto de oficio como a instancia de parte, los asuntos relacionados con los presupuestos procesales para la admisibilidad de la pretensión, con los actos jurídicos que puedan afectar la validez de proceso y las defensas previas que le hayan sido alegadas.

El objeto de la finalidad saneadora no consiste en desechar las pretensiones por aspectos meramente procesales, sino en depurar el proceso de manera anticipada a los fines de la sustanciación y únicamente rechazar el litigio, en aquellos casos donde existen impedimentos insanables, para evitar así tramitaciones innecesarias e inútiles a los jueces llamados a la producción de la sentencia de mérito.

b) La finalidad esclarecedora y de abreviación conduce a determinar el auténtico o real objeto del proceso, lo que efectivamente es materia de discusión o debate entre los contendientes, dejando por fuera aquellos asuntos donde las partes se han allanado o que no resultan relevantes, es decir, la audiencia cumple la función de precisar los límites de la controversia.

c) La finalidad conciliatoria entre las partes, a través de la que se puede pretender poner fin a la controversia, mediante el acuerdo de las partes que deberá ser homologado por el órgano jurisdiccional; y en caso que no se logre una solución de la controversia a través de la conciliación se procede a la preparación, como se expondrá inmediatamente.

d) La finalidad preparatoria, constituye un objetivo fundamental para la realización de la vista de la causa en la audiencia definitiva, es decir, sirve para preparar la audiencia final, en la cual se expondrán las alegaciones y sus respectivas pretensiones, las actuaciones procesales probatorias subsecuentes, las conclusiones que deberán formular las partes, así como la expedición de la decisión correspondiente.

En conclusión, a través de la audiencia preliminar, una vez depurado el proceso y ante la imposibilidad de resolver satisfactoriamente el conflicto de manera negociada, en virtud de la intervención del juez; se debe proceder en primer lugar, a que el órgano jurisdiccional brinde orientación a las partes, con la finalidad de aclarar los asuntos que no hayan sido precisados adecuadamente

⁵³ Cfr. Sobre este aspecto vale la pena revisar la reforma efectuada en México entre 1986-1987, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, cuando se introdujo la audiencia preliminar. Cfr. GÓMEZ LARA, C. "La oralidad en el proceso civil mexicano", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Vol. II, ICDP, Bogotá: 1990, pp. 185-187.

en la formulación de sus escritos; en segundo lugar, a la fijación del objeto de la controversia; y en tercer término, en lo atinente a los medios de pruebas, a la determinación de los que se podrán promover y producir en tanto sean necesarios y útiles, y en cuanto no sea ilegales e impertinentes⁵⁴.

B. La audiencia definitiva, complementaria o final

La audiencia definitiva, que también es denominada complementaria o final, consiste en el momento estelar del proceso, en el cual las partes debaten ante el juez sobre los hechos controvertidos.

Al igual que en cualquier proceso los hechos controvertidos deben ser objeto de prueba, mediante todos los medios probatorios, lo que lleva a sostener que la audiencia desempeña un papel fundamental para la resolución de la controversia, al permitir tanto el contacto directo de los jueces con las partes, como con los medios probatorios que le permitirán a estos formarse la convicción acerca del asunto que deben decidir⁵⁵.

La prueba preconstituida, en especial, la instrumental, debe ser apreciada conforme al sistema de valoración legal establecido, en tanto que la prueba producida con la participación y bajo la dirección directa del órgano jurisdiccional, debe apreciarse según el criterio de la libre valoración de la prueba.

En esta audiencia se lleva a cabo la producción de los medios de pruebas que requieren evacuación, los cuales serán objeto de control por las partes y una vez terminada dicha producción, las partes deberán efectuar la exposición verbal de sus conclusiones –en esa misma audiencia o en la inmediata siguiente–, en el tiempo que les asigne el tribunal para tal finalidad, conforme a los poderes de dirección que le otorga la ley.

Una vez que finaliza el debate oral, el juez debe retirarse para reflexionar o deliberar y emitir una motivación sucinta y el dispositivo de la sentencia en la misma audiencia, que se comunicará mediante lectura pública a las partes y a las demás personas que estén presentes en el recinto del tribunal.

Luego se procederá a redactar el texto íntegro del fallo dentro del plazo señalado en la ley y se comunicará a las partes, junto con los votos salvados y concurrentes o particulares, para que quienes no estén de acuerdo con la decisión ejerzan los recursos que consideren pertinentes, siempre que estén previstos en el ordenamiento jurídico.

⁵⁴ VESCOVI, Ernesto. El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* N° 4, ICDP, Bogotá: 1986, pp. 31-32.

⁵⁵ DUQUE CORREDOR, Román José. Evolución y Situación Actual del Derecho Procesal Administrativo Venezolano, *El Contencioso Administrativo Hoy*, Funeda, Caracas: 2004, pp. 8-9.

En conclusión, en la audiencia definitiva, complementaria o final, se debe producir la sentencia que pone fin a la primera instancia del proceso por audiencias.

3. *El proceso por audiencias en segunda instancia*

Si bien es cierto que no es posible pretender que se documenten íntegramente todas las actuaciones producidas en la primera instancia del proceso por audiencias, debe dejarse constancia de las actuaciones esenciales realizadas por las partes y de las decisiones que adopte el tribunal, debiendo tenerse presente que, en atención del principio procesal de la doble instancia, habrá que dejar algún registro de lo debatido y probado, para que el tribunal de segunda instancia pueda determinar si la sentencia recurrida fue dictada conforme a los términos en que se planteó la controversia⁵⁶.

El proceso por audiencias en segunda instancia no tiene como finalidad repetir o reeditar lo ocurrido en la primera instancia, sino poner en conocimiento del juez superior las irregularidades que se produjeron en la tramitación del proceso en la primera instancia o los errores u omisiones que contiene la sentencia recurrida, mediante la denuncia de las infracciones de los aspectos de forma y de fondo.

De allí que se considere que, una vez efectuada la apelación, a través de un acto procesal eminentemente escrito y después que el tribunal superior recibe el expediente, debe convocar a las partes a una audiencia para escuchar sus alegatos, recibir los medios probatorios que sean admisibles en esa instancia y luego de la respectiva reflexión o deliberación expedir la sentencia inmediatamente.

En este sentido se ha expuesto que “parece necesaria la oralidad en los recursos, una vez elaborados los escritos de interposición e impugnación. Toda la prueba ha sido ya practicada, normalmente, en la primera instancia, por lo que solamente es necesario garantizar la existencia de una fase que permita tener a todo el tribunal reunido, desactivando de este modo, en la medida de lo posible, la siempre perniciosa «dictadura del ponente». Es el momento del debate entre las partes, que ya conocen el tema, que ya expusieron sus argumentos en prime-

⁵⁶ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 7, de 1º de febrero de 2000, señaló lo siguiente “Cuando se trate de causas que cursen ante tribunales cuyas decisiones serán conocidas por otros jueces o por esta Sala, por la vía de la apelación o consulta, en cuanto a las pruebas que se evacuen en las audiencias orales, se grabarán o registrarán las actuaciones, las cuales se verterán en actas que permitan al juez de Alzada conocer el devenir probatorio. Además, en la audiencia ante el Tribunal que conozca en primera instancia en que se evacuen estas pruebas de lo actuado, se levantará un acta que firmarán los intervinientes. El artículo 189 del Código de Procedimiento Civil regirá la confección de las actas, a menos que las partes soliciten que los soportes de las actas se envíen al Tribunal Superior”.

ra instancia, y que ahora intentan expresar al tribunal cuáles fueron los errores y aciertos de la anterior instancia. En esa vista se garantiza, además, la oportunidad de los jueces de consultar a las partes sobre las dudas que les provoque el caso. Si no existe vista, esa actividad no podrán llevarla a cabo jamás, con lo que puede resentirse la justicia de su decisión, al no haber tenido esa oportunidad de contraste”⁵⁷.

En conclusión, debe existir la posibilidad que en la segunda instancia del proceso se pueda convocar una audiencia que, al no requerir de preparación previa, las partes contendientes y eventualmente aquel tercero que haya apelado o se haya adherido a la apelación de la sentencia por ser ejecutoria frente a él, puedan efectuar la exposición de sus alegatos tanto en contra como a favor de la sentencia apelada.

En esa audiencia, que se convoca sin preparación previa, se debe permitir que quienes intervienen disfruten de un tiempo prudencial para efectuar su exposición, así como de que ejerzan la réplica y la contrarréplica y también debe existir la posibilidad que en ejercicio de sus potestades inquisitivas, el juez además de interrogarlos, ordene de oficio y de manera debidamente motivada, la realización de alguna prueba que en su criterio le pueda servir para aclarar algún hecho que no tenga suficientemente precisado, en cuyo caso la prueba se realizará en su presencia, previa notificación de las partes quienes tienen derecho a ejercer el control sobre la misma.

Una vez efectuadas las conclusiones orales de las partes sobre el debate en la alzada, el tribunal debe retirarse para reflexionar o deliberar, a los fines de expedir la sentencia que considere ajustada a Derecho, dando cierre así a la audiencia en segunda instancia.

4. *El proceso por audiencias en la fase de ejecución*

La ejecución de la sentencia en el proceso administrativo se encuentra establecida en la Constitución y tiene como fundamento los siguientes postulados:

1. El derecho público subjetivo a la tutela judicial efectiva que no se alcanzará, si no se cumple realmente lo decidido por el órgano jurisdiccional⁵⁸.
2. El reconocimiento al órgano jurisdiccional no solamente de la potestad de juzgar, sino de hacer ejecutar lo sentenciado⁵⁹.
3. La obligación de todas las personas de cumplir los actos que, en ejercicio de sus competencias, dicten los órganos que ejercen el Poder Público⁶⁰.

⁵⁷ FENOLL, Jordi Nieva. “Los problemas de la oralidad”, *Pruebas y oralidad en el proceso*, Librería J. Rincón, Barquisimeto: 2007, p. 310.

⁵⁸ Artículo 26 de la Constitución.

⁵⁹ Artículo 253 de la Constitución.

4. La obligación de colaboración de los órganos que ejercen el Poder Público entre sí⁶¹.

5. La potestad otorgada al órgano jurisdiccional de restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada⁶².

Conforme a ello, toda ejecución de sentencia debería realizarse de manera voluntaria, en sus propios términos y oportunamente, lo que únicamente generaría la notificación al órgano jurisdiccional que emitió la sentencia, comunicándole su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, cuando no se produce el cumplimiento voluntario, el ordenamiento jurídico debe articular un proceso breve, oral y público, cuyos trámites sean simples, uniformes, eficaces para alcanzar la ejecución forzosa, con sujeción a las exigencias del artículo 257 de la Constitución.

Tradicionalmente el proceso de ejecución forzosa no se ha ajustado a tales exigencias constitucionales, pues se encuentra regulado en distintos textos legales, que no guardan armonía, sino que evidencian desarticulación entre sí y que son aplicados con cierta discreción por los jueces, cuando se les requiere el mandamiento de ejecución forzosa contra los entes públicos⁶³.

Esos textos no contemplan un proceso breve, oral y público a los fines de alcanzar la ejecución de las sentencias y sus trámites no son simples, uniformes y eficaces.

En razón de lo mencionado puede sostenerse, que la regulación de la ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional administrativo también debe regirse por el sistema de proceso por audiencias, cuyas características han sido analizadas anteriormente.

IV. CONCLUSIONES

El espacio para realizar estas reflexiones no permite extenderse en valoraciones casuísticas, para proponer apriorísticamente la mejor estrategia posible en cada caso y resolver así qué tipo de pretensión constitutiva, declarativa, de condena o ejecutiva deberá plantearse ante el orden jurisdiccional administrativo.

⁶⁰ Artículo 131 de la Constitución, así como la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 629, de 22 de noviembre de 1990.

⁶¹ Artículo 136 de la Constitución.

⁶² Artículo 259 de la Constitución.

⁶³ Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. *Ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid: 2017, pp. 259-266.

De allí que lo que se ha pretendido precedentemente es brindar el panorama del tablero de ajedrez procesal en que deben interactuar todos los operadores jurídicos y que deben conocer como *conditio sine qua non* para la elección y el diseño de la estrategia más acorde a los intereses que representan.

Según la posición que se represente en el proceso administrativo por audiencias, como abogado de la parte actora o demandante, de la parte demandada o de los terceros que actúan como intervinientes voluntarios o forzosos, –en este último caso en favor de las pretensiones de una de las partes–, así deberá construirse la estrategia procesal.

Es posible señalar como reflexión final que para la parte demandante o actora, la estrategia de litigación en el proceso administrativo por audiencias se orienta al objetivo de lograr el reconocimiento de una situación jurídica; la creación, modificación o extinción de una situación preexistente; o un mandamiento de dar, hacer o no hacer en contra de la parte demandada; en tanto la estrategia de litigación de esta última se circunscribe a librarse de cualquier decisión jurisdiccional que le imponga algún tipo de obligación, con respecto al demandante.

REFLEXIONES EN TORNO AL PAPEL, EN EL DERECHO ESPAÑOL, DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL CONTROL DEL PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Luciano PAREJO ALFONSO
Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN LOS DATOS CONSTITUCIONALES DE PARTIDA: EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y LA MODULACIÓN DE SU OTORGAMIENTO COMO CONTROL DEL PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Como todo Estado de Derecho, el establecido por la Constitución española de 1978 (en adelante CE) reconoce, en su art. 24.1, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Conforme a la doctrina sólidamente establecida por el Tribunal Constitucional es éste un derecho subjetivo que:

En principio pertenece al ciudadano, es decir, a toda persona (art. 10.1 CE), pero no así al Estado, porque justamente el derecho lo es frente a éste. De ahí que al Estado solo se pueda reconocer restrictivamente tal derecho cuando actúa como un particular o cuando ejercita derechos precisados de garantía judicial (propiedad, etc...)

Comprende: i) el acceso a la vía judicial, es decir, al correspondiente proceso y a obtener *en* éste una resolución fundada); ii) el desarrollo del proceso con todas las garantías; iii) los recursos legales; y iv) la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Pero se trata de un derecho de configuración legal: su ejercicio y prestación están supeditados a los presupuestos y requisitos establecidos por el legislador ordinario (aunque éste no pueda obstáculos arbitrarios o caprichosos a tales ejercicio y prestación).

También forma parte consustancial del Estado de Derecho, sin embargo, la división de poderes o funciones constituidos, por lo que –según expresa disposición constitucional: art. 106.1 (precepto ubicado sistemáticamente en el Título IV “Del Gobierno y la Administración”)– dicha división impone la referencia de la función de los Tribunales (ordinarios) al control de la potes-

tad reglamentaria y legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

El complejo orgánico-funcional Gobierno-Administración es un poder público constitucional (en términos constitucionales: la función ejecutiva, art. 97 CE). Lo que quiere decir: es un poder público constituido en mismos términos en los que lo es el judicial, solo que diferenciado funcionalmente de éste. Por tanto, la Constitución quiere que produzca decisiones y actuaciones “ejecutivas” válidas y efectivas por sí mismas, sin perjuicio de que no sean definitivas precisamente por razón de su sometimiento a control judicial (cuando éste se produce). Pero son decisiones del referido complejo, no del poder judicial, al que solo le corresponde (constitucionalmente) velar por su legalidad (en amplio sentido) y adecuación a los fines que le son propios.

Pues debe tenerse en cuenta que al poder judicial, si bien le corresponde – de acuerdo con el art. 117.3, 4 y 5 CE (ubicado sistemáticamente en el Título VI del texto constitucional relativo justamente al poder judicial), juzgar y hacer ejecutar lo juzgado dentro de todo tipo de procesos (con vinculación a la Ley, como precisa, por ello, art. 6 de la Ley orgánica del poder judicial), le está radicalmente prohibido el ejercicio de cualquier otra función (lo que se repite en el art. 2 de la misma Ley orgánica).

II. LA EVOLUCIÓN, HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978, DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La configuración constitucional como control de la jurisdicción de Jueces y Tribunales cuando conocen de pretensiones relativas a decisiones, actos y, en general, actuaciones del poder público ejecutivo (y, más concretamente, administrativo), es tributaria de la decantación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa, por más que ésta sea hoy un orden jurisdiccional especializado dentro del poder judicial ordinario (como consecuencia del principio de unidad jurisdiccional; aunque este principio solo parcialmente esté realizado –en sede del Tribunal Supremo– por lo que hace a la jurisdicción militar).

En España no pudo cuajar la solución judicialista de la Constitución de Cádiz, la revolución de 1868 y la 1ª República, habiendo prosperado –por influencia francesa y en lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa– la que, primero, va de la justicia retenida a la delegada y, luego, de la jurisdicción tasada a la plena, la cual se consuma ya en 1956 con una fórmula judicial (especializada) pero revisora (en el seno de un proceso) con tendencial plenitud (cláusula general con excepciones); solución ésta, que logró sobrevivir a la CE (con algunas excepciones que no vienen al caso¹). Esta supervivencia se explica

¹ El inevitable impacto del orden constitucional en general sobre el texto legal regulador de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 tuvo un efecto derogatorio directo en algunos aspectos (como, por ejemplo, la cláusula de exclusión por Ley de mate-

por la gran calidad técnica de la Ley de 1956², que propició un enorme y definitivo progreso del Derecho Administrativo, posibilitando su modernización –no en último término a través de un extraordinario desarrollo de la jurisprudencia, especialmente a partir de los años setenta del S. XX–, lo que vale decir su construcción conforme a las exigencias del Estado de Derecho.

La permanencia de la especialidad de la jurisdicción contencioso-administrativa se explica por la opción constitucional definitoria de un marco, que asumiendo y perfeccionando, al mismo tiempo, la solución legal aludida³,

rias del ámbito de conocimiento de dicha jurisdicción) y el de la ordenación de los derechos fundamentales en concreto determinó, además, inmediatamente (paralelamente a la aprobación del propio texto constitucional) la promulgación de un texto legal referido a la tutela judicial de los derechos fundamentales (texto, hoy derogado), a fin de dar cumplimiento, en todos los órdenes jurisdiccionales (y también en el contencioso-administrativo) a la previsión por el art. 53.2 CE de la tutela de aquellos derechos, en sede de la justicia ordinaria, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad; Ley ésta, que introdujo, para su ámbito específico, novedades significativas.

² Las características esenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa regulada en 1956 (con el añadido que supuso el Real Decreto-Ley de 4 de Enero de 1977, que creó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional) pueden resumirse así:

1º. Definitiva judicialización del sistema de control, aún conservando su carácter revisor, si bien bajo la forma de orden jurisdiccional especializado en el seno de la justicia ordinaria, actuado siempre por órganos judiciales colegiados y estructurado organizativamente en tres niveles (Audiencias Territoriales, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) y funcional o procesalmente en una o dos instancias.

2º. Tendencial plenitud del control, articulando su ámbito material mediante una cláusula general, con excepciones taxativas (materias excluidas por lista tasada y actos políticos; tributo éste, rendido al régimen político en el que el texto vio la luz), abriendo la legitimación activa, más allá de la titularidad de derechos, a la de un interés directo, y haciendo actuable el control judicial en todo supuesto de infracción del ordenamiento jurídico. Y,

3º. Ordenación del ejercicio del control en un verdadero proceso, de construcción técnicamente rigurosa.

³ Los elementos básicos de ese marco constitucional son los siguientes:

1. La configuración revisora o *ex post* de la intervención judicial, en tanto que consistente precisamente en un control, pero sólo en cuanto sucesiva a la actuación previa del poder público administrativo, que presupone. Y i) la atribución de ese control precisamente a los órganos del poder judicial ordinario, si bien especializados en el seno de éste (orden jurisdiccional contencioso-administrativo); y ii) la plenitud del control, en el sentido de comprensivo éste, como mínimo, de todo cuanto produzca el ejercicio de la potestad reglamentaria y de la totalidad de la actuación (no normativa) de la Administración pública (. arts. 97, 103 y 153, c) CE).

se inscribe en el complejo sistema de control que establece el propio texto constitucional como correlato del principio de separación de poderes. Se trata de un sistema compuesto por un amplio elenco de técnicas de índole, contenido y alcance diversos (políticas, democráticas y jurídicas), que se concreta de manera diferente según los órganos/entes y las acciones u omisiones que integren en cada caso la relación jurídico-pública de control, dando lugar así a toda una tipología jurídico-positiva de formas de control (intra- e inter funcionales; intra- e interordinamentales; etc...)⁴. En todo caso parece posible una clasificación

2. La plenitud del control judicial así determinado también desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos a su efectiva actuación, en función del reconocimiento, sin restricciones, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, con prohibición taxativa de toda situación de indefensión (art. 24.1 CE).

3. La ubicación de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en la justicia ordinaria -organizada y operativa sobre la base del principio de la unidad jurisdiccional-, en la medida de la reserva en exclusiva a los Jueces y Tribunales determinados por las Leyes del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sin la restricción -por tanto y además- de la merma tradicional de facultades en punto a la ejecución de Sentencias, toda vez que definida aquella potestad jurisdiccional como comprensiva de los actos de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.1, 3 y 5 CE).

⁴ La CE, en efecto, hace uso consciente y frecuente del término, haciendo así del control un estricto concepto jurídico-constitucional, que emplea hasta diez veces en los siguientes términos:

a) Su objeto es fundamentalmente el ejercicio de poder público constituido, bien directamente por las organizaciones establecidas a tal fin (incluso estas mismas), bien por organizaciones públicas o en mano pública cuya actividad es relevante para el orden basal constitucional (valores superiores, como el pluralismo, o derechos como el de educación). De esta suerte el control hace referencia siempre primariamente a: i) la acción, actividad, gestión o cometido o, en su caso, las decisiones, los actos o las actuaciones u omisiones de un sujeto (una entidad o un órgano públicos); o ii) las entidades o los órganos públicos en cuanto tales.

El objeto de control puede pertenecer:

- Al mismo poder-función constitucional en que se integra el controlado, dentro de un mismo ordenamiento. Es el caso de la forma de control consistente en el asesoramiento del Gobierno atribuido al Consejo de Estado en los términos del artículo 107 CE.

- A distinto poder-función constitucional que el controlado, pero inscribiéndose ambos aún en el mismo ordenamiento territorial. Es el supuesto de los controles del Parlamento, es decir, las Cortes Generales sobre el complejo orgánico-funcional ejecutivo, o el del poder judicial sobre dicho complejo, contemplados en los arts. 54, 76.1, 77.2, 86.2, 94, 106.1, 111, 112, 113.1, 116.2 y 3, 136, y 150.3 CE.

- Al mismo o distinto poder-función constitucional que el controlado, inscritos ambos, sin embargo, en distintos ordenamientos territoriales. Se trata de los supuestos previstos en los artículos 153 y 155 CE.

tipológica de tales técnicas en dos grandes grupos: el control político y el jurídico, cuyos prototipos o modelos son el parlamentario y el judicial, respectivamente, y la identificación del complejo orgánico-funcional Gobierno-Administración como centro de gravedad del conjunto de los mecanismos en que tales controles se traducen.

La importancia de la precisión de la modulación constitucional, como control, de la tutela judicial frente a la actuación del poder público administrativo⁵

- A cualesquiera otras funciones constitucionales, con independencia del ordenamiento en el que se inscriban. Es el caso, obviamente, del control cumplido por el Tribunal Constitucional a través de los recursos y cuestiones a cuyo conocimiento se extiende su competencia (artículos 161 y 163 CE).

El control atraviesa, pues, la estructura y el funcionamiento del Estado en su conjunto o globalmente considerado; lo que vale decir que está disperso o distribuido, de forma desigual, por los tres poderes o funciones clásicos a lo largo de todos los niveles territoriales básicos, cuando no aparece asignado a una institución peculiar como el Tribunal Constitucional.

b) Sujeto del control es siempre el poder público, aunque la actuación del mecanismo pueda ser participada (en el caso de la educación claramente).

El control supone así la existencia de dos sujetos diferenciados, el controlado y el controlante, y de dos acciones distintas, la controlada y la de control, necesariamente sucesivas en su desarrollo, puesto que la de control presupone lógicamente la existencia de la controlada. Y consiste en un examen y una valoración, conforme a cierto criterio, de la acción (u omisión) controlada. Implica, por ello, una relación jurídico-pública específica trabada por razón de, y basada justamente en, la competencia de «control» atribuida a un sujeto público –entidad u órgano– sobre (la acción u omisión de) otro sujeto –entidad u órgano–.

c) La técnica misma no se agota necesariamente en la mera observación, comprobación o verificación, pudiendo incorporar la eventual corrección de su objeto. Es normal, y así sucede con los controles parlamentario, económico-financiero y judicial previstos en la CE, que le sea funcionalmente inherente la adopción de medidas de reacción y, en su caso, de sanción, con diferente alcance. Pero incluso cuando ello no sea así –agotándose su virtualidad, por ejemplo, en la producción de un efecto de transparencia mediante la información y la publicidad– siempre tiene una orientación teleológica: la reacción ante un resultado negativo.

d) El control carece de un contenido y alcance homogéneos, concretándose de manera diferente según los órganos/entes y las acciones u omisiones que integren en cada caso la relación jurídico-pública de control y en distintas técnicas, dando lugar así a toda una tipología jurídico-positiva de formas de control.

⁵ De la calificación de la función judicial respecto del poder público ejecutivo como control resulta, en efecto, que:

- La tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE es una posición solo actuable –respecto del poder público administrativo– en términos y bajo la forma justamente de control, *ex post*. Y,

se pone de relieve si se tiene en cuenta que las transformaciones más recientes de la sociedad y el Estado vienen determinando –por lo que hace a la función ejecutiva (objeto del control judicial)– un desplazamiento, aunque no anulación, del interés, en la denominada “ejecución” propia de dicha función, desde la interpretación (es decir: la aplicación) a la actuación dirigida a la solución de problemas sociales. Abandonando el superado dogma de la única solución justa (por postulación de la existencia solo de la posibilidad de la solución aceptada como correcta por conclusiva, en su caso en sede judicial, del proceso de su hallazgo), las normas se entienden así preferentemente como programas de actuación que proporcionan el contexto para la formación de la decisión solucionadora del problema social, normalmente complejo, de que se trate. La Ley deja, entonces, de ser lo que era para pasar a ser programa del que importa no tanto (aunque también) la precisión de los límites jurídicos que impone según el principio de Estado de Derecho, cuanto las posibilidades de configuración social que contiene para garantizar la calidad del cumplimiento de las tareas a que se refiere⁶.

De ahí la afirmación⁷ de que la posición de la Administración en el sistema de poderes públicos no deriva hoy tanto de su contribución funcional (ejecutiva y dotada de legitimación propia) a la legitimación democrática del Estado, cuanto más bien de la interacción de los procesos de normación y aplicación-ejecución, toda vez que la acción administrativa determina la *praxis* aplicativa de la Ley, proporcionando al legislador en todo caso referencias para evaluar sus normas y aprobar, en su caso, reformas correctoras. Este círculo entre normación y ejecución gira según las órbitas, separadas y prefijadas constitucionalmente, propias de los distintos poderes-funciones (la separación competencial da lugar a legislación, ejecución y jurisprudencia; la separación organizativa, a la de Parlamento y Gobierno-Administración; y la separación por razón de la legitimación a la democrática directa y la indirecta). Pero la imagen del poder público administrativo como un todo se ofrece solo en una visión de encadenamiento dinámico de las instituciones que forman el Estado, confirmando así el acierto de la famosa frase de E. Forsthoff (en su clásico Derecho administrativo): es posible describir la Administración, pero no definirla. Lo que no excusa su deslinde funcional respecto de la legislación y el ejercicio del poder judicial. En tanto el legislador traduce las tareas previstas constitucionalmente

- El control tutelar judicial queda insoslayablemente impregnado por las características de su objeto (es decir, las del poder público administrativo y su actuación, en particular su servicio al interés general), determinándolo decisivamente.

⁶ Véase HOFFMANN-RIEM, W. “Eigenständigkeit der Verwaltung”, en W. Hoffmann-Riem/A. Vosskuhle (Eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, 2ª ed., Ed. C. H. Beck, München 2012, §10, pág. 13.

⁷ Véase SCHAEFER, J.P. *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2016; autor al que se sigue en este concreto punto.

en un marco ordenador de imperativos de actuación (comprendido de todas las formas posibles de esta última), haciendo que las Leyes definitivas tal marco adquieran vigencia, la Administración se ofrece como “ejecución” (cumplimiento) de las correspondientes tareas públicas en tal marco y conforme a la Ley *lato sensu* (pues tal ejecución está dirigida, incluso allí donde no está predeterminada por la Ley ordinaria sustantiva –aunque sí y siempre por la de carácter presupuestario–, por previsiones constitucionales y del Derecho de la Unión Europea, además de las internacionales). Por ello, la superposición de las perspectivas institucional y funcional lleva a la determinación de la Administración como “aseguramiento de la vigencia” o, mejor, “efectuación del Derecho” en la realidad; conclusión, que comporta la implicación en la “ejecución administrativa” de vigencia de la norma y realidad. De donde se sigue, en definitiva, que –al no quedar limitada la acción administrativa a la mera ejecución, en línea de continuación, de la norma– es tanto realización del Derecho como creación del Derecho. En definitiva: la Administración transmuta la vigencia normativa en vigencia empírica, lo que permite deslindarla tanto de la “instauración de la vigencia” (generación de la misma, asunto normativo propio del legislador), como del “control de la vigencia” (entendido como comprobación de la vigencia, incluso de su creación, por parte del poder judicial o la jurisdicción constitucional). Pero en el entendido, entonces, que la función ejecutiva comprende todo lo necesario para la efectuación del programa legal, incluyendo, en su caso, el establecimiento de normas. Y que esta función debe ser respetada, incluso en el control judicial.

III. LA EVOLUCIÓN, TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978, DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. *La renovación de la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa y sus efectos*

Retomando la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa, su regulación ha sido objeto en 1998 (ya, por tanto, en el marco constitucional antes precisado y con cobertura en una paralela modificación de la Ley orgánica del poder judicial) de una completa renovación, cuyos rasgos más sobresalientes son los siguientes:

Dilución del carácter revisor (control *ex post*) mediante la configuración del objeto proceso en torno a las pretensiones en él deducidas y no a la decisión o inactividad administrativas cuestionadas. De este modo, la impugnación previa en vía administrativa pasa de ser el objeto a ser solo el presupuesto del control judicial.

El proceso contencioso-administrativo es siempre, así, un proceso de plena jurisdicción en el que pueden ejercitarse, en la misma medida de la legitimación activa que se posea, *hasta* la totalidad de las pretensiones posibles. Y el objeto del proceso no es tanto la actuación administrativa (los actos administrativos, expresos o presuntos; la inactividad; y la actividad material constitu-

tiva de vía de hecho), cuanto las pretensiones que, sobre la base de derechos e intereses legítimos, es decir, de situaciones reconocidas y amparadas por el Derecho, se deduzcan por los titulares de éstas “en relación con” aquélla, es decir, con la “actuación de la Administración pública.

La jurisdicción ejercida en el seno del proceso contencioso-administrativo comprende, pues, no solo -cuando así proceda- la anulación de la actuación objeto de *control*, sino también el pronunciamiento de fondo sobre la estimación o no de las pretensiones deducidas. Y la construcción, en su caso, “impugnatoria”, es decir, como recurso frente a y con ocasión de una decisión (expresa o presunta) o actuaciones públicas previas del proceso, tiene exclusivamente el alcance de modulación necesaria por razón del objeto de la intervención judicial. Esto significa, que el requisito de la existencia de la decisión o actuación previas y, por tanto, de su impugnación es exclusivamente presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa.

El Tribunal Constitucional tiene dicho, en este sentido y como recuerda su Sentencia 14/1997, de 28 de enero, que “la jurisdicción contencioso-administrativa no es una segunda instancia, sino que ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes...”. También la propia jurisprudencia contencioso-administrativa se ha pronunciado sobre la superación del carácter revisor con simultánea conservación de la exigencia de un acto o actuación previos de la Administración⁸.

Dilución de la «especialidad» en la integración de los órganos del aludido orden jurisdiccional y, de la preferencia –dado el objeto del control– por el carácter colegiado del órgano judicial, con introducción de órganos unipersonales en la base de la planta del orden jurisdiccional (Juzgados).

Normalización proceso contencioso-administrativo por el rasero del proceso civil, que se *manifiesta* en la creciente importancia de la aplicación supletoria de la Ley de enjuiciamiento civil. La consecuencia no es otra que la de la determinación del conocimiento judicial por el objeto del proceso: las pretensiones en él deducidas, como se ha dicho.

La combinación de estas características y el proceso de normalización aludido está determinado la progresiva pérdida por la forma de control impuesta constitucionalmente en este ámbito a la tutela judicial de su consustancial impregnación por las características del objeto (la actuación administrativa teleológicamente definida por su fin: el interés general o bien común) a favor de su centrado en la contraposición tradicional entre situaciones jurídicas individualizadas y acción del poder público administrativo en cualquiera de las concretas manifestaciones antes expuestas, sin suficiente consideración de la incidencia

⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2001 (rec. 5899/1997); 17 de marzo de 2005 (rec. 3047/2001); 15 de julio de 2008 (*Tol 1369642*); 22 de noviembre de 2010 (*Tol 2009196*); 16 de abril de 2012 (*Tol 2523936*); y 19 de febrero de 2018 (rec. cas. 122/2016).

en las situaciones de terceros o, incluso, la generalidad. Por ello parece clara la necesidad de un enfoque actualizador que, al propio tiempo que conserve las dimensiones indudablemente positivas de la evolución en curso, incorpore las correcciones y los complementos precisos para recuperar la función constitucional del control judicial. Y es precisamente la perspectiva aquí adoptada, es decir, la de la cascada sucesiva de relaciones jurídicas (las generales jurídico-constitucional y jurídico-administrativa y las especiales de esta última naturaleza), que está aun esencialmente inédita, la que parece más adecuada al efecto. Pues, de un lado, el criterio del control judicial (la legalidad de la actuación administrativa o, en otros términos, el sometimiento de ésta a los fines que la justifican; art. 10.6.1 CE) es claro solo en apariencia, y, de otro lado, la función judicial se ofrece acotada estrictamente a juzgar (formulación de juicio, aplicando la legalidad, sobre la actuación administrativa) y hacer ejecutar lo juzgado (hacer efectivo el juicio efectuado) [art. 117 CE]. Porque, como es bien sabido, la legalidad no se identifica con la Ley (entendida aquí como norma escrita), pues vale por ordenamiento jurídico presidido por la Constitución (conforme dice el artículo 9.1 CE).

2. *En particular: la reciente reforma del recurso de casación y sus consecuencias*

A los efectos derivados de la apuntada normalización del control judicial contencioso-administrativo con pérdida sensible de su “especialidad” se añade aún la renovación en 2015⁹ de la casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo acompañada del abandono de la universalidad de la apelación, es decir, de la construcción del citado control sobre el principio de la doble instancia (servida, al menos una de ellas, por un órgano judicial colegiado). A las razones que pueden aducirse a favor de supuestos de única instancia (descarga de trabajo a los órganos judiciales y más pronto otorgamiento de la tutela judicial) solo puede reconocerse un peso inferior al que merecen:

1) La importancia y singularidad del control judicial de la actuación *administrativa* respecto de la forma ordinaria de prestación de la tutela judicial efectiva.

2) La exigencia radical, por tanto, de la satisfacción del derecho a la tutela judicial en *función* de las características que a su otorgamiento impone su objeto, que en este caso incluye la de su implicación en el sistema de equilibrio entre poderes públicos. Y los términos en que han de adoptarse hoy las decisiones administrativas parecen requerir un doble examen en la judicial (sin perjuicio de que la tempestividad de la tutela judicial pudiera justificar un régimen más expedito de la ejecución provisional de la resolución judicial recaída

⁹ Por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley orgánica del poder judicial, cuya disposición final tercera modificó, a su vez, la Ley 2/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

da en primera instancia), sobre todo bajo la forma de posibilidad de reconsideración por un órgano judicial colegiado de la decisión tomada por un órgano judicial unipersonal.

La nueva y actual casación representa un verdadero salto cualitativo en tanto que, a pesar de la persistencia de su denominación, el recurso deja de ser, en último término, verdaderamente tal (convirtiéndose, en lo fundamental, de demanda en Derecho en simple petición de conocimiento de un asunto), es decir, muta en un mecanismo en la práctica en la disposición del órgano judicial (incorporación de la lógica del *certiorari*, ajeno a nuestra cultura jurídica) para hacerse con el conocimiento (restringido) del correspondiente asunto con finalidad casacional¹⁰.

Pues para que pueda predicarse la condición de recurso es precisa la determinación reglada (por más restrictiva que sea) del acceso, es decir, del requisito de la “recurribilidad”, ya que solo en tal caso puede existir un derecho al recurso. Y tal derecho ha dejado de existir propiamente en el nuevo régimen legal de la casación, puesto que solo regla los requisitos de cumplimiento obligado cuya satisfacción es presupuesto de la mera posibilidad de la apreciación por el Tribunal Supremo del interés casacional y, por tanto, de la admisión. El requisito de “recurribilidad” es, así, formal y, todo lo más, un eufemismo que oculta la inexistencia de derecho al recurso. En este sentido es significativo que el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017 (rec. 3081/2016) sostenga que “... La admisibilidad del recurso no responde al solo reconocimiento del derecho del recurrente a la revisión de los pronunciamientos efectuados en la instancia, respecto de sus pretensiones, en razón de las infracciones denunciadas, sino que es preciso y solo podrá admitirse a trámite el recurso cuando el examen de tales infracciones presente ese interés casacional objetivo”.

A lo dicho se suma que, desde el punto de vista de su carácter, el recurso, de instrumento nomofiláctico, se ha transformado en uno de unificación de la doctrina jurisprudencial, es decir, no tanto para decir lo que prescribe la norma (para proteger su mandato), cuanto para establecer y asegurar la interpretación

¹⁰ Sobre las dudas suscitadas en la mas relevante doctrina por la reforma legal en la línea indicada en el texto: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *¿Cambio radical del sistema jurídico español?*, diario ABC, edición del día 6 de julio de 2002; HERNANDO SANTIAGO, F. J., *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, diario ABC, edición del día 19 de julio de 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, diario ABC, edición del día 31 de julio de 2002; MUÑOZ MACHADO, S. *El Estado de los jueces autónomos*, diario ABC, edición del día 4 de septiembre de 2002; y GARCÍA RUBIO, M^a Paz *Jurisprudencia, Constitución, Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Foro Iustel abierto el 10 de septiembre de 2002. Véase también, LOZANO CUTANDA, B. *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley orgánica 7/2015: análisis de sus novedades*, Diario La Ley, nº 8599, Sección on line, de 7 de septiembre de 2015.

judicial de la misma o, dicho de otro modo, para proteger lo que dice la jurisprudencia que dispone la norma. Más que nomofiláctico, el recurso de casación actual se ofrece, pues, como nomotético.

Como prueba su mala recepción inicial por la doctrina científica, cabe poner en duda que la reforma legal comentada refleje un razonable análisis de los requerimientos del marco constitucional y, concretamente, de la división y el equilibrio entre poderes implicado en el control asignado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

IV. EL PAPEL ACTUAL DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LOS RIESGOS QUE COMPORTA

La evolución, pues, de la jurisdicción contencioso-administrativa amenaza con desvirtuar, tal como está prescrita, la misión de control que le asigna el texto constitucional y, por tanto, la integridad del *status* de poder público otorgado por éste al complejo Gobierno-Administración en el contexto del sistema de diferenciación y equilibrio entre las funciones propias de los respectivos poderes constituidos.

Esto es especialmente visible con el renacimiento –a título de principio- del viejo paremio (procedente, cuando menos, del S. XVI) *cessante ratio legis cessat lex ipsa, pariente de las reglas rebus sic stantibus* o pérdida de su fundamento por todo negocio jurídico¹¹. Se trata hoy de un principio determinante del término de vigencia de las normas (incluida desde luego la Ley), aceptado por la doctrina civilista¹². El principio se refiere desde luego a la relación

¹¹ El aforismo tiene una larga tradición rastreable hasta la antigüedad, pero deriva propiamente de la decantación –entre los Ss. XIII y XV- del empleo del término *ratio legis* como *ratio* no abstracta, sino concreta de cada norma y debe mucho al Derecho canónico, como señalan OTADUY, J. (“La ratio en las fuentes normativas del Derecho canónico”, *Ius Canonicum* XLIX, nº 97, 2009, p. 149) y LÖWER, W. (*Cessante ratione legis cessat ipsa lex*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1989, p. 9).

¹² DE CASTRO, F. *Derecho civil de España*, Parte General I, Ed. IEP, Madrid 1955, pp. 702 y ss (autor que cita, a ese propósito, a Vázquez de Menchaca *Controversiarum illiustrium usuque frequentium libri tres*. Frankfurt, 1572.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid 1992, p. 107) señala que el término de la vigencia de una norma legal puede resultar, aún sin derogación, también de cuando la Ley se dictó en atención y en contemplación de una determinada situación que posteriormente ha desaparecido, pues tal desaparición implica la de la razón de ser de la norma, haciendo que la Ley pierda su eficacia (*cessante ratione legis cessat lex ipsa*).; DE LOS MOZOS, J. L. (*Derecho civil español*, I Parte General, Vol. I, Salamanca 1977, pp. 706 y 707) habla de la expiración de la vigencia de las normas cuando haya concluido su finalidad (si bien diferenciando la *ratio* de la *occasio legis*), sosteniendo que en tal caso vale el aforismo *cessante ratione legis cessat lex ipsa*; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (Elementos

Ley(norma)-tiempo-realidad, pero también revela su trascendencia en el plano expuesto de la división de poderes, pues lleva de la mano a la cuestión de la vinculación-libertad del juez en el manejo de la norma, especialmente visible en la antes aludida reforma de la casación. Pues la interpretación/aplicación de la norma no es, en último término, sino un problema de la división de poderes, como acredita la cuestión del derecho de examen/rechazo del juez.

Hoy el juez (desde luego el contencioso-administrativo) dispone en el ordenamiento español de las facultades de: a) examen-rechazo normas infralegales (es un poder reglamentario negativo, pues no comprende solo la inaplicación –art. 6 de la Ley orgánica del poder judicial–, sino también la anulación de la disposición general recurrida -art. 71.1, a) y 72.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa-); y b) examen-rechazo (aunque sólo en términos de inaplicación al caso) incluso de una Ley cuando esté involucrado Derecho europeo y exista doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en términos de acto claro o aclarado. En el caso del Tribunal Constitucional su facultad de rechazo por inconstitucionalidad de las normas con valor y fuerza de Ley lo hace un verdadero legislador negativo (art. 38.1 de la Ley orgánica reguladora de dicho Tribunal).

Estas implicaciones lucen especialmente en el control de la constitucionalidad de las Leyes. De acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, en efecto:

- En el terreno de la interpretación se juega la suerte de la decisión del legislador generadora de vigencia, concretamente en la tensión entre los principios de conservación e interpretación conforme de las normas, primando el primero, salvo que –apuradas todas las posibilidades interpretativas– sea indudable la inconstitucionalidad de la norma objeto de control porque la incompatibilidad constatada imposibilite una interpretación conforme.

El límite del principio de conservación –basado en la presunción de constitucionalidad– se sitúa así en “... las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma, de manera que la interpretación de conformidad sea efectivamente deducible de modo natural y no forzado,

de Derecho civil, I Parte General, Vol. I, 2ª edición, Ed. Dykinson, p. 204), para quienes determinar cuándo las circunstancias en atención a las cuales se promulgó la Ley son causas determinantes de ella y, por consiguiente, su definitiva desaparición supone el límite final de la vigencia de la norma, y cuándo constituyen simple *occasio legis* –y no *ratio*– cuya cesación suspende su aplicabilidad actual, es cuestión que requiere soluciones casuísticas, si bien, en general, si la referencia a las circunstancias es concreta, aquéllas suponen *ratio legis* y *cessante ratione legis cessat lex ipsa*; y en F. Capilla Roncer (Coord.) [Elementos de Derecho civil, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 112], se expone, finalmente y bajo la rúbrica “pérdida de vigencia”, que existen normas que se dictan en atención a una determinada circunstancia que, una vez desaparecida o solventada, lleva consigo la pérdida de eficacia de la norma concreta.

pues [al Tribunal Constitucional] no corresponde, asumiendo una función de legislador *positivo*, la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente *con la finalidad de encontrar un sentido constitucional*¹³.

Es, pues, el principio mismo de conservación el que –en el caso de que una norma constitucional sea susceptible de interpretaciones diversas– impone la aplicación de la técnica de la interpretación conforme en virtud de la regla de cierre de “prevalencia de unas interpretaciones sobre otras”; interpretación conforme que, a su vez, encuentra su límite en que no puede ser *contra legem*¹⁴.

Procede la *interpretación* conforme cuando no conduzca a un *resultado material distinto al querido por la Constitución*¹⁵.

Más allá de la jurisdiccional constitucional, los Jueces y Tribunales, ante la duda sobre la constitucionalidad o no de una norma legal, solo tienen la alternativa entre la interpretación conforme y el planteamiento de la *cuestión* de constitucionalidad¹⁶.

El Juez constitucional es, pues, no sólo legislador negativo cuando deroga una Ley (vía declaración de su nulidad), pues también –y si se quiere secundaria y excepcionalmente– legisla positivamente o, más precisamente, sustituye al legislador (en su caso, supliendo su omisión de adaptación de la norma a nuevas circunstancias) continuando, por otros medios y en sede interpretativa, la tarea de dicho legislador: complementa ésta, en efecto, al establecer, con eficacia *erga omnes* y para su conformidad con el texto constitucional, el tenor de la norma y predetermina, así, la aplicación de ésta. En la medida en que esta función excepcional se cumple atendiendo al orden constitucional como tal y, por tanto, a los valores y principios que lo articulan, significa –desde luego en el ámbito de la legislación administrativa programadora de la acción enteramente

¹³ Véanse: i) SsTC 65/2020, de 18 de junio, que cita las SsTC 4/1981, de 2 de febrero; 176/1999, de 30 de septiembre; 185/2014, de 6 de noviembre; 14/2015, de 5 de febrero; 17/2016, de 4 de febrero; 118/2016, de 23 de junio; 168/2016, de 6 de octubre; 20/2017, de 2 de febrero; 26/2017, de 16 de febrero; 37/2017, de 1 de marzo; 62/2017, de 25 de mayo; 116/2017, de 19 de octubre; 97/2018, de 19 de septiembre; 76/2019, de 22 de mayo; y STC 79/2019, de 5 de junio, que cita las SsTC 14/2015, de 5 de febrero, y 17/2016, de 4 de febrero.

¹⁴ Véanse SsTC 3/2015, de 19 de enero; 14/2015, de 5 de febrero (que cita la 101/2008, de 24 de julio, y la doctrina en ella citada); 88/2016, de 6 de octubre (que cita las SsTC 35/2012, de 15 de marzo, y 299/2014, de 18 de diciembre); 29/2018, de 8 de marzo (que cita las SsTC 76/1996, de 30 de abril; 108/1986, de 29 de julio; 233/1999, de 16 de diciembre; y 139/2017, de 29 de noviembre); y 97/2018, de 19 de septiembre (que cita las SsTC 168/2016, de 6 de octubre, y 55/2018, de 24 de mayo).

¹⁵ *Vid.* SsTC 32/2016, de 18 de febrero y 129/2016, de 18 de julio.

¹⁶ *Vid.* SsTC 86/2016, de 28 de abril; y 82/2018, de 16 de julio.

regida por el fin reconducible en último término al interés general— que: i) la conformidad con la Constitución depende de la persecución por la norma de fin o fines acordes con el orden de valores y principios constitucionales; ii) el mandato del legislador no es suficiente, pues, para legitimar la aplicación de la norma. Con esta técnica queda superado el planteamiento de la reserva al propio legislador de la adaptación de la Ley a la realidad y su tiempo¹⁷ y se abre la puerta, en el campo de la aplicación, al juego del principio *cessante ratio*. Las reglas de la interpretación no son un canon de reglas equivalentes: un tenor legal que exceda de la *ratio* de la norma debe ser reducido por exigencia del postulado de racionalidad de la estatalidad constitucional. En otro caso la limitación de la libertad desprovista de fin solo se legitimaría por el *sic volo sic iubeo* de la Ley. El principio se revela, así como hermano de la interpretación conforme con la Constitución, que exige orientar la interpretación por las decisiones de valor de la Constitución: aplicación de aquéllas en la medida en que quede cubierta por la *ratio* conforme con la Constitución. De donde la relevancia de dicha técnica de interpretación conforme¹⁸, que luce claramente en las

¹⁷ En este sentido, LÖWER, W. *op. cit.* en nota 11, p. 13.

¹⁸ Ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 14 de febrero de 1973 [BVerfGE 34, 269 (289)] que ha dejado establecido que:

“La tradicional vinculación del Juez a la Ley —elemento fundamental del principio de división de poderes y, por tanto, del Estado de Derecho— se ha transformado en todo caso en La Ley Fundamental en el sentido de que la jurisprudencia está vinculada a “la Ley y el Derecho” (art. 20.3). Según opinión general, con ello se rechaza un estrecho positivismo legal. La fórmula mantiene la conciencia de que, si bien y en general, Ley y Derecho coinciden, no siempre necesariamente lo hacen. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede existir eventualmente un más en Derecho, que encuentra su fuente en el orden jurídico conforme con la Constitución en tanto que todo dotado de sentido y puede operar como correctivo de la Ley escrita; encontrarlo y realizarlo en decisiones es tarea de la jurisprudencia. La Constitución no indica al Juez la aplicación al caso concreto de las órdenes legislativas dentro de los límites de su posible sentido literal. Una tal concepción presupondría la principal ausencia de lagunas en el orden jurídico estatal, un estado que, si bien sostenible como postulado principal de la seguridad jurídica, es inalcanzable en la práctica. La actividad judicial no consiste sólo en reconocer y expresar decisiones del legislador. La tarea de la jurisprudencia puede requerir, en especial, alumbrar —en un acto de reconocimiento valorativo, en el que no están ausentes también elementos volitivos— representaciones de valor que, si inmanentes al orden jurídico conforme con la Constitución, no han encontrado expresión, o lo han hecho solo de forma incompleta, en las Leyes escritas y realizarlos en decisiones. En ello, el Juez debe mantenerse libre de arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional. Debe hacerse convincente que la Ley escrita no cumple su función de resolver de forma justa un problema jurídico. La decisión judicial cierra, entonces, esa laguna según los criterios de la razón práctica y las “representaciones generales de justicia de la comunidad”. En principio, esta tarea y facultad

Sentencias del Tribunal Constitucional 128/2018, de 29 de noviembre, y 98/2020, de 22 de julio¹⁹, relativas al recurso de casación autonómica introducida, de manera notoriamente insuficiente y deficiente²⁰, en la reforma legal de 2015 comentada. Pues proporcionan un buen ejemplo de interpretación conforme integradora creativa. Como ha hecho notar críticamente J. M. Alegre Ávila²¹, en ellas se sostiene que i) la declaración de que los fallos contencioso-administrativos de los Tribunales Superiores de Justicia no son susceptibles de recurso de casación por infracción de normativa autonómica es el *resultado de un acto de interpretación y aplicación del art. 86 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* que se sustenta en un conjunto de argumentos que no responden a la finalidad perseguida por el legislador y reconocida por el Tribunal Constitucional, de constituir el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del Derecho (autonómico); y ii) la *solución interpretativa correcta es la de la “sustitución”*, por virtud de la Ley orgánica 7/2015, de los precedentes recursos de casación para la unificación de doctrina [autonómica] y casación en interés de la ley [autonómica], que se sitúa *en línea directa de ejecución o consecuencia con la “función nomofiláctica y unificadora del Derecho autonómico” inherente a la casación autonómica*. Razón por la cual el ámbito de aplicación, hoy, de la casación autonómica ha de ser coincidente con el de la casación estatal ex art. 86.1, párr. 1º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es, en efecto, claro, que aquí el Tribunal Constitucional utiliza la técnica de la interpretación conforme para, yendo más allá, integrar creativamente las que, como subraya el propio J.M. Alegre Ávila, califica de meras “deficiencias de técnica legislativa” y son, en realidad, insuficiencias notorias del texto legal (un déficit legislativo), que más bien reclaman la intervención del legislador estatal, siquiera sea para definir con precisión el ámbito de aplicación de casación autonómica.

de “hallazgo creativo del Derecho” nunca le ha sido discutida al Juez, al menos bajo la vigencia de la Ley Fundamental....”.

¹⁹ Y los pronunciamientos intermedios que se remiten a la primera de ellas: SsTC 18/2019, de 11 de febrero, y 26/2019, de 25 de febrero, y ATC 41/2018, de 16 de abril.

²⁰ Al punto de dar lugar, al menos inicialmente, a tomas de posición distintas en diversos Tribunales Superiores de Justicia.

²¹ ALEGRE ÁVILA J. M. *El recurso de casación autonómica: déficit legislativo, vigencia constitucional y tutela judicial efectiva [A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 98/2020, de 22 de julio]*, publicado el 27 de agosto de 2020 y accesible en www.aepda.es/AEPDAFamilias-92-Publicaciones-de-los-miembros-Otras-publicaciones.aspx#!

Pero la regla *cessante ratio* opera igualmente en el terreno del cambio de la realidad y la percepción del Derecho como factor para dejar en el vacío, vía interpretación, decisiones legales explícitas o implícitas, incidiendo así también en la medida constitucionalmente correcta de la libertad y la vinculación del Juez. La técnica aquí utilizada es conocida: reglas más o menos explícitas son dejadas de lado bajo la invocación de cláusulas generales. Se trata de una técnica que, de un lado, abre posibilidades, y, de otro, presenta riesgos. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo, representa un buen ejemplo del alcance de tales riesgos. Como ha señalado G. Fernández Farreres²², resulta palmario que la Sentencia se extralimita, yendo mucho más lejos de lo que le corresponde en su estricta función casacional. Pues prescinde de, o sencillamente desconoce, la Ley aplicable al caso: el artículo 117 de la Ley de procedimiento administrativo común, según el cual la interposición de cualquier recurso administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado (salvo que una Ley expresamente disponga lo contrario). Y lo hace, porque afirma que, independientemente de que se haya o no solicitado la suspensión, hasta que no se resuelva expresamente el recurso administrativo contra el acto, éste no es susceptible de ser ejecutado. Afirmación ésta, por tanto y como sostiene G. Fernández Farreres, que representa una auténtica “creación” judicial, calificable no ya *praeter legem*, sino clara y estrictamente *contra legem* y desborda la función asignada a la nueva casación.

El riesgo no es, pues, meramente hipotético, pero su existencia real no son suficientes, sin embargo, para cuestionar y enervar el juego del principio *cessante ratio* en términos correctos. Pues, como ya a principios del S. XX, dejó señalado dijo H. Reichel²³, a pesar de él el juez debe decidir en contra de la Ley cuando: a) un precepto esté en contradicción con los principios reconocidos del orden jurídico actual; b) la aplicación conduciría, en condiciones externas alteradas, a resultados irrazonables; y c) estos resultados significarían para la autoridad de la Ley y el Derecho un peligro considerablemente menor que el apartamiento consciente del texto.

Si se tiene en cuenta que, a la postre, los sistemas continental y de *common law* no están tan distantes, el alcance de la regla *cessante ratio* luce en las palabras del Juez Cardozo (*Greet Northern Ry & v. Sunburst Oil*, de 1932): “la norma que se nos pide que apliquemos no está en armonía con la vida que nos

²² FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Recurso administrativo y ejecutoriedad del acto recurrido (Comentario a la Sentencia de la sala 3ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, r.c. 5751/2017)*, texto publicado el 8 de agosto de 2020 y accesible en www.aepda.es/AEPDAEntrada-2899-Recurso-administrativo-y-ejecutoriedad-del-acto.

²³ REICHEL, H. *Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Ed. Art. Inst. Orell Füssli, Zürich 1915, p. 133

rodea...”; la aplica para no perjudicar a quienes han confiado en ella, pero advierte que si en lo sucesivo alguien confía lo hará a su propio riesgo (anuncio de *overruling* en modo alguno sorprendente, porque en el *common law* el precedente es norma jurídica).

A propósito de los notables cambios observables en la jurisprudencia continental europea (entre ellos: la autoatribución de la concreción de las cláusulas normativas abiertas o generales; la adecuación de las normas a la realidad; la concreción de los principios generales; y la superación del dogma de la compleción del ordenamiento jurídico mediante analogías *legis y iuris*) el civilista F. de P. de Blasco Gascó²⁴, concluye que decir que, siempre hay una norma legal previa, el juez la aplica o la recrea, es desconocer la función real juez y quitar importancia a Miguel Ángel porque, aunque esculpió al David, no creó el mármol. Aunque el principio de legalidad siga vigente, el juez ha dejado de ser la boca que pronuncia las palabras de la Ley al no poder sustraerse a la valoración de ésta en sede de la interpretación requerida por su aplicación. Por ello, toda decisión judicial implica: a) un elemento descriptivo (determinación del Derecho aplicable); y b) un elemento prescriptivo (la fijación de la interpretación y el alcance de la norma, siendo ambos elementos indisolubles. Es explicable que, como prueba el auge de la industria editorial de la jurisprudencia, se extienda cada vez más la convicción de que el juez no solo aplica, sino crea un Derecho nuevo. Además de resolver un conflicto, las Sentencias judiciales coadyuvan, pues, al desarrollo ordenamiento jurídico.

Se entiende, así, la actualidad y la importancia de la cuestión del valor de la jurisprudencia. Si bien existen autores que entendiendo que la interpretación forma parte de la Ley, otorgan carácter normativo a la jurisprudencia, el autor antes citado considera un error situar la cuestión en sede de las fuentes, es decir, considerar que la fuerza vinculante de la jurisprudencia procede de su carácter formal de fuente del Derecho. Lo que significa que la cuestión no debe plantearse en términos de disyuntiva: si la jurisprudencia vincula, se trataría de una norma; condición que habría de negársele en otro caso. Pues tal vinculación procede siempre de una norma existente, carece de virtualidad más allá de ésta. Aunque quizás la posición correcta sea la de R. de Asís Roig²⁵, quien distingue entre creación de normas nuevas (innovación del Derecho, que niega al juez) y simple creación de normas, deducidas estas últimas de normas ya existentes (lo que parece accesible a la decisión judicial).

²⁴ BLASCO GASCÓ, F. de P., *Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliias del juez)*, Estudios de Derecho judicial, núm. 34, 2001, pp. 185-236.

²⁵ DE ASÍS ROIG, R. *De jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1995, pp. 89 y ss.

En realidad, y como sostiene A. Pizzoruso²⁶, la cuestión del valor de la jurisprudencia es una cuestión de Derecho positivo, que debe ser resuelta en cada ordenamiento. Para el Derecho español y como sostiene Para el D. español y a propósito de la casación, dice F. Galgano²⁷, la casación por infracción de jurisprudencia, si no es propiamente el *stare decisis del common law*, es ciertamente doctrina legal que vincula a los jueces de instancia. El precedente (la jurisprudencia), pues, “complementa” el ordenamiento jurídico (como dice el Código civil en su art. 1.6) mediante una interpretación que se une a la norma jurídica. Su valor deriva de la norma interpretada y aplicada; lo que vale decir que está muy próxima a la creación del Derecho.

²⁶ PIZZORUSO, A. *Lecciones de Derecho constitucional*, Vol. II, Ed. CEC, Madrid 1984, pp. 403 y ss.

²⁷ GALGANO, F. “L’efficacia vinculante del precedente di Cassazione”, *Contrato e impresa*, 1999, 3, pp. 889 y 894.

EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE: ¿UN VÉRTICE AMBIGUO?

Luis A. ORTIZ ZAMORA*

Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, el recurso de casación contencioso-administrativo costarricense es un instrumento jurídico único, de vanguardia e innovador. Pretende cumplir con tres fines a la vez: la nomofilaxis, la uniformidad de la jurisprudencia y la justicia del caso¹; algo así como resolver el dilema de la Trinidad imposible.

Y es que, mientras que, en la teología, uno de los problemas a resolver siempre ha sido el misterio de la Santísima Trinidad: Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas y un sólo Dios; en la economía, por su parte, el dilema a resolver es que, como explica Paul Krugman: “no se puede tener todo: un país debe elegir dos de cada tres. Puede fijar su tipo de cambio sin debilitar a su banco central, pero sólo mediante el mantenimiento de controles sobre los flujos de capital (como el de hoy en China), puede permitir la libre movilidad de capitales manteniendo la autonomía monetaria, pero sólo a expensas de dejar que el tipo de cambio fluctúe (como Gran Bretaña - o Canadá), o puede optar por permitir el libre movimiento de capitales y estabilizar la moneda, pero sólo

* El autor es especialista en Derecho Público, Regulación Económica y Servicios Públicos. Abogado recomendado por *Chambers and Partners* en las áreas de Derecho Público, Telecomunicaciones y *Project Finance*. Árbitro del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR). Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho y Miembro del Jurado Examinador de la Maestría en Derecho Público del Instituto de Enseñanza de Posgrado e Investigación de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Profesor del Curso de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid, España. Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Socio de BLP Legal. lortiz@blplegal.com

¹ GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar Eduardo. *Recursos*. En la obra colectiva: JIMÉNEZ MEZA, Manrique (et al.) *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, San José, 2006, p. 519-520.

optando por el abandono de cualquier posibilidad de ajustar las tasas de interés para combatir la inflación o la recesión (como la Argentina de 1999, o la mayoría de Europa).²

Pues bien, en el recurso de casación contencioso-administrativo costarricense sucede algo similar, pues a veces la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (en su doble faz de Sala de Casación y Tribunal de Casación) debe comportarse como custodio de la legalidad, en otras ocasiones como unificador de la jurisprudencia y más a menudo como juez del caso concreto; funciones que también parecen incompatibles entre sí³, o cuando menos, difíciles de lograr todas a la vez.

Es por ello que, resulta enriquecedor –aunque de suyo arduo– escudriñar las raíces del recurso de casación contencioso-administrativo costarricense, adivinar sus motivos, descubrir su naturaleza y comprobar el cumplimiento de sus fines, para finalmente determinar si –como advierte Taruffo– “seguimos viviendo en un sistema creyendo estar en otro.”⁴

II. LA CASACIÓN EN GENERAL

1. *Origen y Evolución*

Si el nacimiento del recurso de apelación puede situarse desde épocas tan lejanas como el Imperio romano⁵, la casación, por su parte, nace exclusivamente en Francia⁶ y cristaliza en el Decreto de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa de 1 de diciembre de 1870.⁷

Ahora, la aparición de la casación no puede entenderse de forma aislada. Antes bien, surgió como una técnica de control negativo para reprimir las ten-

² KRUGMAN, Paul. *O Canada. A neglected nation gets its Nobel*. Slate, 10 de octubre de 1999. Consultado el 18 de abril de 2019. <https://slate.com/business/1999/10/o-canada.html>

³ *Cfr. in toto*: TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*. Biblioteca de Derecho Procesal, Directores: Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Editorial Palestra, Perú, 2006.

⁴ *Ibid.* p. 144.

⁵ CALAMANDREI, P. *La casación civil*. T. I, Vol. I, p. 87 y ss.

⁶ ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *La Casación Civil*. T.I., San José, Costa Rica: IJSA, 2015, p. 19.

⁷ BOUAZZA Ariño, Omar. *El recurso de casación contencioso-administrativo común*. Cizur Menor, Thompson Reuters, 2013, p. 21. *Constitución Española*. Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. 2012.

taciones de los jueces de invadir las competencias legislativas.⁸ En efecto, el *Tribunal de Cassation*, a pesar de su denominación, no formaba parte del Poder Judicial, sino que era un órgano complementario y subsidiario del Poder Legislativo, cuya función no era garantizar la sujeción del juez a la ley, sino evitar la existencia misma de la jurisprudencia; esto es, de cualquier interpretación de la ley.⁹

Fueron especialmente dos factores los que impulsaron la creación del *Tribunal de Cassation*. Por un lado, las prácticas invasoras de los *Parliaments* durante el *Ancien Régime* en el terreno reservado al Monarca y, por otro, las bases teóricas del nuevo sistema surgido de la Revolución, a saber: la primacía del Parlamento y la exaltación de la ley. Aunado a ello, las tesis de Rousseau y Montesquieu sobre la separación de poderes, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la comprensión de esta última como expresión de la voluntad popular, imponían la necesidad de crear instrumentos capaces de someter a los jueces a la ley para evitar las prácticas que otrora habían sido tan habituales y que obligaron a establecer un órgano de control sobre aquellos: el *Conseil des Parties*. De suerte tal que, fueron precisamente esas extralimitaciones de los jueces en el terreno reservado al Monarca, lugar ocupado a partir de la Revolución por la ley, y en consecuencia, la desconfianza hacia su actuación, las que hicieron pensar a los revolucionarios franceses que una mera declaración de primacía de la ley no sería garantía suficiente para salvaguardar el principio sobre el que pretendía fundarse el nuevo Estado; en realidad, se hacía necesario crear un órgano *ad hoc* que garantizara tal principio de primacía de la ley frente a las posibles injerencias de los titulares del Poder Judicial.

La Revolución destruyó por completo el sistema del Antiguo Régimen y sustituyó la posición superior del Rey en cuanto vicario de Dios sobre la tierra, por la idea de que el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la ley. El resultado de esta rectificación se expresará en una idea sumamente simple: en lugar de los hombres, en adelante van a mandar las leyes.¹⁰

Esa exaltación de la ley hizo que se concibiera a los jueces como meros aplicadores de la ley. La ley lo podía todo y la labor del juez debía limitarse a

⁸ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 667.

⁹ *Cfr. in toto*: GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*. Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. 2012.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 125.

“declarar” qué ley era aplicable al caso, en la conocida expresión de Montesquieu: “*Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. Desde esta perspectiva, la idea de la jurisprudencia –como interpretación judicial de la ley– era considerada como una invasión del ámbito legislativo por los jueces. Por ello, diría en su momento Robespierre: “El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley.”¹¹

Pues bien, esa preocupación por mantener alejado al Poder Judicial del campo reservado al legislador cristalizó en dos institutos: i) el llamado *référé législatif facultatif*; y ii) el *référé obligatoire au législateur*. Por medio del primero se permitía al juez que tuviera dudas en cuanto a qué ley era aplicable a un supuesto concreto dirigirse al Poder Legislativo con el objeto de que éste se pronunciara acerca de la norma que debía aplicar; mientras que el segundo consistió en un control *a posteriori* de los actos judiciales. Estaban legitimados para interponer estos *référé obligatoire au législateur* (equivalentes a la casación) los particulares que, tras agotar todas las instancias judiciales, obtuvieran una sentencia que contradijera el tenor literal de la ley, así como también el *Commissaire du roi*, que podía interponer la casación *dans l'intérêt du loi*.¹²

En consonancia con lo anterior, sólo se admitía la demanda de casación en los casos en los que la sentencia que se pretendía casar hubiera contravenido expresamente el tenor literal de la ley. Y es que, si se concebía que la ley era unívoca y por ello susceptible de una sola interpretación, solo podía contravenirla la sentencia que lo hiciera en forma explícita. El *Tribunal de Cassation* realizaba, pues, una labor exclusivamente represiva y no creativa; esto es, se limitaba a casar las sentencias que hubieran sido dictadas en contra de la ley, mas no declaraba su interpretación auténtica, ni garantizaba la uniformidad en la aplicación del derecho.

Cuando se trataba de casos en que era una norma procesal la que resultaba inobservada, sólo determinados vicios de forma predeterminados legalmente daban lugar a una demanda de casación. Curiosamente, algunos vicios alegables en casación eran los mismos que se habían considerado esenciales para la validez del proceso en el Derecho romano¹³ y que durante siglos se habían hecho valer a través de la *querella o actio nulitatis*. Algunos de estos vicios se referían a la válida constitución del proceso, tanto desde el punto de vista del juez como de las partes, así como al orden y a la solemnidad del proceso.

¹¹ DE OTTO. *Sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona, 1993, p. 293.

¹² HUALDE LÓPEZ, Híbon. *Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de casación francés*. Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 161-214.

¹³ Cfr: PATRICIO, Javier y FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 108-110.

Otros, como la falta u omisión de motivación de la resolución judicial, tienen un origen muy posterior.¹⁴

Desde esta perspectiva, la casación por defecto de forma no aportaba ninguna novedad, toda vez que, cuando ésta surgió, la acción de nulidad por vicios de forma ya llevaba cientos de años implantada en Europa. Es más, si se hubiera previsto la casación como único cauce para hacer valer la nulidad de las sentencias que incurrieran en estos vicios de forma, se hubiera producido un retroceso en la protección de las garantías procesales conferidas a los litigantes, puesto que el acceso a la casación era una mera facultad del Tribunal, mientras que la *querella nullitatis* constituía un verdadero derecho de las partes para solicitar la nulidad de las sentencias aquejadas por vicios de forma.

Según Calamandrei¹⁵, la admisión de la casación en estos casos la alejaba totalmente de los fines para los que había sido creada, pues como se ha dicho, el sentido último de la casación era el de garantizar la primacía del Parlamento y el producto de éste: la ley. En razón de ello, la demanda de casación por violación del texto de la ley tenía por objeto garantizar la separación de poderes y, en consecuencia, la sujeción del juez a la ley sustantiva; mientras que la demanda de casación por vicios de procedimiento tenía como único fin asegurar el recto funcionamiento de la Administración de Justicia y el sometimiento del juez a algunos de los mandatos previstos en la ley procesal.

Avanzando los años y debido a causas variopintas, el *Tribunal de Cassation* pasó a denominarse *Cour de Cassation*, dejando de estar integrado en el cuerpo legislativo para enquistarse en el Poder Judicial, ocupando su cúspide y convirtiéndose en su centro. Por lo que respecta a su función, ya no se limitaría a ser un órgano represivo, sino uno tremendamente creativo. Así, la verdadera innovación sería que la *Cour de Cassation* ya no se limitaría a conocer mediante el recurso de casación de los errores *in iudicando* que pudiera contener la sentencia del juez *a quo* en la premisa mayor del silogismo realizado por éste, sino que extendería su juicio al control de la premisa menor.¹⁶ Se lograría así la yuxtaposición de dos figuras: la casación y la *querella nullitatis*, que poco tenían que ver entre sí originalmente, y que, con raras excepciones, han perdurado hasta nuestros días.

2. Modelos de Cortes de Casación

Si bien en todos los casos las cortes de casación controlan la legalidad de las decisiones emanadas de los jueces inferiores y uniforman la jurisprudencia,

¹⁴ Sobre la evolución del recurso de casación como instrumento y figura jurídica consúltese: ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Op. cit.*, p. 19-70.

¹⁵ CALAMANDREI. *Op. cit.*, p. 92 y ss.

¹⁶ *Ibid.* p. 117-119.

lo cierto es que, dependiendo de la modalidad con que se desarrollen esas dos funciones, los efectos serán diferentes, dependiendo de la mayor o menor acentuación que se dé a cada una de ellas. A partir de ello Taruffo distingue dos modalidades de cortes de casación: la de “tercera instancia” y la de “Corte Suprema”.¹⁷

En la primera modalidad se concibe a las cortes de casación como el tercer grado del sistema de las impugnaciones, mientras que, en la segunda, se les visualiza como vértices de la jurisdicción y último garante de la legalidad. La modalidad de tercera instancia comienza a dibujarse a partir de que las cortes de casación, según su concepción tradicional, pierden sus características originales y se sitúan en el vértice del sistema de impugnaciones, mientras que la modalidad de Corte Suprema tiene su origen en el primitivo *Tribunal de Cassation* y se describe claramente en la teorización de Calamandrei.

Ahora bien, esas dos modalidades de cortes de casación se encuentran presentes, en mayor o menor medida, en los tres modelos tradicionales o principales de cortes supremas: norteamericano (énfasis en uniformar la jurisprudencia), alemán (énfasis en el control de legalidad, pero confiriéndole mucha importancia a la uniformidad de la jurisprudencia) y franco-italiano (énfasis en el control de legalidad o nomofilaxis pura), siendo el primero y el último los dos modelos extremos, mientras que el segundo se presenta como ecléctico. Veamos porqué:

A. *Modelo Norteamericano*

El aspecto más relevante de este modelo tiene que ver con que, en la formulación de sus decisiones, la Corte Suprema de los Estados Unidos no se limita a controlar si la decisión impugnada contiene errores de derecho sustanciales o procesales, sino que –aunque sea decidiendo sobre el caso individual– se orienta hacia aquello que podría definirse como la legalidad futura, o sea, la definición de la correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de juicio en casos sucesivos en que las mismas normas podrían ser relevantes para la decisión. De esta forma, la doctrina del *stare decisis et quia non movere* –que significa “adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas”¹⁸– se constituye en la esencia misma del sistema jurídico imperante en aquel país.

Ahora bien, esta prevalencia por asegurar la uniformidad de la jurisprudencia por sobre el control de legalidad se puede comprobar en el poder que tiene la Corte para escoger los casos a decidir. Para estos efectos, utiliza el denomi-

¹⁷ TARUFFO, Michele. Op. cit. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*. p. 222-224.

¹⁸ Black's Law Dictionary, West, St. Paul, Minn., 1990, sexta edición, s. v. “stare decisis”.

nado *certiorari* con plena e ilimitada discrecionalidad, estableciendo cuáles son los casos que se entienden merecedores de consideración y decisión, sin que sea necesaria motivación alguna de su parte. Con todo, si se repara en el estudio cuidadoso de los casos en que la Corte “decide decidir” se puede comprobar que se trata de asuntos en los que: a) la Corte considera necesario establecer cuál es la solución correcta de una cuestión de derecho novedosa, para evitar incertidumbres y opiniones divergentes; b) la Corte considera necesario resolver un conflicto de jurisprudencia surgido en las cortes inferiores; y c) la Corte pretende superar y dejar de lado un viejo precedente, que por razones varias aparece inadecuado y debe, por tanto, dejarse sin efecto, brindando una nueva solución a la misma cuestión de derecho (buenos ejemplos de ello son: *Roe vs. Wade* en materia de aborto, *Obergefell v. Hodges* sobre matrimonio igualitario, o *Brown v. Board of Education* que declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas).

Además, el número limitado de decisiones que esa Corte emite al año es una clara señal de que, su fin primordial es asegurar la uniformidad de la jurisprudencia y no tanto el control de legalidad de las decisiones de las cortes inferiores. En efecto, si paramos mientes en que la Corte Suprema de los Estados Unidos resuelve 60-70 casos con 9 jueces en un país de aproximadamente 325.719.178 habitantes, es claro que, comparado con las 1.399 resoluciones emitidas por la Sala Primera durante el año 2017, para un país de 4.906.000 habitantes, aquella cantidad es realmente insignificante.¹⁹

B. Modelo Alemán

El modelo alemán muestra la evolución de una corte suprema de tipo continental, originariamente orientada a desarrollar en esencia un control de legalidad –respecto del cual podía configurarse como secundaria la función de unificación de la jurisprudencia–, hacia una concepción de una corte suprema orientada hacia el precedente, es decir, orientada a desarrollar principalmente una función de unificación de la jurisprudencia, pero sin dejar de resolver el mérito de la controversia.

La característica principal del modelo alemán consiste en el hecho de que la Corte de Revisión (*Revisionsgericht*) dispone de un amplio poder discrecional para seleccionar los recursos que considera que debe decidir.

¹⁹ Se sigue, para la descripción de los tres modelos a TARUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas*. Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados - XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Traducción a cargo de Eduardo Oteiza y Francisco Verbic). *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni* 2008-II, p. 1-4.

De esta forma, el acceso a la Corte es admitido sólo cuando el caso conlleva una cuestión de derecho de fundamental importancia, o cuando una decisión de su parte sea necesaria para la evolución del derecho, o bien, para generar una jurisprudencia uniforme.

La existencia de estos requisitos es evaluada ante todo por la Corte de Apelación que pronunció la sentencia que se desea impugnar. Si el resultado de tal evaluación es positivo, ello es vinculante para la Corte de Revisión que, por tanto, debe dar curso a la impugnación y decidir sobre ésta. Si, en cambio, la Corte de Apelación deniega la autorización porque considera que no concurren las condiciones para una decisión de la Corte de Revisión, entonces las partes pueden solicitar a ésta última la autorización para presentar la impugnación.²⁰

C. *Modelo Franco-Italiano*

El modelo francés, seguido en otros ordenamientos y en particular en Italia, gira en torno de la Corte de Casación. Como es bien conocido, se trata de un modelo de corte suprema que ejercita típicamente una función de control de legalidad que, en principio, no se expide sobre el mérito de la causa y remite la decisión, cuando anula la sentencia impugnada, a otro juez inferior.²¹

Ahora, si comparamos este modelo con el norteamericano y alemán, se pueden realizar observaciones interesantes. La primera es que, tanto la *Cour de Cassation* francesa como la *Corte di Cassazione* italiana, se encuentran desde hace ya mucho tiempo frente a una cantidad excesiva de recursos, y, por lo tanto, con la necesidad de pronunciar un número muy elevado de sentencias al año; aproximadamente 20.000 la primera y 50.000 la segunda. Así, para poder sacar adelante tan titánica labor, los magistrados miembros de la *Cour de Cassation* son casi 200, mientras que, en el caso de la *Corte di Cassazione*, son cerca de 500. Si comparamos a esas dos cortes con nuestra Sala Primera, que resolvió 1.399 casos en el año 2017 con tan solo 5 magistrados, tenemos que, en nuestro caso, cada magistrado resuelve 279,8 casos al año, mientras que cada magistrado, tanto de la *Cour de Cassation* como de la *Corte di Cassazione*, resuelve 100 casos al año.

Se mantiene fuera de duda que ambas cortes de casación desarrollan una función de control de legalidad. Sin embargo, en virtud de la elevada cantidad de recursos que deben resolver al año, la realidad es que ese control se efectúa sólo sobre el caso particular y concreto que fue objeto del recurso, y solamente sobre las cuestiones específicas que surgieron de ese caso. De suerte que, ambas cortes se reducen a desarrollar una función esencialmente “privatista”, en cuanto responden a la exigencia de las partes privadas de la controversia parti-

²⁰ *Ibid.* págs. 4-5.

²¹ *Cfr.*: HUALDE LÓPEZ, Hibon, *Op. cit.*

cular de encontrar una solución final a la cuestión planteada, pero sin que ninguna de las dos desarrollen la función “publicista”, sea la resolución de las cuestiones de interpretación y aplicación del derecho con una eficacia de carácter general, más allá del interés individual de las partes, con el fin de influenciar la evolución del derecho incidiendo sobre las decisiones de los casos sucesivos.²²

3. *El Recurso de Casación Contencioso-Administrativo*

A. *Su tradicional falta de regulación*

La regulación específica de la casación en el proceso contencioso administrativo no ha sido la norma; ni en el Derecho comparado, ni en el Derecho patrio.

Efectivamente, uno de los pocos ejemplos de regulación específica de la casación en materia contencioso-administrativa en el Derecho comparado es Alemania, país en el que el recurso se somete al Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo ubicado en Leipzig y solo se admiten dos motivos por los cuales se puede fundar: la infracción del derecho federal y la infracción de un precepto de una ley estatal de procedimiento administrativo cuya redacción sea idéntica a la del correspondiente precepto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.²³ Consecuentemente, salvo la excepción apuntada, se excluye la violación de una norma del Derecho infra federal como motivo de casación. Con ello, es claro que lo que se pretende es garantizar la unidad e igualdad en la aplicación e interpretación del derecho que rige en todo el ámbito territorial de la Federación, haya emanado o no de alguno de un órgano federal.²⁴

También en España, la Ley Orgánica 7/2015, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula de manera específica el recurso de casación contencioso-administrativo.²⁵ Dicha reforma conlleva tres cambios fundamentales: i) se ampliaron los asuntos que pueden llegar al Tribunal Supremo; ii) el recur-

²² *Ibid.*, p. 6-8.

²³ También se prevé la posibilidad de que el legislador estatal ordene la revisabilidad en casación federal de normas de su propio ordenamiento.

²⁴ BACIGALUPO, Mariano. *Casación y Estado Compuesto: El Derecho Sustantivo Revisable en Casación Contencioso-administrativa en el Estado Federal Alemán y en el Estado Autónomo Español*. Boletín de la Facultad de Derecho UNED, núms. 8-9, 1995, p. 301 y 303.

²⁵ Para un análisis extenso del nuevo recurso de casación contencioso en España véase: NÚÑEZ JIMÉNEZ, José Manuel y PÉREZ GARCÍA, Manuel Luis. *Estudio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2017.

so se admite cuando la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo considere que existe “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia” en el caso en cuestión, con lo cual se supera la antigua concepción que se tenía del recurso de casación como instrumento primariamente enfocado a la satisfacción de intereses y derechos subjetivos concretos, al margen de su trascendencia social; y iii) el recurso solo conoce de cuestiones jurídicas, sin entrar a examinar los hechos y la valoración de la prueba.²⁶

En el Derecho patrio, por su parte, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa remitía a la legislación procesal civil en todo lo relacionado a recursos, salvo las especiales referencias a la casación por la forma contra la sentencia que declaraba la inadmisibilidad, la casación en procesos especiales y la casación cuando se declaraba la caducidad del proceso. Explicaba sobre el particular el redactor del proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Dr. Gonzalo Retana Sandí:

Puede mantenerse la situación actual y dejar que, hasta donde sea posible, la materia se rija por la legislación civil, lo que, por un lado, hace menos extensa la ley de lo contencioso-administrativo, y, por el otro, favorece a los abogados y partes, al mantener un régimen único al respecto...

Debe, sí, incluirse un capítulo sobre los medios de impugnación; establecer que se reconocen los de la ley civil y remitirse a ésta en la sustanciación y demás extremos; capítulo donde estarán contenidas, además, todas las disposiciones específicas que sean necesarias...²⁷.

A mayor abundamiento, también entendió alguna doctrina que la casación contenciosa –tal cual estaba prevista en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa– tenía algunas particularidades derivadas de su misma naturaleza tales como: i) la necesaria mutación de la falta de emplazamiento o notificación defectuosa de las partes e intervinientes principales como causal para la casación, ii) la inaplicación de la causal correspondiente a la incompetencia territorial y iii) la interpretación ampliativa de lo que debía entenderse como violación de leyes por aplicación del numeral 7 de la Ley General de la Administración Pública entre otras.²⁸

²⁶ CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*. 29 de octubre de 2015. Recuperado de <https://elderecho.com/el-nuevo-recurso-de-casacion-contencioso-administrativo>.

²⁷ RETANA SANDÍ, Gonzalo. *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Costa Rica y su reforma*. En *Revista del Colegio de Abogados*, Tomo XXI, Número 12, Julio 1966, San José, Costa Rica, p. 214.

²⁸ GONZÁLEZ BALLAR, Rafael y HINES CÉSPEDES, César. *Reflexiones para el Recurso de Casación en el proceso contencioso administrativo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2006, p. 146-175.

No obstante, esas particularidades, en lo sustancial, la casación contenciosa adolecía de las mismas falencias que su homóloga civil, siendo la queja más recurrente de los litigantes su excesivo formalismo.²⁹ En efecto, a escasos meses de haber empezado a regir el Código de Procedimientos Civil de 1888 se interpuso por primera vez en la historia forense patria, un recurso de casación. Se trataba del caso Zamora vs. Villalobos que fue rechazado *ad-portas* por la Sala de Casación el 1º de abril de 1888. Consecuentemente, el formalismo y el temor perenne de los litigantes a un rechazo *ad-portas* siempre han sido sombra del recurso de casación, tanto así que incluso se volvió popular entre los abogados la creencia de que, para tener éxito en la vida era necesario tener un hijo, escribir un libro y ganar un recurso de casación. Pues bien, ese mismo formalismo fue trasladado a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que generaba denegación de justicia, algo ciertamente inconcebible en el campo del Derecho administrativo en el que lo primordial es la satisfacción del interés público, pero sin quebrantar los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los justiciables.³⁰

B. Incidencia de la transformación del Contencioso Objetivo o meramente revisor al Contencioso Subjetivo, Plenario y Universal

Desde que, a inicios de 1988, Jérôme Chapuisat advirtió que el contencioso administrativo estaba enfermo³¹, esa jurisdicción emprendió un acelerado viaje hacia su cambio de paradigma.³²

²⁹ Como explica VOLIO GONZÁLEZ, Marcelo. “Técnica del nuevo recurso de casación en materia civil”. *Revista El Foro*, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, febrero de 2019, N°18, p. 110-129: “En nuestro país, desde el Código de Carrillo de 1842 los recursos extraordinarios, el de casación por antonomasia, han estado provistos requerimientos formales y técnicos cuya inobservancia ha traído aparejado su rechazo, muchas veces de plano. El rechazo de plano por incumplirse la técnica correspondiente ha envuelto a estos recursos en una especie de aura mística, que ha hecho que se conciban como una labor excepcional al proceso y que muchos abogados prefieran no aventurarse en sus territorios.”

³⁰ MASÍS ALVARADO, Maureen y AVILÉS GARCÍA, Henry Mauricio. *Op. cit.*, p. 165.

³¹ Jefe de redacción de la revista *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*. Editorial del número 2 de 20 de febrero de 1988.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia Una Nueva Justicia Administrativa*. Segunda Edición Ampliada. Editorial Civitas, S.A. 1992. Nos dice el autor: “En un libro que ha pasado a ser un clásico en la epistemología de las ciencias, el físico americano Thomas S. KUHN ha establecido cuál es la estructura de las revoluciones científicas. Todas las ciencias reposan sobre un «paradigma» o un conjunto de ellos, que juegan el papel de una ley básica que va siendo constantemente ajustada y precisada. En el cul-

En efecto, muchos códigos procesales administrativos aprobados o reformados durante los últimos veinticinco años han reconocido a la jurisdicción contencioso administrativa facultades renovadas, que puede ejercer incluso al margen de las pretensiones de las partes, para adoptar medidas cautelares, dictarle órdenes a las Administraciones públicas, valorar sus motivaciones y sustituirlas, matizar el alcance de las declaraciones de nulidad, imponer condicionamientos a los actos administrativos, etc. Nunca los jueces contenciosos administrativos habían tenido poderes más amplios para evaluar, corregir e incluso sustituir las decisiones administrativas, ni facultades más completas para hacer ejecutar sus resoluciones.³³

Y es que, gran parte de la historia del Derecho administrativo ha discurrido por la nunca acabada tensión del control de la Administración pública y los poderes del juez contencioso administrativo. Así, en Francia, quien primero planteó la cuestión de los poderes del juez fue Édouard Lafferrière³⁴, categorizando los recursos administrativos disponibles para el justiciable en función de los poderes del juez y distinguiendo así entre el “contencioso de plena jurisdicción” y el “contencioso de anulación” o “por exceso de poder”. En el primero de estos, aplicable a casos relacionados con los contratos y la responsabilidad extracontractual de la Administración³⁵, el juez contencioso administrativo resolvía controversias entre la Administración y los demandantes como lo harían los tribunales ordinarios; mientras que, en el segundo, los poderes de los jueces

tivo común de esos paradigmas centrales se alimenta lo que es una verdadera «comunidad científica», sin la cual no hay ciencia y que en su seno dialoga, polemiza, se critica, pero siempre desde la perspectiva de esos paradigmas básicos que en conjunto hace avanzar en su despliegue, constantemente ajustado. Esos paradigmas dan respuesta aparentemente duradera a un grupo de problemas mayores, sin perjuicio de que en la interpretación del paradigma o en su racionalización completa los científicos puedan discrepar. Estos paradigmas, que no pueden reducirse a una interpretación unívoca, pero que presiden todas las que se ofrecen, dirigen el desarrollo acumulativo de una ciencia. Los «descubrimientos científicos», que constituyen el camino de ese desarrollo normal, se suceden dentro de ese cuadro. El progreso de una ciencia continúa de esa forma hasta que la invención de nuevas teorías, con objeto de explicar nuevos hechos o nuevas experiencias, implican ya un cambio de paradigma, el abandono radical de los viejos supuestos y la introducción correlativa de nuevos paradigmas que desplazan a los antiguos. Cuando esto ocurre, se ha producido una «revolución científica».”

³³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Los Poderes de Oficio del Juez Administrativo*. Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anales, Segunda Época, Año LVII - Número 50, 2012.

³⁴ LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. II vols. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1989.

³⁵ MODERNE, Frank. *La justicia administrativa en Francia (II). Proceso, técnicas de control, ejecución de sentencias*. En: Barnes Vásquez, Javier (Coordinador). *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Editorial Civitas, Madrid, 1993.

se limitaban a la anulación de los actos ilegales de la Administración. Con este último se consolidaría la idea del contencioso como un “proceso al acto” o “revisor”, cuyo único objeto era declarar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, sin importar la satisfacción de la tutela jurídica solicitada por el justiciable³⁶. Como bien señala Benvenuti: “La jurisdicción contencioso-administrativa se crea, pues, para defender o salvaguardar a la Administración de sí misma, asegurando que sometiese toda su actuación a la ley”.³⁷

Esta clasificación luego sería enriquecida por las obras de Léon Duguit³⁸ y Marcel Waline³⁹, que propugnarían por distinguir entre un “contencioso objetivo” y un “contencioso subjetivo”. La separación de uno y otro estaba basada –de nuevo– en las pretensiones que se sostenían ante el juez; de suerte que, objetivo era el recurso si lo que se planteaba era una cuestión de conformidad de un acto administrativo con la legalidad, y subjetivo si las pretensiones del recurrente se referían al reconocimiento de un derecho.

Con fundamento en esa distinción, la jurisprudencia fue perfilando los poderes del juez de modo mucho más restrictivo en un tipo de recurso que en el otro. En el recurso por exceso de poder, al tratarse de un “proceso al acto” y por tanto de carácter objetivo y revisor, las pretensiones que podían ejercerse iban dirigidas únicamente a la declaración de ilegalidad de un acto, mas no al reconocimiento de derecho subjetivo alguno del reclamante frente a la Administración. Esta peculiar posición del demandante en el recurso por exceso de poder llevó a Hauriou a afirmar que este jugaba el mismo papel que “el Ministerio Público persiguiendo la represión de una infracción”⁴⁰ y a Laferrière a señalar que, realmente, no había partes en este proceso “en el sentido jurídico de la palabra”⁴¹. Ello así, el papel del juez concluía con la estimación o no de la reclamación, sin otros poderes adicionales.

³⁶ Véase de Rivero, Jean: *El hurón en el palacio real o reflexiones ingenuas sobre el recurso de exceso de poder; El juez administrativo: ¿guardián de la legalidad administrativa o guardián administrativo de la legalidad?*; así como también *Nuevos comentarios ingenuos de un hurón sobre el contencioso administrativo*. Todos los anteriores pueden encontrarse compilados en el libro: *Páginas de Derecho Administrativo*. Editorial Temis, Universidad del Rosario, Maestría en Derecho Administrativo. Santa fé de Bogotá, 2002.

³⁷ BENVENUTI, Feliciano. *Giustizia amministrativa*, en Enciclopedia del Diritto, tomo XIX. Giuffrè Editore, Milán, 1970.

³⁸ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del Derecho público y privado*. Editorial Comares, 2008.

³⁹ WALINE, Marcel. *Droit administratif*. Paris, 9ª edición, 1963.

⁴⁰ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Société du Recueil, Paris, 1907.

⁴¹ LAFERRIÈRE, *op. cit.*

De otra parte, el recurso de plena jurisdicción constituía un claro ejemplo de un contencioso de carácter subjetivo, donde el juez podía sustituir las decisiones de la Administración por las suyas propias, atendiendo, cuando procediera, las pretensiones del demandante.

En los últimos años del Siglo XX, sin embargo, la transformación del contencioso de plena jurisdicción ha contribuido a ampliar el poder del juez contencioso administrativo. Pero fue quizás el sistema contencioso administrativo alemán surgido a partir de 1945 el que, con el claro propósito de evitar la comisión de abusos como los sufridos durante el *III Reich*, establecería un sistema de tutela plenaria, basado en un modelo de corte subjetivo, en el cual el administrado tenía a su disposición todo tipo de pretensiones destinadas a combatir tanto las actuaciones jurídicas o materiales, como las omisiones de la Administración pública.⁴² Al efecto resultan categóricas las palabras de Bullinger, quien refiriéndose al sistema contencioso administrativo alemán en comparación con el francés diría: “El legislador...deberá decidir si, tras un proceso de transición hacia el Estado democrático de Derecho...desea avanzar, precisamente como lo hizo Alemania, hacia el “Estado de Derecho perfecto”, o si, por el contrario, desea detenerse en el tradicional “standard”, tal y como lo representa el contencioso francés”.⁴³

Ya luego, importantes leyes dictadas en el último cuarto de siglo han venido a ampliar las potestades del juez contencioso francés, tanto para hacer efectiva la ejecución de sus sentencias, como para dictar medidas cautelares, adicionándose a sus ya tradicionales *sursis à exécution*, y *référé administratifs*, recursos con efecto suspensivo inmediato, *constat d'urgence*, además de los más recientes *référé expertise*, y *référé provision*, que han logrado ir adaptando al desarrollo actual, la enmohecida técnica del proceso al acto o revisor.⁴⁴

⁴² HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Jurista Editores, Lima, 2006.

⁴³ BULLINGER, Martin. Catedrático de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania, en el prólogo a la obra de Santiago González-Varas Ibañez: *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Editorial Civitas – Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁴⁴ Las reformas se realizaron conforme con las siguientes leyes:

Ley de 31 de diciembre de 1987: Se introdujeron reformas sobre la organización administrativa de la justicia administrativa, con la creación de los Tribunales Administrativos de Apelación y con la asignación de un rol estrictamente casacional (salvo excepciones) al Consejo de Estado.

Decreto de 2 de setiembre de 1988: Se introduce un novedoso elenco de medidas cautelares positivas u órdenes provisionales: a) *referé expertise*: para acordar cualquier medida útil de estimación pericial, de instrucción, o de comprobación al interior del proceso; b) *referé provision*: anticipación de tutela sobre el fondo que permite evitar

Agréguese a ello el reciente alud de reformas procesales sucedidas en los países tributarios del *Droit administratif* que han acogido el sistema predominantemente subjetivo de justicia administrativa, entre otros:

- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España (1998);
- Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Nicaragua (2000);
- Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú (2001);
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Ecuador (2001);
- Código de Proceso de los Tribunales Administrativos de Portugal (2002);
- Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica (2006);
- Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la República Bolivariana de Venezuela (2010); y
- Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de El Salvador (2018).

Evidentemente, entonces, las recientes transformaciones de la justicia contencioso-administrativa dan el triunfo final al recurso subjetivo, aunque sin mengua del objetivo que aún mantiene vigencia. Ciertamente, el interés por la legalidad se mantiene, pero se sitúa en un segundo plano. La anulación de los actos ilegales resulta de la necesidad de eliminar obstáculos a la plenitud de los derechos individuales, más que a la simple salvaguarda de la legalidad; los demandantes defienden sus posiciones jurídicas individuales y sólo secundariamente reclaman contra las violaciones de la legalidad.

que la Administración trate de dilatar, mediante un largo proceso, el pago de deudas líquidas o ilíquidas; c) medida cautelar genérica.

Decreto de misma fecha: se establecen una serie de medidas relativas a agilizar y efectuar una compulsión definitiva a las Administraciones reueltas a cumplir con los mandatos establecidos por los tribunales administrativos.

Decretos 90-400 y 90-416, ambos de 1989: se reformó el sistema de ejecución de sentencias, otorgándose un poder implícito condenatorio a los jueces.

Ley de 8 de febrero de 1995: se confiere potestades a los jueces de lo contencioso administrativo para el dictado de *injonctions* (condenas de hacer y no hacer a la Administración).

Ley de 30 de junio de 2000: se refuerza el régimen de medidas cautelares, posibilitando el acogimiento de la suspensión precautoria del acto administrativo (*sursis a execution*) por un solo juez y ya no por un colegio de jueces.

Code de la Justice Administratif de 1 de enero de 2001: constituye una suerte de compilación o codificación del Derecho vigente aplicable a los procesos contenciosos administrativos.

Sin descuidar el respeto a la legalidad formal, en el Estado contemporáneo la Administración pública debe ajustar sus actos a una legalidad sustancial y no tanto formal. Más que un Estado-Reloj, en el cual lo único importante era que el aparato administrativo funcionase mecánicamente, ahora se abre paso una nueva y más moderna representación del Estado en el que, amén de la legalidad formal, también el costo de las decisiones estatales y el efectivo logro de las metas y objetivos trazados es también jurídicamente relevante; ha nacido el Estado-Empresa⁴⁵, que constitucionalmente exige rendimiento de cuentas, participación activa del ciudadano y por tanto una jurisdicción contencioso administrativa predominantemente subjetiva, plenaria y universal⁴⁶ que le permita a los justiciables ejercer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pareciera entonces –dice Muñoz Machado–, que el poder del juez contencioso administrativo, para salvaguardar el interés general, se concreta ahora en la defensa preeminente de los derechos individuales⁴⁷.

A mayor abundamiento, a partir de la conjunción de los movimientos de internacionalización de los derechos humanos y de la democracia se ha derivado un importante cambio en el Derecho administrativo, pues de un sistema centrado principalmente en el Estado se ha pasado a uno centrado en el ciudadano y los derechos humanos. De esta forma, ha sido lugar común en todos los ordenamientos jurídicos tributarios de la cultura del *Droit Administratif* la modificación de la teoría general de las situaciones subjetivas de los administrados.⁴⁸ En este sentido, se concibe actualmente que todo ciudadano, por el simple hecho de serlo, es titular de derechos humanos frente a la Administración.⁴⁹ Al decir de García de Enterría: “el administrado no es en el sistema jurídico actual un mero objeto del derecho administrativo, ni tampoco un término de referencia de simples posiciones pasivas (obediencia, deberes, obligaciones), que era co-

⁴⁵ GIACCHETTI, Salvatore. *Morte e Trasfigurazione del Diritto Amministrativo*. En la obra “*Evoluzione della Giustizia Amministrativa (Integrazione Europea e Prospettive di Riforma)* – Atti del Convengo, Lecce, 21-22 noviembre 1997. Giuffrè Editore, Milán, 1998.

⁴⁶ JINESTA LOBO, Ernesto. *La nueva justicia administrativa en Costa Rica*. Revista de Administración Pública, núm. 179, Madrid, mayo-agosto 2009.

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*

⁴⁸ Sobre este tema consúltense: JIMÉNEZ MEZA, Manrique. *La legitimación administrativa*. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 1998. ORTIZ ORTIZ, Eduardo. “Situaciones jurídicas administrativas”. *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 18, diciembre 1971 y del mismo autor Interés legítimo, derecho subjetivos y reforma al contencioso administrativo. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 2, noviembre 1963.

⁴⁹ Cfr.: HERNÁNDEZ G., José Ignacio. *Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho administrativo*. En la obra colectiva: *La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., 2014, p. 53-76.

mo la teoría jurídica del absolutismo, poniendo siempre en primer término la eminencia del bien general sobre el bien particular o privado, consideraba su posición subjetiva ante el derecho público. Por el contrario, el administrado, sin perjuicio de resultar, en efecto, destinatario de situaciones jurídicas pasivas, es a la vez, como subrayó enérgicamente el pensamiento revolucionario, titular de situaciones jurídicas activas frente a la administración.”⁵⁰

C. Particularidades del Recurso De Casación Contencioso-Administrativo Costarricense

Toda esa metamorfosis que se ha descrito anteriormente ha tenido hondas repercusiones en la finalidad que ahora tiene, no sólo el proceso contencioso-administrativo costarricense de manera general, sino también su recurso de casación de manera especial. Así, pues, mientras que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estaba diseñada al servicio exclusivo de la legalidad⁵¹, con el Código Procesal Contencioso Administrativo actualmente vigente el ser humano es el centro y eje del proceso, lo que implica que su finalidad primaria es la protección jurídica de los derechos e intereses de toda persona y, por ende, del *ius litigatoris*.⁵²

En este sentido, ha puesto de manifiesto Jinesta Lobo que: “Para actuar el principio de la revisión universal o plenaria de la conducta administrativa, en garantía de los administrados, evitando reductos exentos, se precisa de un recurso de casación completamente flexible, simple y antiformalista...”.⁵³ De ello da cuenta Jiménez Meza, quien explica que “cuando estábamos en la redacción de la propuesta legal, utilizamos un simple procedimiento de reforma a través del método de interpretación negativo desde la base de un texto procesal algo anquilosado, a fin de disponer en el nuevo cuerpo legal lo contrario a lo dispuesto en el CPC para el recurso de casación, en todo aquello que contradijera la flexibilidad, la soltura interpretativa y creativa del Derecho escrito y no escri-

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Sobre los derechos públicos subjetivos*. Revista Española de Derecho Administrativo, Número VI, Madrid, 1975, p. 427-448.

⁵¹ SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. “Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta”. *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, setiembre-diciembre (2012), p. 203-243.

⁵² GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar Eduardo. *Op. cit.*, p. 519.

⁵³ JINESTA LOBO, Ernesto. *Perspectiva Constitucional de la Casación Contencioso-Administrativa*. En *El recurso de casación (en materia contencioso-administrativa, penal, civil, agrario y familia)* –coord. Sergio Artavia y Xiomara Hidalgo-, Memorias II Congreso de Derecho Procesal, Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2014, pp. 51-62.

to...”.⁵⁴ Esos fines en efecto se han logrado por medio del Código Procesal Contencioso Administrativo, entre otras por las razones siguientes:

- Se superó la distinción clásica entre vicios *in iudicando* e *in procedendo*⁵⁵, sustituyéndose por un parámetro patológico amplio y prominente que da entrada al recurso de casación en todos aquellos casos en que la sentencia sea “contraria al ordenamiento jurídico.”⁵⁶
- El recurso se interpone directamente ante el respectivo juez de casación.
- En cuanto a formalidades o requisitos del recurso de casación, únicamente se requiere indicar, de manera clara y precisa, los motivos del recurso, con la fundamentación fáctica y jurídica del caso.
- Se prevé la posibilidad de que, si el juez de casación, antes de dictar sentencia, estima que el recurso de casación o la infracción aducida, pueden no haber sido apreciados debidamente por las partes, por existir en apariencia otros fundamentos jurídicos para sustentar las pretensiones casacionales, los someta a aquellas, en forma clara y precisa, mediante resolución, advirtiendo que no prejuzga el caso y concediendo 5 días hábiles de audiencia para que formulen las alegaciones escritas que estimen oportunas.
- De igual manera, resulta trascendental la inclusión, vía artículo 138, inciso d), de la violación de las normas o los principios del Derecho constitucional, entre otros, razonabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad, como motivo de casación.

Pero quizás sea la finalidad subjetiva que ahora ostenta la casación contenciosa la mutación más trascendental que este instituto ha sufrido. Así, como se dijo, a partir de la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativo, es la tutela de los derechos e intereses debatidos lo más importante, pero sin mengua de su función nomofiláctica y uniformadora. De suerte que, si antes esos derechos e intereses se tutelaban como efecto reflejo de la protección de la ley, hoy se han colocado en un primer plano.

⁵⁴ JIMÉNEZ MEZA, Manrique. *Derecho Constitucional y Administrativo*. San José, Corporación Jime, 2020, p. 317.

⁵⁵ Sobre esta distinción y las modalidades de casación en general véase: ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Op. cit.* p. 407-605.

⁵⁶ Resulta esclarecedor lo que al respecto señaló el co-redactor Dr. Aldo Milano Sánchez en el Acta N° 30 de 22 de junio de 2005: “Esa moda de cláusula residual, es decir, si queremos ampliar los motivos de casación pues tiene que haber una válvula de escape en el sentido, de una especie de esponja jurídica que recoja todos aquellos supuestos que no están expresamente normados.”

Por tanto, actualmente debe calificarse la casación contenciosa como mixta o ecléctica, en el tanto cumple una finalidad trifásica, a saber: la nomofilaxis, la uniformidad de la jurisprudencia y la justicia del caso, mediante la tutela efectiva de los derechos e intereses discutidos en la contienda.⁵⁷

D. El caso Costarricense en la práctica

Costa Rica hizo un gran esfuerzo y producto de ello tiene hoy un Código Procesal Contencioso Administrativo de avanzada, dentro del cual se regula un recurso de casación *sui generis* y muy innovador. Sin embargo, nada habríamos logrado si, aprobado y en plena vigencia dicho Código, la jurisprudencia se hubiese mantenido aferrada al lastre del formalismo riguroso, en detrimento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a la impronta humanista y al control universal de la Administración que se quiso conscientemente inculcar.

Un análisis de la demanda que ha tenido el recurso de casación a partir de la entrada en vigencia del referido Código da cuenta clara de las bondades que ha tenido la reforma procesal en materia contencioso-administrativa. En efecto, ya desde el primer año de vigencia de la nueva normativa el volumen de ingreso tan solo a la Sala Primera (sin contar el Tribunal de Casación) aumentó significativamente. Así, mientras que en el 2007 la materia contenciosa ocupaba el segundo lugar de entradas con el 23% del total, en el 2008 pasó a ocupar un 43% y en el 2009 un 57%.

Esa tendencia al alza de los asuntos ingresados se ha mantenido durante todos estos años, siendo el 2015 el que más entradas de recursos de casación en materia contenciosa administrativa reportó con 880 y el año 2013 ocupando un segundo lugar con 874, lo que representa un 61.2% y un 60.4% respectivamente del total de recursos presentados ante la Sala Primera durante el respectivo año. Así, mientras que el peso relativo de los asuntos civiles y contenciosos en el 2007 era de 58% y 23% respectivamente, para el 2015, que ha sido el año de mayor cantidad de recursos de casación contenciosos presentados, esos porcentajes se habían invertido, siendo el peso relativo de los asuntos civiles de 20.9%, en contraste con un 61.2% de asuntos contenciosos-administrativos.⁵⁸

La siguiente cita del Programa Estado de la Nación retrata de manera inmejorable el cambio radical ocurrido en la demanda de la casación contenciosa con la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativo:

⁵⁷ GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 519-520.

⁵⁸ Consúltese Informe estadístico de la Sala Primera – 2017. Recuperado de https://salaprimera.poder-judicial.go.cr/phocadownload/Informes_Planificacion/854-PLA-2018.pdf

“1) En el año 2007 la Sala reportó una entrada de 153 expedientes en materia contencioso-administrativa y en el 2008, cuando entró a regir el nuevo Código Procesal, recibió más del doble (346), cantidad que nuevamente creció en más de un 100% en el siguiente año (685), siendo el volumen registrado en el 2009 muy similar al que reportó en el 2017 (668). En el 2015 ingresó el mayor número de asuntos (880) y ha disminuido en unos 100 expedientes, tanto en el 2016 como en el 2017.”⁵⁹

En lo que a la jurisprudencia emanada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia corresponde, también han variado radicalmente sus criterios de admisibilidad en comparación con los que aplicaba durante la vigencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En este sentido, mientras que otrora se requería, tanto en la violación indirecta (errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba), como en la directa, que si se alegaba aplicación indebida de normas, igualmente había que alegar como violadas las normas que se habían dejado de aplicar (falta de aplicación)⁶⁰, hoy resulta innecesario citar las normas que equivocadamente utilizó y mencionó el órgano jurisdiccional de instancia para emitir y razonar su decisión, bastando a tal efecto con explicar las razones en las cuales se sustenta la gestión, combatiendo los argumentos de derecho de la sentencia recurrida y consignando, al menos, alguna referencia normativa que le dé sustento.⁶¹

Ello así, de conformidad con el criterio formal de la Sala Primera, bajo el imperio del Código Procesal Contencioso Administrativo los requisitos de admisibilidad del recurso de casación son únicamente los siguientes:

- Presentar el recurso directamente ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- Dentro del plazo máximo de 15 días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de notificadas todas las partes.
- Identificación de: a) el tipo de proceso; b) el nombre completo de las partes; c) la firma del recurrente o recurrentes autenticada por abogado; d) hora y fecha de la resolución recurrida; e) número de expediente en la cual fue dictada y f) lugar dentro del perímetro para recibir notificaciones.
- Motivación fáctica y jurídica clara y precisa del recurso, para lo cual basta una argumentación técnico-jurídica en la que se mencionen una serie de artículos, o reglas jurídicas entrelazadas o concatenadas entre sí y vinculadas razonablemente en una doble perspectiva: con los argumentos del recurso y con la sentencia que se ataca. En la medida en que se cite un conjunto de normas ju-

⁵⁹ SOLANA RIO, Emilio. “Análisis y estadísticas en materias Contencioso Administrativa, Laboral y Penal relacionadas con sus respectivas reformas procesales”. En *Programa Estado de la Nación*, San José, Costa Rica: noviembre, 2018.

⁶⁰ Resolución N° 000646-F-2001.

⁶¹ Resolución N° 318-A-2008.

rídicas (o si es del caso, una sola de ellas), atinente y vinculada de manera clara con la sentencia combatida (ya sea en el sustento de hecho o derecho) y los argumentos del recurso, hay fundamentación jurídica.⁶²

Con todo, de conformidad con los datos del último quinquenio, resulta que, durante el 2013 se dictaron 298 votos de fondo, pero 507 de rechazo de plano; en el 2014: 222 votos de fondo y 428 rechazos de plano; en el 2015: 324 votos de fondo y 359 rechazos de plano; en el 2016: 324 votos de fondo y 334 rechazos de plano; y en el 2017: 310 votos de fondo y 352 rechazos de plano. Ciertamente, estos datos no se encuentran desagregados por materia, pero dado que, en el último quinquenio, los asuntos contenciosos administrativos terminados anualmente en la Sala Primera han representado un 69,24% en promedio, es razonable pensar que los porcentajes antes señalados representan con veracidad los datos de la casación contenciosa.⁶³

En cuanto a la efectividad de la tutela judicial, merece la pena analizar cuál es la composición de las resoluciones que emite la Sala Primera para determinar si las mismas corresponden al fondo de recursos de casación, y de éstos, qué porcentaje se rechaza y qué porcentaje se declara con lugar. En este sentido, las estadísticas de la Dirección de Planificación del Poder Judicial resultan muy útiles, pues demuestran que, durante el año 2017, tan solo un 22,2% del total de resoluciones dictadas por Sala Primera corresponde a votos de fondo, mientras que el 77.8% restante corresponde a otras resoluciones dictadas que no son de fondo, como por ejemplo temas de competencia (451 asuntos) y rechazos de plano (352 asuntos). Esto quiere decir que, de las 1.399 resoluciones dictadas durante el 2017, solamente 310 fueron de fondo y, de esas 310 resoluciones, 178 resolvieron el recurso sin lugar, 79 con lugar, 32 parcialmente con lugar, en 11 ocasiones se confirma, en 4 se acoge, en 4 se anula el voto, en 1 revoca y en 1 revoca parcialmente. Valga señalar que, de esas 310 resoluciones de fondo dictadas por la Sala Primera durante el 2017, 226 correspondieron a la materia contenciosa (72,9% del total), de manera tal que, efectivamente, los datos son un espejo de la realidad de la casación contenciosa.⁶⁴

Por su parte, cuando la Sala Primera hace las veces de Tribunal de Casación, los datos son aún menos alentadores, pues durante el 2017, de 143 resoluciones dictadas, 53 correspondieron a votos de fondo y 74 a rechazos de plano. A su vez, de las 53 resoluciones de fondo, 29 declararon sin lugar el recurso de casación, 19 con lugar, y 5 parcialmente con lugar.

⁶² Resolución N° 000132-A-S1-2011.

⁶³ Durante los años 2013 a 2017, los porcentajes de casos terminados correspondientes a la materia contenciosa fueron los siguientes respectivamente: 66,4%, 73,9%, 65,7%, 67,3% y 72,9%.

⁶⁴ Informe estadístico de la Sala Primera – 2017. *Op. cit.*

Finalmente, en cuanto a la quimera de lograr que la justicia contencioso-administrativa sea más humana y menos tardía, los datos demuestran que el recurso de casación, tanto los que se tramitan en Sala Primera como aquellos en función de Tribunal de Casación, se han convertido en un verdadero cuello de botella, sobre todo si tenemos presente que, el promedio para el dictado de la sentencia de primera instancia fluctúa entre los 20 y 26 meses, con lo cual, según veremos, solamente la tramitación de la casación ante la Sala Primera duplica esa duración.⁶⁵ Así, desde la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativo la duración promedio de los votos de fondo en Sala Primera ha incrementado exponencialmente de 8 meses en el 2009 a 21 meses en el 2014, hasta llegar a 26 meses y 2 semanas en el 2017; mucho peor que en el último año de vigencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el que, el promedio de duración de un recurso de casación contencioso-administrativo tardaba 9 meses y 1 semana⁶⁶. Por su parte, la duración promedio de votos de fondo en función de Tribunal de Casación ha incrementado de 10 meses 2 semanas en el 2013 a 15 meses en el 2017. Y lo que es peor, con la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Civil, la casación civil también “parece romper, tal vez para siempre, el formalismo y abrir las compuertas de acceso a todos los abogados, expertos en el tema o no.”⁶⁷ ¿Qué podría ir peor?

A la luz de lo que viene señalado puede afirmarse que la dinámica democratizadora del proceso contencioso administrativo en general⁶⁸ y del recurso de casación en especial está, de conformidad con los datos puros y duros que arroja su práctica, en relación inversamente proporcional a la utopía de la justicia pronta y cumplida. Así, principalmente por falta de una dotación proporcional de recursos humanos y materiales a la creciente demanda de la casación en el proceso contencioso, la ilusión de tener una justicia contenciosa administrativa pronta y cumplida y una casación que protegiera los derechos e intereses de los justiciables ha terminado por sucumbir.

Hoy, el recurso de casación contencioso-administrativo en Costa Rica, a pesar de su creación original y brillante, ni tutela adecuadamente los derechos e intereses de los justiciables por su tardanza, alto porcentaje de rechazos de

⁶⁵ MILANO SÁNCHEZ, Aldo. *Informe preliminar: A diez años del Código Procesal Contencioso Administrativo. Tercer Informe Estado de la Justicia*. Consejo Nacional de Rectores-Defensoría de los Habitantes, enero de 2019.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ VOLIO GONZÁLEZ, Marcelo. *Op. cit.*, p. 111.

⁶⁸ Denominación atribuida al Dr. Manrique Jiménez Meza. Actas de la Asamblea Legislativa N° 8 del 16 de febrero del 2005. Citada en el Código Procesal Contencioso Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica y Procuraduría General de la República. p. 131

plano y bajo porcentaje de recursos declarados con lugar, ni puede uniformar la jurisprudencia por la cantidad de resoluciones que debe dictar con tan pocos magistrados, en una relación para el año 2017 de 279,8 casos por magistrado de la Sala Primera.

Así, pues, ni nomofilaxis, ni uniformar jurisprudencia, ni control pleno; ni función de tercera instancia, ni función de Corte Suprema, ni *ius litigatoris* ni *ius constitutionis*. Antes bien, estamos frente un vértice ambiguo, porque la Sala Primera, que está en nivel más alto del sistema jurídico, no tiene claridad de la naturaleza de las funciones que debe ejercitar cuando resuelve recursos de casación en materia contencioso-administrativa.

El alto estándar fijado a la casación contenciosa por el Código Procesal Contencioso Administrativo de cumplir, a la vez, con la nomofilaxis, la uniformidad de la jurisprudencia y la justicia del caso, aunado a una Sala Primera con muy pocos magistrados para resolver tantos asuntos, ha hecho imposible resolver el dilema de la Trinidad imposible. Ante ello, existen básicamente dos soluciones: o se disminuye la cantidad de casos que la Sala Primera “resuelve resolver”, o bien, se aumenta la capacidad de la Sala Primera para resolver más casos.

¿Cuál camino debemos tomar? ¿Podemos tomar el camino de crear filtros de acceso cada vez más difíciles de sobrepasar para enfocar a la casación en uniformar la jurisprudencia y crear precedentes, con la particularidad de que nuestro proceso contencioso administrativo es de única instancia? ¿O lo evidente? ¿Aumentar la cantidad de magistrados y salas especializadas para enfocar la casación en la justicia del caso concreto?

La decisión pasa, decididamente, por un tema político, nada fácil de solventar en esta coyuntura de crisis fiscal y escasez de recursos que hace inviable el aumento de magistrados y/o la creación de otras salas especializadas que puedan desahogar el apremiante trabajo. Así, mientras que los recursos no vuelvan a crecer en los árboles y no se tome una decisión política al respecto, “lo único que es oportuno evitar es vivir en un sistema creyendo estar en otro.”⁶⁹ Por tanto, o el recurso de casación contencioso-administrativo es un instrumento democrático, abierto y flexible que sirve, ante todo y por sobre todo, para tutelar el *ius litigatoris* y hacer vívido el control subjetivo, plenario y universal; o bien, seguimos anclados en la casación rígida, formal y solemne cuya misión parecía ser rechazar de plano el recurso, o bien, si se lograba pasar por el estrecho agujero de la admisibilidad, declararlo sin lugar por el fondo, salvo muy contadas excepciones. Empero, lo que no podemos es seguir en un escenario en el que, el Código Procesal Contencioso Administrativo ordena algo y los datos puros y duros demuestran que actuamos de manera contraria.

⁶⁹ TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo*. *Op. cit.* p. 144.

4. *Propuesta de reforma del modelo recursivo del CPCA*

Pero no todo está perdido. Durante el Seminario denominado “La Reforma del CPCA: medidas urgentes para su aceleración”, organizado por la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y celebrado en el mes de setiembre del 2019 se presentó un anteproyecto de reforma que incluye, dentro de sus objetivos, a la casación contencioso-administrativa. Así pues, se plantea no solo una reforma a ésta, sino a todo el modelo recursivo del CPCA.

Para ello, modifica la organización:

- Desaparece el Tribunal de Casación.
- Ratifica la creación del Tribunal de Apelaciones, con secciones ajustables conforme a requerimientos de celeridad y volumen de trabajo, integrado por jueces 5.

En cuanto al recurso de apelación:

- Cabe tanto para cuestiones de derecho como de hecho (*Ius Litigatoris*).
- Únicamente en contra de sentencias de fondo y autos con ese carácter.
- Se mantiene resolución oral.
- Se regula deber de registrar en la minuta lo resuelto y acceso a precedentes.
- Se regula prueba en esa fase.
- Finalmente, en cuanto al recurso de casación:
- Se reserva solo para cuestiones de derecho (*Ius Constitutionis*)
- Procede contra sentencias del Tribunal de Apelaciones, cuando decidan definitivamente, impugnaciones de pronunciamientos de fondo del Tribunal de Juicio, que se pronuncien con relación a recursos de apelación contra autos con carácter de sentencia, con efecto de cosa juzgada material, que pongan fin al proceso.
- Su admisibilidad discrecional: interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (*certiorari*)
- Recurrente debe fundamentar que se está frente a un caso en el cual existe interés casacional objetivo y, por ello, resulta conveniente un pronunciamiento de Sala I.
- Sala I podrá señalar audiencia oral para determinar si admite o no el recurso (definir si existe interés casacional objetivo en el caso concreto).
- Propuesta sigue un modelo ecléctico: ni aumenta la cantidad de Magistrados y Salas especializadas, ni crea filtros cada vez más difíciles de sobrepasar. Antes bien: promueve el acceso al recurso de apelación como escalón intermedio para cumplir con el *ius litigatoris* y crea un mayor filtro para la casación que se reserva para cumplir con el *ius constitutionis*.

XII

MISCELÁNEAS

LA COMUNICACIÓN EN LA CONSOLIDACIÓN DEL GOBIERNO ABIERTO A PROPÓSITO DE CARTA IBEROAMERICANA

Sandra ORJUELA CÓRDOBA*
Profesora en la Universidad de La Sabana

INTRODUCCIÓN

Constituye un gran honor haber sido invitada a colaborar con los distinguidos académicos que participan en esta obra, en este merecido y justo homenaje al buen profesor y mejor amigo José Luis Villegas Moreno, con motivo de su dilatada trayectoria nacional e internacional como profesor y autor de reconocida obra jurídica, quien inició el peregrinar en la docencia en su Universidad Católica del Táchira en San Cristóbal y lo ha continuado en la Universidad Pontificia de Comillas en Madrid.

Mi colaboración pretende abordar de manera introductoria el tema de la comunicación estratégica gubernamental –por tratarse de una de las áreas de mi dedicación académica y profesional–, que al inicio de la tercera década del siglo XXI, exige una gestión más asertiva que en el pasado, para consolidar el gobierno abierto, a partir de un enfoque interdisciplinario.

* Doctora en Comunicación Organizacional por la Universidad de Málaga-Mención Europea (España). Especialista en Sociología del Consumo e Investigación de Mercados de la Universidad Complutense de Madrid (España). Comunicadora Social y Periodista de la Universidad de La Sabana (Colombia). Socia fundadora y Directora Ejecutiva de HMO Consultores: Estrategia + Comunicación + RSE. Con experiencia de 26 años a nivel directivo y desde la consultoría, para organizaciones multisectoriales en Iberoamérica. Ha sido consultora, profesora y conferencista en organizaciones y prestigiosas universidades de 10 países iberoamericanos. Ha dictado más de 80 conferencias, así como más de 40 publicaciones a nivel internacional. Coautora del libro "Energía Eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles" (2017). sandraorjuelacordoba@gmail.com / Este trabajo es parte de una investigación más amplia sobre comunicación estratégica gubernamental, que se encuentra en fase de desarrollo.

Desde una perspectiva política-jurídico, el gobierno abierto se ha orientado al fortalecimiento en la toma de las decisiones públicas y la defensa de los derechos de las personas. A ello ha contribuido el uso de las TIC's como herramientas para disminuir las asimetrías sociales, la creación de espacios participativos, garantizar el acceso a la información pública y la deliberación de la ciudadanía, todos ellos orientados a la democratización de la sociedad.

La Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto contiene una propuesta orientada a un cambio cultural, que debe redundar en una nueva forma de gobernar a través de “mecanismos y estrategias que contribuyen a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrandose e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo”.

La manera de entender el concepto de democracia está siendo revisado, dada las realidades contemporáneas que se han experimentado en Iberoamérica en los últimos años y la Carta de Gobierno Abierto, se presenta como un instrumento de suma importancia para fortalecer el modelo de democracia que debe marcar el siglo XXI. El Ex-Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza ha indicado que¹:

... La democracia no es solamente la celebración de elecciones periódicas, libres y justas, basadas en el sufragio universal, ni tampoco reunirse en el seno de instituciones democráticas, sino más bien forjar redes de confianza que permitan a todos los ciudadanos sentirse parte de la misma institucionalidad, de la misma nación. Esto implica, desde luego, un buen funcionamiento del Estado en crear un mayor dinamismo de la democracia.

La ola de democratización que vivió la región tuvo que heredar varias dificultades que venían rezagadas, y las demandas de los ciudadanos después de casi treinta años desde las transiciones democráticas, se hacen cada día más presentes. Una democracia de calidad demanda que los ciudadanos exijan no solamente mayores derechos, pero también exigen a sus gobernantes, que participen activamente en la definición e implementación de políticas, y que ejerzan plenamente sus derechos. Mayor participación y mayores derechos resultan en un desarrollo más pleno, más equitativo y más inclusivo de los países.

A partir de estas premisas, la comunicación se erige como la plataforma de trabajo colaborativo y co-construcción, para el fortalecimiento del gobierno abierto a través del diálogo, la toma de decisiones consensuadas y la construcción entre el Estado, el sector privado, el tercer sector y la sociedad civil, de un redimensionamiento de la relación Estado-Ciudadano.

¹ INSULZA, J.M. Prólogo. En HOFMANN, A., RAMÍREZ, A. y BOJÓRQUEZ, J. (Coord.), *La promesa del Gobierno Abierto en Latinoamérica*. Itaip. México 2012. pp. 10-12.

II. LOS ORÍGENES DEL BUEN GOBIERNO EN IBEROAMÉRICA

La Administración Pública en nuestros países es tema de discusión y crítica constante y ha sido estudiada desde el foco de las ciencias administrativas y de las ciencias jurídicas. Ello ha llevado a plantear principios y directrices que permitan garantizar que actúe alejada de la arbitrariedad, que pueda afectar los derechos y libertades de los ciudadanos. Es por ello que en los últimos 200 años se han ido construyendo progresivamente mecanismos de control de la Administración Pública y que esta “actúe bajo los principios de eficacia y eficiencia de recursos públicos escasos, se aspira que alcance una gestión pública de calidad y para tratar de lograrlo se ha acudido a la polisémica noción de gobernanza y también se ha promovido la transparencia, la rendición de cuentas y la participación”².

En este orden de ideas, los Estados iberoamericanos han ido ejecutando paulatinamente la incorporación a sus ordenamientos jurídicos de los compromisos adquiridos regionalmente, con el fin de garantizar el buen funcionamiento de la Administración Pública. Para ello han ido adoptando lo planteado en los Códigos y Cartas Iberoamericanas, que se han trabajado a lo largo de varios años, tal como se indica seguidamente³:

- Carta Iberoamericana de la Función Pública (2003). Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

- Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2006). Montevideo - Uruguay. Aprobado en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

- Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007). Pucón - Chile, 2007. Aprobada en la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

- Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (2008). San Salvador - El Salvador. Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. “La Gobernanza, la Buena Administración y el Gobierno Abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras”. En *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters. Lima 2016. pp. 307-335.

³ Para ampliar se invita a visitar: https://www.sfp.gov.py/sfp/archivos/documentos/cartas%20iberoamericanas%20reproduccion_y5xq8yli.pdf; <https://clad.org/escuela/publicaciones-escuela-clad/cartas-iberoamericanas/>

- Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009). Lisboa - Portugal. Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

- En 2010, el CLAD presenta “Gestión Pública Iberoamericana para el Siglo XXI (2010). Documento aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD en Santo Domingo - República Dominicana, el 8 y 9 de noviembre de 2010⁴.

- Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública (2013). Caracas, Venezuela. Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD⁵, en reunión virtual.

- Guía Referencial Iberoamericana de Competencias Laborales en el Sector Público (2016). Bogotá, Colombia. Aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

- Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (2016). Bogotá, Colombia. Aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. (Este documento es el que se analiza en este trabajo).

- Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública (2018). Antigua, Guatemala. Aprobada por la XVIII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

- Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública (2020). Andorra, Andorra. Aprobada por la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

⁴ Los aspectos que justificaron esta decisión fueron: “El primero se relaciona con el bicentenario de la independencia de varios países de la región, al comenzar el año 2010. En este clima conmemorativo, se hace necesario reflexionar sobre la trayectoria histórica de América Latina para proponer un futuro mejor. Este nuevo punto de partida también debe significar el reencuentro con España y Portugal, con el objeto de aumentar la integración entre las regiones con vistas a lograr una prosperidad conjunta de la Comunidad Iberoamericana”. “El objetivo principal debe ser construir un Estado capaz de producir desarrollo, tanto en términos económicos como sociales, políticos y ambientales. Eso sólo será posible en la medida que el mundo iberoamericano tenga una administración pública efectiva, eficiente y democrática. En este sentido, definir cuál debe ser la agenda de gestión pública en la región para el siglo XXI resulta un paso fundamental para garantizar los medios necesarios para la búsqueda de los fines supremos del Estado”, p. 127. https://www.sfp.gov.py/sfp/archivos/documentos/cartas%20iberoamericanas%20reproduccion_y5xq8yli.pdf

⁵ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo: <https://clad.org/acerca-de/clad/>

- Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública (2020). Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 21 de octubre de 2020⁶.

De acuerdo a Hernández-Mendible⁷:

Se trata de un bloque de declaraciones que reconocen derechos, establecen principios, que promueven valores y reglas de funcionamiento en las relaciones entre la Administración Pública y las personas, en el entendido que aquella debe ejercer la función de promoción de los derechos y remoción de los obstáculos que impidan, afecten o dificulten la posibilidad de su ejercicio pleno por las personas.

Ello ha llevado a que los países iberoamericanos hayan realizado varios avances en la materia, a través de su recepción en el *hard law* nacional como lo constituyen las leyes de procedimientos administrativos, las leyes de transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información pública, las reformas legales para la promoción de la participación en sus distintas manifestaciones, así como las leyes que fomentan la buena administración y el gobierno abierto.

Lo anterior, permite situar las presentes reflexiones en dos aspectos concretos la gobernanza y el derecho a la buena administración, pues ambos conceptos involucran las caras de una misma moneda que encuentran de un lado, la simplificación administrativa y la supresión de barreras burocráticas; y del otro, el gobierno abierto.

III. ENTENDIENDO LOS FUNDAMENTOS: GOBERNANZA, BUENA ADMINISTRACIÓN, GOBIERNO ABIERTO

1. *La Gobernanza*

De acuerdo a Whittingham⁸, el origen del término gobernanza se encuentra en la Edad Media. Sin embargo, hacia mediados de los años 80's es que se retoma el uso de este término, logrando mayor notoriedad desde los años 90's hasta la actualidad.

⁶ http://www.oas.org/es/sla/ddi/publicaciones_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica_2021.asp

⁷ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. (2016): La Gobernanza, la Buena Administración y el Gobierno Abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras. En *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters. Lima 2016. pp. 307-335.

⁸ WHITTINGHAM, M.V. *Aportes de la teoría y la praxis para la nueva gobernanza. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lisboa: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo - CLAD. 2002.

Desde el punto de vista gramatical, se considera que el vocablo “Gobernanza” alude a “el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”⁹.

Se trata de un término de origen anglosajón “*governance*”, que cada día gana más terreno en su utilización y que se refiere a una complejidad de situaciones diversas, lo que pone de manifiesto su carácter polisémico y simultáneamente es una noción en desarrollo, que se ha ido moldeando al amparo de las nuevas políticas públicas, así como de los compromisos que han adquirido las Administraciones Públicas dentro de su obligación de garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas de las personas que integran la generación actual, sin descuidar la solidaridad intergeneracional con las próximas generaciones.

Esto plantea que la idea de buena gobernanza presente matices según se le analice, bien desde una concepción estatocéntrica, en la cual el Estado será quien ponga el acento e influya en la definición; o desde una aproximación policéntrica, que valorada desde una visión multidisciplinaria, permite ponderar los conceptos de Estado, sociedad y sector privado de la economía, pudiendo inclinarse la definición por alguno u oscilar entre ellos¹⁰.

2. La buena administración

De los diversos autores que han analizado este tema, se puede inferir que el concepto de la buena administración presenta una triple dimensión¹¹: 1. Es un principio general que orienta el correcto funcionamiento de la Administración Pública¹²; 2. es un deber que conduce a servir de manera idónea, adecuada y

⁹ Real Academia Española (2014), voz: gobernanza, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Madrid: RAE. <https://dle.rae.es/gobernanza>

¹⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. “La Gobernanza, la Buena Administración y el Gobierno Abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras”. En *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters. Lima 2016. pp. 307-335.

¹¹ MATILLA CORREA, A. *La buena administración como noción jurídica*, Dykinson. Madrid 2020.

¹² Lo ha considerado un principio desde su primera decisión sobre el artículo 41 de la Carta de Niza, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asunto C-141/02 p., *Max Mobil Telekommunikation Service c. Comisión*, sentencia de 22 de febrero de 2005, apdo. 72, hasta la más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), asunto C-265/17 p., *United Parcel Service c. Comisión*, senten-

racional a las personas, para garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas¹³. 3. es un derecho fundamental¹⁴, que impone a todos los órganos que ejercen el Poder Público y en especial a la Administración Pública, orientar su gestión a la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan el ejercicio y disfrute de este derecho.

Durán¹⁵, sostiene que la buena administración supone:

Elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo, que los servicios públicos funcionen correctamente, acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.

Durante largo tiempo se ha trabajado por la conquista de los derechos de las personas en su relación con la Administración Pública y estos han sido reconocidos progresivamente en los ordenamientos jurídicos nacionales. Algunos de estos derechos mencionados enunciativamente son:

1. Acceso universal a la Administración Pública.

cia de 16 de enero de 2019, apdo. 34; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley. Madrid: 2010.

¹³ PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova. Valladolid 2001; BANDEIRA DE MELLO, C. *Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa-UNAM, México, 2006; DELPIAZZO, C. E. “La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. Desarrollo sostenible y derecho administrativo”, en *Revista de Derecho* N° 12, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2014.

¹⁴ TOMÁS MALLÉN, B. *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2004; RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas, En: *Revista de Derecho Público* N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008; GALLI, M. *La Buena Administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, Gobierno Abierto, Simplificación Administrativa, Better Regulation y Administración Pública*. Marcial Pons. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2019.

¹⁵ DURÁN, A. *Buena Administración y debido proceso. Derecho Administrativo Iberoamericano (contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimiento administrativo, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad)*. Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza. Editorial RAP. Mendoza 2010.

2. Presentar solicitudes, instancias y peticiones.
3. Recibir copia sellada de los documentos presentados.
4. Formular alegatos.
5. Presentar y tener acceso a los medios de pruebas.
6. Conocer el estado de los trámites administrativos que les interesen.
7. No presentar documentos que se encuentren en poder de la autoridad o que versen sobre hechos no controvertidos.
8. Ser oído antes de que se adopten medidas que les puedan afectar.
9. Participar individual o colectivamente, en las audiencias y consultas sobre los asuntos en que se tenga interés.
10. Acceso a la información pública.
11. Acceso y obtener copias de los expedientes administrativos.
12. Acceso a los archivos, registros y bases de datos administrativos físicos o digitales.
13. Solicitar la corrección o supresión de la información incompleta, falsa o errónea.
14. Motivación de las decisiones.
15. Resolución administrativa, justa, adecuada y en un plazo razonable.
16. Ser notificado de manera oportuna, por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las resoluciones.
17. Recurrir las resoluciones que le afecten, a su elección, ante la propia autoridad administrativa o la jurisdiccional.
18. Reparación o indemnización oportuna y justa de las personas afectadas por daños imputables a la Administración.
19. Elegir y contar con servicios universales, asequibles y de calidad.
20. Ser tratado con respeto y cortesía.
21. Conocer a los responsables de la tramitación administrativa.
22. Opinar y criticar el funcionamiento de las instituciones.
23. Contar con asistencia jurídica.
24. Establecer relaciones con las autoridades administrativas, a su elección, a través de las nuevas tecnologías.
25. Autodeterminación informática.
26. Respeto a la vida privada, intimidad y confidencialidad personal y comercial.

3. *El Gobierno Abierto*

La expresión *Open Government*, ha sido ubicada por vez primera a finales de la década de los cincuenta y su autoría se atribuye a Wallace Parks, quien abordaba el tema de la libertad de información, relacionada con la rendición de cuentas o accountability¹⁶. Dos décadas después en Inglaterra, se formularon un conjunto de propuestas orientadas a alcanzar una mayor libertad de información pública y de acceso a la gestión del gobierno, pretendiendo así reducir la opacidad existente¹⁷.

En la actualidad existe consenso en señalar que el responsable de divulgar el término fue el presidente de los Estados Unidos de América Barack Obama, durante su primer día de gobierno en 2009, cuando presentó su Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto (*Memorandum on Transparency and Open Government*).

Este acto sirvió de inspiración para la convocatoria de la ceremonia que tuvo lugar el 12 de julio de 2011, en la cual los presidentes Barack Obama, de los Estados Unidos de América y Dilma Rousseff de Brasil, expusieron las bases de la iniciativa multilateral *Open Government Partnership (OGP)*, que sería presentada en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 17 de septiembre de 2011¹⁸, como una propuesta internacional que promovería políticas de transparencia mediante tres principios: confianza pública, sistema de transparencia (orientado a la rendición de cuentas) y la participación de la sociedad con el gobierno¹⁹.

¹⁶ PARKS, W. *The open government principle: applying the right to know under the Constitution*, The George Washington Law Review (26) 1957, (s.p.). Recuperado de <https://estratic.wordpress.com/2013/04/04/el-termino-open-government-aparece-en-los-anos-50-no-en-los-70/>

¹⁷ CHAPMAN, R. y HUNT, M. *Open government. A study of the prospects of open Government within the limitations of the British political system*. Routledge. Londres 1987.

¹⁸ En ella participaron inicialmente México, Brasil, Estados Unidos de América, Filipinas, Indonesia, Noruega, Reino Unido, Sudáfrica y Tanzania. “Desde su fundación en 2011, OGP ha crecido a 78 países y un número creciente de miembros locales que trabajan junto a miles de organizaciones de la sociedad civil. Cada dos años, cada miembro presenta un plan de acción co-creado con la sociedad civil que describe compromisos concretos para mejorar la transparencia, la rendición de cuentas y la participación pública en el gobierno”. <https://www.opengovpartnership.org/es/our-members/>

¹⁹ PESCHARD, J. “Del gobierno abierto a la transparencia proactiva: la experiencia del ifai en 2011”. En Hofmann, A., Ramírez, A. y Bojórquez, J. (Coord.), *La promesa del Gobierno Abierto en Latinoamérica*. Itaip. México 2012. pp. 27-49.

Para Hernández-Mendible²⁰, cada autor desde su área de formación profesional y académica va exponiendo sus ideas sobre lo que considera debe comprender el gobierno abierto, pero lo cierto es que este concepto aún se está moldeando y “se encuentra impregnado de ambigüedad en su formulación como política pública”. Y agrega que:

Esta propuesta de tránsito del gobierno cerrado, opaco, endogámico y cooperado, por un gobierno abierto, transparente, participativo y colaborativo, que parece cobrar nuevos aires en el contexto de los países iberoamericanos, no debería constituir novedad alguna si realmente se han implementado las políticas públicas de buen gobierno, gobierno electrónico, calidad de la gestión pública, participación ciudadana y buena administración, pues todas ellas se han diseñado sobre las premisas de la implementación de la efectiva y real participación de las personas en los asuntos públicos; de la transparencia en la gestión y en el suministro de la información, mediante la garantía del acceso a las personas y la rendición de cuentas; así como de la colaboración orientada a profundizar la democracia, transmitir confianza a la comunidad y además fomentar la eficiencia y la eficacia en la gestión del gobierno.

En este orden de ideas, la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto señala²¹:

Fundado en los pilares de transparencia y acceso a la información, de rendición de cuentas públicas, de participación ciudadana y de colaboración para la innovación, el gobierno abierto supone una transición institucional sin precedentes en la búsqueda de nuevos modelos de gobernanza, fundados en la recuperación de la confianza y legitimidad de la acción pública, y buscando contar con la ciudadanía como centro y protagonista de su propio desarrollo.

Y continúa acotando que el gobierno abierto se entiende como:

El conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrando e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo.

Por su parte, Galli sostiene que²²:

²⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. “La Gobernanza, la Buena Administración y el Gobierno Abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras”. En *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters. Lima 2016. pp. 307-335.

²¹ Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, 2016. Recuperado de <https://www.clad.org/noticias/27-contenido-destacado/688-el-clad-aprueba-una-nueva-carta-iberoamericana-en-materia-de-gobierno-abierto>

Gobierno Abierto es aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta y comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente.

Luego añade Galli, que entre las características que identifican o conducen hacia un gobierno abierto se encuentran: una Administración pública y un gobierno abierto a la transparencia; un gobierno que mantiene conversaciones constantes con los ciudadanos, para tomar decisiones adecuadas a sus necesidades y preferencias; comunica de forma transparente todo lo que decide; actúa como plataforma para trabajar con la sociedad y los individuos para co-crear valor público; integra la tecnología “para cerrar la brecha entre el *front* y el *back office* de las administraciones gubernamentales...”; asume el compromiso de garantizar el eficaz escrutinio público y la supervisión social acerca de su forma de gobernar y los servicios públicos, todo esto acompañado de espacios dialogantes, participativos y deliberantes en conjunto con la ciudadanía. Además, destaca “la importancia de la construcción de instituciones de calidad, necesarias para crear una base sólida que sustente la aplicación e implementación de políticas públicas de manera adecuada y acorde a las nuevas realidades expresadas en el tránsito a un modelo democrático más abierto, inclusivo, desarrollista, desideologizado y efectivo”. En resumen, es una nueva forma de gobernar y gestionar los asuntos públicos “en procura de afirmar la legitimidad y credibilidad del gobierno y el mejoramiento de la gobernanza democrática, así como... alcanzar el desarrollo económico y la cohesión social (beneficios económicos y sociales del gobierno abierto)”.

En definitiva, es importante entender que el Gobierno Abierto no es un fin en sí mismo, sino un medio para fortalecer la democracia, robustecer la institucionalidad pública y promover el mejoramiento de la calidad de vida de todas las personas en los países iberoamericanos.

IV. LA CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ABIERTO

De acuerdo al preámbulo de este documento, “En el marco de la 70^o Asamblea General de las Naciones Unidas, llevada a cabo en la ciudad de Nueva York en septiembre de 2015, los 193 Estados Miembros adoptaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con 17 objetivos (ODS) para lograr un mundo más próspero, en paz, justo e incluyente durante los próximos 15 años”.

²² GALLI, M. *La Buena Administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, Gobierno Abierto, Simplificación Administrativa, Better Regulation y Administración Pública*. Marcial Pons. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2019.

El Objetivo de Desarrollo Sostenible No. 16, justo se relaciona con el mejoramiento del gobierno y sostiene que:²³

Sin paz, estabilidad, derechos humanos y gobernabilidad efectiva basada en el Estado de derecho, no es posible alcanzar el desarrollo sostenible. Vivimos en un mundo cada vez más dividido. Algunas regiones gozan de niveles permanentes de paz, seguridad y prosperidad, mientras que otras caen en ciclos aparentemente eternos de conflicto y violencia. De ninguna manera se trata de algo inevitable y debe ser abordado.

¿Y cómo lograrlo? La Carta indica que se haría a través de una:

Gestión pública eficaz, responsable, receptiva, incluyente y participativa, que permita garantizar la construcción de sociedades más prósperas, equitativas y justas. Esto implica una mayor interacción entre Estado y sociedad, basado en la confianza, a través de gobiernos transparentes que rindan cuentas, que promuevan espacios de participación ciudadana efectiva y que colaboren, de manera regular y significativa, para avanzar hacia las metas de equidad, de superación de la desigualdad y alcanzar la justicia social, con la promesa permanente de un Estado al servicio del bien común y de la ciudadanía.

En todos los países de Iberoamérica, en los últimos años se han desarrollado intensos procesos de modernización en sus gestiones públicas, con el fin de alcanzar gobiernos más eficaces y efectivos, así como abiertos en beneficio de sus ciudadanos. Este esfuerzo se ha tenido que enfrentar a grandes desafíos, que aún impiden la democratización de la gestión pública, en algunos países como son: la falta de profesionalización de los funcionarios públicos, la ausencia de indicadores de gestión, el conocimiento y aplicación de verdaderos mecanismos de buen gobierno y el uso de nuevas tecnologías e instrumentos para gestionar el gobierno electrónico.

La Carta evidencia cómo en Iberoamérica se han logrado importantes avances en temas como el fortalecimiento de normativas que garanticen el acceso a la información pública, el mejoramiento de los estándares de integridad y la gestión efectiva de los recursos públicos, el mejoramiento de servicios públicos, con el uso intensivo de las herramientas tecnológicas, generando plataformas únicas de servicio al ciudadano; la simplificación de trámites y procedimientos, así como la mejora en los mecanismos de interoperabilidad y puesta en marcha de portales de transparencia y datos abiertos; las nuevas herramientas para el trabajo colaborativo con actores de la sociedad civil.

A pesar de estos importantes logros, los desafíos son muchos e implican seguir trabajando con fortaleza para solucionar la desconfianza de los ciudadanos ante las instituciones estatales; disminuir las amplias brechas que hoy se presentan en nuestros países a nivel económico, social y político. De allí la

²³ <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html>

importancia de impulsar un Estado de Derecho que genere oportunidades, sea consistente con los estándares internacionales de gestión y buen gobierno, y que estructure mecanismos de transparencia, apertura de información, rendición de cuentas, acceso a la justicia e instituciones efectivas e incluyentes.

Según presenta la Carta en su texto:

Bajo las consideraciones enunciadas, y asumiendo los principios contenidos en las precedentes Cartas Iberoamericanas del CLAD²⁴ sobre Función Pública (2003), Gobierno Electrónico (2007), Calidad en la Gestión Pública (2008), Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009), y sobre Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2013), así como lo establecido en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2006), la presente “Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto” busca vertebrar los aportes previos de estos documentos estratégicos, y ofrecer una plataforma de base que articule los elementos necesarios para la apertura gubernamental en Iberoamérica, proponiendo un marco de referencia común, no vinculante jurídicamente, para que los gobiernos y Estados de la región puedan adaptar sus pilares, principios, mecanismos y orientaciones al particular contexto institucional y de idiosincrasia propias de cada país.

Los objetivos primordiales de la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto son:

- a) Definir las bases conceptuales y prácticas que sustentan el gobierno abierto como enfoque de gobernanza y buen gobierno en el contexto Iberoamericano.
- b) Proponer un conjunto de pilares, principios, criterios y orientaciones que establezcan un marco de referencia y un lenguaje común, sobre gobierno abierto para los países de la comunidad iberoamericana.
- c) Entregar un conjunto articulado de componentes fundamentales y orientaciones para la implementación de los pilares y principios constitutivos de esta Carta, en estrecha vinculación con el reconocimiento y la consideración de los esfuerzos desplegados en las Cartas Iberoamericanas previas.
- d) Presentar recomendaciones y orientaciones que promuevan impulsar los pilares y principios del gobierno abierto en todos los órganos e instituciones del Estado, a fin de procurar un enfoque integral y sistémico y contribuir a la configuración de un enfoque de *Estado Abierto*.

²⁴ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. <https://clad.org/escuela/publicaciones-escuela-clad/cartas-iberoamericanas/>

1. *Los pilares del Gobierno Abierto*

Los pilares sobre los cuales se sustenta el concepto del Gobierno Abierto, son interdependientes bajo la lógica sistémica que se desarrolla. Estos pilares son:

A. *Transparencia y Acceso a la Información Pública*

La relación de los gobiernos y administraciones públicas con los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos debe estar orientada por la transparencia. Ello implica el derecho de los ciudadanos a solicitar el acceso a la información de las instituciones públicas y además la obligación de los gobiernos de poner a disposición de la ciudadanía, de forma proactiva, aquella información que den cuenta de sus actividades, del uso de los recursos públicos y sus resultados, con base en los principios de la publicidad activa, tales como la relevancia, exigibilidad, accesibilidad, oportunidad, veracidad, comprensibilidad, sencillez y máxima divulgación.

B. *Rendición de Cuentas Públicas*

Los sistemas de rendición de cuentas estarán vinculados a la idea de la responsabilidad pública, que supone la capacidad de dar respuesta y dar cumplimiento al mandato público conferido en cualquier sistema democrático, empoderando a la sociedad civil y a la ciudadanía en su conjunto, con herramientas de seguimiento y fiscalización. Se basa en normas y mecanismos institucionales que obligan a las autoridades gubernamentales a asumir la responsabilidad de sus acciones y decisiones, basado en lo ético y lo legal.

C. *Participación Ciudadana*

Es el proceso de construcción social de políticas públicas, así como la capacidad del ciudadano de hacer seguimiento y control que, conforme al interés general, canaliza, da respuesta o amplía el ejercicio de derechos fundamentales, reforzando la posición activa de la ciudadanía en la gestión de los asuntos públicos, a través de su participación en espacios igualitarios y plurales, conforme con lo establecido en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009)²⁵.

A tales efectos este documento admite que:

... se reconocerá la existencia de distintos niveles de participación, a saber: informativo, consultivo, decisorio y de cogestión o coproducción, dentro de los cuales las instituciones públicas deberán identificar aquellos mecanismos

²⁵ https://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta_iberamericana_de_participacion_c3%B3n_ciudadana.pdf

o medios que garanticen una mayor democratización, eficiencia y efectividad de sus decisiones y acciones, privilegiando el desarrollo de las formas de participación colaborativas por encima de las meramente consultivas.

D. *Colaboración e Innovación Pública y Ciudadana*

Es la generación de nuevos espacios de encuentro, diálogo y trabajo que favorezcan la co-creación de iniciativas y coproducción de nuevos servicios públicos. Supone reconocer las capacidades disponibles en la propia sociedad y los beneficios que estos pueden aportar en el diseño e implementación de políticas públicas, dejando atrás el enfoque de una ciudadanía receptora pasiva de acciones institucionales, para convertirse en protagonista y productora de sus propias soluciones.

Este pilar se basa en la co-responsabilidad, la cooperación y el trabajo coordinado, con la ciudadanía, las asociaciones, empresas, la academia, organizaciones de la sociedad civil y demás actores, así como el esfuerzo conjunto dentro de las propias administraciones públicas, entre ellas y sus funcionarios.

2. *Los beneficios del Gobierno Abierto*

4.2.1. Aumentar el nivel en calidad institucional de los gobiernos, a través del incremento de la legitimidad de la acción pública: hacer que los ciudadanos sean parte del proceso.

4.2.2. Generar mayor confianza en la relación Estado - Ciudadanía, que permitan la colaboración y el trabajo conjunto, teniendo como plataforma la capacidad de escucha de los gobiernos, el ser receptivos y dar respuesta a las necesidades ciudadanas.

4.2.3. Obtener mejores resultados a menor costo a través del aprovechamiento de los conocimientos y recursos de la ciudadanía, así como incentivar la fiscalización y seguimiento a las políticas públicas.

4.2.4. Impulsar que las políticas atiendan a las necesidades reales de la ciudadanía, optimizando los recursos y fomentando un gasto público inteligente.

4.2.5. Garantizar la equidad en el acceso a la formulación de políticas públicas, fortaleciendo la cohesión y estabilidad social, la igualdad de oportunidades y el compromiso cívico.

4.2.6. Promover la innovación y la generación de nuevas actividades económicas, creando valor en el sector público, en el privado y en el social.

3. *La finalidad del Gobierno Abierto*

Se busca crear valor público con el propósito de concretar el derecho de los ciudadanos a un buen gobierno, traducéndolo en mayor prosperidad y bienestar, acceso a mejores servicios públicos y calidad de vida, para contribuir al

fortalecimiento de la democracia, robustecer la confianza del ciudadano en la Administración Pública, así como el desarrollo de los postulados del bien común, el buen vivir y la felicidad de los ciudadanos, bajo una perspectiva de desarrollo sostenible, inclusión, respeto a la dignidad humana y a la diversidad cultural.

4. *La comunicación y las relaciones en la Carta de Gobierno Abierto*

En los últimos tiempos y de cara a los múltiples desafíos que deben enfrentar los gobiernos, la comunicación se erige como protagonista en la creación y fortalecimiento de vínculos que vayan más allá de las relaciones, articulando desde las diferencias y construyendo significados compartidos. Es la hora de proyectar narrativas cimentadas en el propósito de los gobiernos y las organizaciones, así como desde el compartir los valores, a través de sus comportamientos y la comunicación, con el fin de proponer dinámicas y soluciones con el fin de instaurar confianza.

En su dimensión estratégica la comunicación significa intercambiar y compartir valores, implica el conectar para generar vínculos e interacciones, para co-construir y co-crear en pos de generar soluciones desde el entendimiento del otro; articula desde las diferencias y orienta en la redefinición de cómo se quiere ser entendido para conectar con las diferentes generaciones, sectores, grupos sociales y ciudadanos; apoya en la mitigación de riesgos; soporta para lograr la alineación hacia los objetivos gubernamentales y ciudadanos; es ubicar como protagonista de la estrategia comunicacional a la persona, sus necesidades y expectativas.

Es de subrayar que al analizar la Carta de Gobierno Abierto se encuentra a lo largo de la misma, la mención continua en cuanto a la importancia de generar confianza con los ciudadanos, promover la transparencia, abrir espacios de diálogo, fomentar la capacidad de escucha por parte del Estado, conocer las necesidades y expectativas de los ciudadanos, establecer mecanismos para trabajar de forma conjunta y fortalecer las comunicaciones digitales. Es así como se destacan los principios orientadores de esta Carta, basados en la “apertura de datos e información pública y en la apertura de procesos públicos y de gobierno a través del uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicación, y en especial de las emergentes plataformas digitales y redes sociales”.

Para lograr este cometido, se propone diseñar una nueva arquitectura de relaciones y comunicación entre los diferentes actores que actúan en la Administración Pública, “donde el Estado genere espacios de interlocución, deliberación y co-creación para trabajar de manera conjunta con la sociedad (no exclusivamente “para ella”) en la búsqueda de soluciones a los problemas públicos”.

El capítulo titulado: Criterios orientadores y principios de la Carta, es de los apartados donde queda más evidencia de la importancia de la comunicación y el relacionamiento, por un lado, como herramienta para alinear los objetivos,

principios y valores y por el otro, como estrategia para lograr los cambios de cultura institucional necesarios, para alcanzar el espíritu que exige la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de parte de los funcionarios públicos, los gobernantes y las personas. Estos fundamentos son:

A. *Principio de apertura*

Consiste en la transparencia de un gobierno y el acceso a la información pública, con el objeto de fomentar el trabajo colaborativo entre las diferentes áreas de la administración pública, junto a la participación ciudadana y la adopción de nuevas ideas, métodos y procedimientos que permitan mejorar la capacidad de respuesta y la adecuada resolución de demandas y problemas públicos.

B. *Principio de legitimidad democrática*

Los valores democráticos inspiran los principios del Gobierno Abierto, lo que implica el cumplimiento de la Ley, la protección de las libertades públicas consagradas a la ciudadanía y la defensa de las instituciones, en la búsqueda de responder al interés general, a partir del conocimiento de sus necesidades como ciudadanos.

C. *Principio de la calidad del servicio público*

Afianza una cultura institucional, centrada en los ciudadanos y la gestión de resultados, que busca el mejoramiento continuo y la excelencia de los servicios públicos, con miras a satisfacer las expectativas y necesidades de la ciudadanía con “justicia, equidad, objetividad y eficiencia en el uso de los recursos públicos”.

D. *Principio de ética pública e integridad*

Se refiere a los valores de rectitud, honestidad y lealtad como características en su actuar como servidor público, impulsando la integridad, imparcialidad, misión de servicio, buena fe, confianza mutua, solidaridad, corresponsabilidad social y profesionalismo con los más altos estándares. Así mismo se busca el respeto a los ciudadanos, la primacía del interés general sobre el particular y la austeridad en el manejo de los recursos públicos.

E. *Principio de la transversalidad y coordinación interinstitucional*

Este planteamiento busca la coordinación y articulación del trabajo cooperativo, evitando duplicidad y solapamiento entre las instituciones públicas, con miras a lograr los objetivos y satisfacer las demandas de la ciudadanía, aprovechando la generación de sinergias institucionales.

F. *Principio de interoperabilidad*

Se fundamenta en la capacidad de las entidades públicas de trabajar y compartir recursos como infraestructura, datos e información, así como procesos, con el fin de lograr intercambios eficientes, simples y seguros de datos, información y conocimiento.

G. *Principio de eficacia y eficiencia*

A partir de la optimización de los resultados obtenidos y de los recursos disponibles, se buscará la consecución de los objetivos, metas y estándares orientados a la satisfacción de las necesidades y expectativas del ciudadano, de forma equitativa y con el propósito de anteponer el interés general.

H. *Principio de responsabilidad pública y corresponsabilidad con la ciudadanía*

Este principio busca que los gobiernos y las administraciones públicas respondan por su gestión, acepten el escrutinio público y sean receptivos a la crítica, escuchen propuestas en pos del mejoramiento continuo, así como para lograr cambios e innovación a partir de ideas de la ciudadanía. Asimismo, promover la creación de espacios que generen valor público a partir del trabajo conjunto con los actores de la sociedad.

I. *Principio de innovación pública*

Supone sacar provecho al uso de las TIC's, para impulsar nuevas metodologías, procesos y herramientas que permitan utilizar ideas y crear valor público, adaptándose a las nuevas necesidades de los ciudadanos.

J. *Principio de inclusión y multiculturalidad*

Implica el reconocimiento de la diversidad cultural que coexiste en la sociedad y la inclusión como parte sustantiva de la misma, donde conviven y se expresan a través de diversas dinámicas, realidades y formas de complementariedad cultural. La Carta señala que:

Se asume la innovación ciudadana como el involucramiento y compromiso activo de los ciudadanos en iniciativas que buscan contribuir al interés general, a fin de alcanzar una mayor inclusión y promover la cultura de la igualdad mediante prácticas colaborativas y trabajo en red. Se reconocerá por ello el papel clave de las organizaciones públicas como entidades facilitadoras de la apertura y dinamización de estas plataformas colaborativas, así como su papel

de promotoras de espacios que favorezcan una innovación efectiva, robusta y sostenible.

K. *Otros aspectos de interés desde el punto de vista comunicacional*

a) *La información pública*

La información pública se erige como punta de lanza en la construcción del Gobierno Abierto, ya que es un derecho humano reconocido en tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Acuerdo de Escazú, junto a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, el Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, así como también en el Convenio de Aarhus.

Todos los gobiernos tienen la responsabilidad de promover y proteger este derecho, dada su importancia en el fortalecimiento de la democracia y el desarrollo de una ciudadanía informada y responsable, así como por constituir un mecanismo para garantizar el ejercicio de otros derechos políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Allí se fundamenta el valor de la transparencia entendida como los mecanismos legales que garanticen el acceso a la información pública en formato abierto por parte de los ciudadanos que así lo requieran, por lo que se debe garantizar la sistematización, publicación y copiado de manera clara y sencilla, así como la actitud proactiva para generar la información futura y en el formato más idóneo según la demanda y que busque cubrir las necesidades detectadas y promover el uso y reutilización de la información en forma más accesible y asequible, además de fomentar la rendición de cuentas y el acceso a información que los ciudadanos puedan considerar relevante y útil para su ejercicio de ciudadanía.

El derecho a acceder a la información pública va de la mano con la adecuada gestión documental, asegurándose que los documentos, expedientes y registros contengan data precisa, confiable, sirviendo de base para la mejor gestión de los servicios públicos, el control de la corrupción y el fortalecimiento de la democracia, aprovechando el poder de las tecnologías de la información y la comunicación.

En esta misma línea se erige como punto vital de reforzamiento las normativas que garanticen la protección de datos en poder de los entes públicos, garantizando el derecho a la privacidad. Eso conlleva a encontrar un punto de equilibrio entre la cultura de transparencia y rendición de cuentas y por el otro lado la seguridad de los datos personales, por lo que urge adelantar esfuerzos para el fortalecimiento de marcos regulatorios e institucionales que garanticen el adecuado uso de la información, sin descuidar la integridad de las personas.

b) Capacidades ciudadanas

Fomentar capacidades ciudadanas para el diálogo y el consenso, la participación, la colaboración, el uso adecuado y responsable de la información pública y la co-creación con la debida atención hacia los principales asuntos del quehacer público que les afecta.

c) El Gobierno electrónico y plataformas tecnológicas para el mejoramiento de los servicios públicos

El aprovechamiento de las plataformas tecnológicas por el gobierno electrónico, desde una visión útil e inclusiva, se concibe a partir de las premisas en que:

Se beneficien de las nuevas plataformas tecnológicas y redes sociales digitales como medio para generar espacios de escucha activa, interacción fluida en tiempo real, fomento de la participación digital de los ciudadanos, garantizando la coherencia y prontitud en la respuesta a sus demandas o consultas; también deberán velar por que las tecnologías digitales sean fácilmente “apropiables” por la ciudadanía en su conjunto, poniendo especial énfasis en que sus beneficios sean también recibidos por los segmentos más desfavorecidos de la sociedad. Para ello, deberán promover el diseño y uso de herramientas que mejoren la calidad, oportunidad y entrega de bienes y servicios públicos (portales de gobierno, ventanillas únicas) y que puedan potenciar la interoperabilidad de los servicios e instituciones públicas, entre otros.

d) Aplicación efectiva de altos estándares de integridad y ética pública

Desde lo planteado por la Carta de Gobierno Abierto, se propende por generar una cultura institucional en los entes públicos que estén marcadas por altos estándares éticos y códigos de conducta, que den pautas claras para el comportamiento que deben tener las autoridades y funcionarios públicos y que conduzcan al establecimiento de una genuina cultura de integridad y transparencia.

e) Mecanismos de participación y colaboración para la innovación ciudadana

Los gobiernos deberán promover normas y/o mecanismos institucionales, para potenciar la creación de espacios de participación ciudadana, en especial aquellos relacionados con la innovación ciudadana y la colaboración activa de los actores, en el marco de los procesos de co-creación, co-responsabilidad y gobernanza colaborativa de los asuntos públicos.

Para lograrlo deberán fomentar el desarrollo de plataformas presenciales o digitales que permitan a los ciudadanos hacer parte de prácticas como los pre-

supuestos participativos, las consultas públicas vinculantes sobre proyectos de ley, las políticas públicas sectoriales o los programas y proyectos en el espacio territorial; o los mecanismos de iniciativa ciudadana o peticiones (en línea o presenciales), entre otros mecanismos innovadores, tanto tecnológicos como colaborativos, tales como:

Laboratorios ciudadanos o de innovación pública, así como promover y llevar a cabo maratones de datos abiertos (*hackatones*) para el desarrollo de aplicaciones o servicios Web; instancias colaborativas para la búsqueda de soluciones a problemas públicos específicos (campamentos de innovación ciudadana, wiki-gobierno); y el uso de licencias libres que fomenten la reutilización de los productos que deriven de los resultados independientemente de su soporte (*online* u *offline*).

V. REFLEXIONES FINALES

Tal como se concibió la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, sus preceptos conllevan un cambio cultural, que conduce a una nueva forma de gobernar: por, para y con la ciudadanía.

Este cambio constituye un asunto vital de alcance político, de defensa de derechos y trabajo conjunto en la toma de decisiones públicas; de rendición de cuentas, responsabilidad y control social efectivo; del uso de las TIC's para la reducción de las desigualdades y asimetrías sociales; de la creación y el acceso a espacios de participación ciudadana y deliberación pública; de un proceso de diálogo, consenso y construcción entre Estado, sociedad civil, sector privado y otros actores del desarrollo.

Como se puede observar a primera vista, la comunicación como estrategia, táctica y medio se erige en punto focal para el desarrollo y despliegue del Gobierno Abierto.

Se considera de suma importancia la gestión de la comunicación interna y externa alineada a los objetivos y fines de la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, ya que se pueden tener muy buenas intenciones, pero si los agentes que deben aplicar la Carta no están preparados y no cuentan con las herramientas idóneas para ello, todo se podría quedar en la buena voluntad. Ejemplo de ello es la experiencia al tener que acceder a una diligencia o solicitar un servicio en una entidad de la Administración Pública, donde aún quedan amplias brechas a la hora de tener en cuenta un requerimiento de un ciudadano, tanto en la atención, como en los tiempos de espera y entrega del trámite o documento solicitado y ello es el reflejo de la cultura institucional del servicio, del respeto al ciudadano y el compromiso de atención y respuesta de quienes ejercen como funcionarios públicos. Así mismo, la comunicación resulta fundamental a la hora de alinear a los empleados públicos con los valores del Gobierno Abierto como la ética, transparencia, honestidad, reconocimiento del ciudadano como agente central de su trabajo, respeto y compromiso con la sociedad y con su propia institución.

Tan importante es la conciencia sobre la gestión de la comunicación interna, como de la gestión de la imagen, pues tal como indican Sabés y Verón²⁶:

La proyección exterior de la institución es vital, sobre todo, pensando en los ciudadanos a los que se presta servicios. Es clave, por el trabajo que nuestros propios empleados puedan realizar cuando mantengan relación con los ciudadanos, empresas, otras instituciones, asociaciones, colectivos... en el ejercicio de su trabajo. Una buena comunicación interna ayudará a obtener también el éxito en la externa. Ambos flujos comunicativos deben ir perfectamente coordinados.

Cabe anotar que aún la estructura de comunicación con la que cuentan muchas instituciones públicas en varios países iberoamericanos, están limitadas al manejo de prensa, por lo que se presenta una oportunidad de mejoramiento y crecimiento al orientar los esfuerzos en convertirlas en áreas de comunicación estratégica, con una visión más amplia y que se gestione más allá del encuentro con periodistas o el envío de boletines de prensa.

También es importante tener protocolos de gestión de crisis para las entidades de la Administración Pública, pues por su misma naturaleza, son propensas a estar inmersas en situaciones antagónicas con los ciudadanos o incluso escándalos por temas de corrupción, falta de ética, etc. Aunque la Carta de Gobierno Abierto propende por la función ética y legal, no se está exento que una de las instituciones de la Administración Pública deba enfrentar una crisis reputacional o de otra índole, por lo que se considera de suma importancia el contar con manuales de contingencia y planes de crisis, para responder con el debido profesionalismo y responsabilidad con los ciudadanos.

El Gobierno Abierto sienta varias de sus bases en las plataformas digitales y el uso de las redes sociales como medios idóneos para acercarse al ciudadano, lo que implica un reto para los comunicadores de estas entidades, para que se especialicen en estas dinámicas comunicacionales, relacionales y reputacionales, ya que no es la misma realidad aquella de la Administración Pública, que la de una empresa privada o del tercer sector, exigiéndole al experto en comunicación, especializarse en la gestión de la comunicación en esta esfera.

Incluso el tema del lobby se debiera profundizar en su práctica a la luz de esta Carta, dando pautas para ejercerlo de forma correcta, transparente y estratégica, ya que en muchos países se sigue viendo como un ejercicio oscuro, poco confiable por las formas que se utilizan, no carente de críticas por la forma como se ha practicado y esto sucede por lo poco profesional como se han desempeñado durante muchos años los que se dedican a hacer lobby. Para aclarar un poco el tema, recurrimos a Castillo²⁷, quien explica que:

²⁶ SABÉS, F. y VERÓN, J. *La gestión de la información en la administración local*. Comunicación Social Ediciones y Publicaciones. Sevilla 2008.

²⁷ CASTILLO, A. *Lobby & Comunicação. Lobismo como estratégia comunicativa*. Difusão Editora. São Paulo 2013.

Otras significaciones derivan de la palabra lobby, así como el lobbying y lobbyist, como sinónimos de grupo de presión. Sin embargo, en su concepto más restringido, alude a las actividades ejercidas por un grupo especializado en el arte de presionar, a petición de un tercero. En una primera aproximación, podemos afirmar que surgen como empresas especializadas en la presión política, sin defender intereses propios y sí, siendo intermediarios de otros intereses.

El término lobista tiene un sentido histórico negativo, por la imagen, ciertamente simplista, de una persona que intriga y actúa bajo la sombra, tratando de conseguir sus objetivos con el chantaje, el soborno o la corrupción. Sin embargo, en los últimos años, estas connotaciones peyorativas parecen estar perdiendo fuerza y la profesión ha ido obteniendo un manto de mayor dignidad y reconocimiento (Wittenberg, 1989, p. 7).

La Carta propone la generación de espacios de diálogo, deliberación y co-creación para trabajar de manera conjunta Estado y sociedad, con el fin de encontrar solución a los problemas y retos públicos en búsqueda del bien común, convirtiéndose la comunicación y el relacionamiento en plataforma estratégica para el logro de los objetivos propuestos en este documento, desde el conocimiento profundo de los perfiles de cada uno de los actores que se desempeñan en el área pública, el entendimiento de las expectativas y necesidades como ciudadanos y desde el rol que cada uno ejerce en la dinámica pública, así como la comprensión de los medios más idóneos para llegarle a cada público de interés y sobre todo el discernimiento para generar los vínculos de confianza con estos.

También es importante el trabajo interno con los funcionarios públicos para hacer de la transparencia, la ética y la justicia, pilares de la cultura institucional de los entes públicos y desde allí proyectarlos en su responsabilidad, compromiso y profesionalismo que deben ejercer a la hora de atender y solucionar cualquier asunto que el ciudadano y la dinámica pública exijan del empleado de la Administración Pública, todo esto a la luz de las propuestas y lineamientos de la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto.

La propuesta para una gestión pública del siglo XXI, marcada por la responsabilidad, la capacidad de reconocerse en el otro, incluyente y participativa, en pro de la construcción de sociedades justas, equitativas y prósperas, pasa por conseguir vínculos de confianza entre el Estado y la sociedad y ello sólo se logrará con gobiernos que tengan comportamientos transparentes, éticos y que rindan cuentas. Esto implica una mayor interacción entre Estado y sociedad, donde se impulse la creación de espacios de intercambio participativo para los ciudadanos, que colaboren frecuentemente y tengan una participación significativa en la toma de decisiones y para ello el canal para crear vínculos es la comunicación entendida como diálogo, escucha activa y consenso, que permitan realizar un trabajo colaborativo y corresponsable.

También se evidencia la importancia de trabajar desde la comunicación en la toma de conciencia del ciudadano como actor de sus derechos y así mismo de sus deberes, frente a la Administración Pública, no sólo para que conozca la información fundamental, sino para que tenga las herramientas que le permitan ejercer como veedor e influenciador en la toma de decisiones. Debe conocer y entender el funcionamiento de la Administración Pública, su espíritu, así como los fundamentos del gobierno abierto, para que sea capaz de ejercer realmente sus derechos como ciudadano informado, consciente y responsable del fortalecimiento democrático de su país. Un ciudadano desinformado no puede ejercer totalmente sus derechos, ni participar de forma activa y enriquecedora ante la Administración Pública.

En el marco del Gobierno Abierto y dándole mayor protagonismo al ciudadano, se busca promover la generación y divulgación de información y conocimiento público útil, como base para un proceso deliberativo entre ciudadanos y autoridades, así como la creación de nuevos espacios y canales de comunicación e interacción que contribuyan a este proceso.

En fin, la Carta evidencia el protagonismo que toma la comunicación, entendiendo la doble visión: la digital como instrumento para el acceso y participación y la humana como escenario de cambio, hacia un ciudadano más consciente y responsable del protagonismo que lleva a cabo en ejercicio de sus derechos y libertades, en la construcción de su propia realidad y del fortalecimiento democrático.

SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA. UNA VISIÓN DESDE LA ECONOMÍA

Antonio Javier RAMOS LLANOS*

Departamento de Economía Universidad Pontificia Comillas

I. INTRODUCCIÓN

El Sector público es un agente económico fundamental para que los ciudadanos puedan convivir en una sociedad. Su intervención incide de forma trascendental y continúa en los demás agentes económicos y sociales. Hogares y empresas nos beneficiamos del gasto social, de la seguridad ciudadana, de la cultura pública, de las infraestructuras públicas, de las instituciones jurídicas, ... Asimismo, nos preocupan y afectan sus decisiones sobre protección medioambiental, seguridad sanitaria, defensa nacional, políticas económicas, demográficas y sociales. Y, por supuesto, todos pagamos impuestos para financiar su actividad. En definitiva, necesitamos su intervención para poder desarrollar muchas de nuestras actividades cotidianas, tanto a nivel social como económico.

Desde un punto de vista puramente económico, en una economía de mercado, su presencia es necesaria, aunque no suficiente, para resolver los fallos del propio mercado a través de las tres funciones fundamentales citadas por Musgrave (1959)¹:

- Función asignativa. Es decir, aquella orientada a contribuir a la asignación eficiente en una economía. Por ejemplo, la provisión de bienes públicos, la corrección de las externalidades, la reducción de riesgos e incertidumbres no asegurables en mercados privados, la promoción de la competencia, el estímulo al consumo de bienes de mérito (o bienes preferentes) y la disuasión al con-

* Es para mi un honor participar en esta obra homenaje al profesor José Luis Villegas Moreno, compañero en la Universidad Pontificia Comillas y, sobre todo, amigo. Agradezco mucho a los profesores Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Araujo-Juárez la amable invitación a participar en este merecido homenaje. ajramos@icade.comillas.edu

¹ MUSGRAVE, Richard A. *The Theory of Public Finance*. McGraw-Hill. New York. 1959.

sumo de bienes de demérito (o necesidades indeseables), la tributación sin costes de eficiencia y el establecimiento de instituciones normativas e infraestructuras que permitan la interacción entre los agentes, serían ejemplos de intervenciones públicas para promover la eficiencia económica.

- Función redistributiva. Esto es, la dirigida a redistribuir la renta y la riqueza de la sociedad para lograr un mayor grado de equidad o justicia. En este sentido la reducción de las desigualdades mediante programas de gasto público social o la tributación progresiva pueden contribuir al logro de esa deseada equidad. Conviene aclarar que no existe una única interpretación del concepto equidad o justicia. Los economistas normalmente estamos de acuerdo en que el mercado distribuye la renta y la riqueza de forma injusta, pero no hay conformidad en cuanto al significado de justicia o equidad, es una cuestión de juicios de valor.

- Función estabilizadora. Es la encaminada al logro de la estabilidad macroeconómica: estabilidad de precios o control de la inflación, reducción del desempleo, equilibrio de balanza de pagos y crecimiento económico sostenible respetuoso con el medio ambiente. La política fiscal (utilización de ingresos y gastos públicos) y la política monetaria son las principales políticas económicas coyunturales para lograr estos objetivos.

En definitiva, El Sector Público debe contribuir en una economía al crecimiento económico inclusivo y sostenible, es decir, a lograr el gran objetivo de toda economía: el desarrollo sostenible.

Partiendo de la idea de que la iniciativa privada y los mercados competitivos son buenos principios para el logro de eficiencia en la asignación de los recursos, frecuentemente en los mercados se producen fallos en su funcionamiento que provocan ineficiencias y que requieren intervención pública. Además, el libre funcionamiento de los mercados (incluso en un teórico modelo ideal con competencia perfecta) no resuelve satisfactoriamente la cuestión de la cohesión social y la preservación del medio ambiente, entre otras cuestiones.

Por ello, en nuestros sistemas económicos, el Sector Público juega un papel subsidiario del mercado, vigilando y ordenando su buen. Y, por tanto, son los fallos de funcionamiento del mercado los que, desde un punto de vista económico, justificarían la actuación pública. Aunque no todos los fallos del mercado legitimarían dicha intervención pues en ocasiones, el Sector Público no es capaz de solucionar el fallo (incluso podría agravarlo). Además, conviene advertir que también existen fallos en el funcionamiento del Sector Público (ineficiencias, corruptelas, duplicidades, ...).

En este trabajo se va a describir el Sector Público español, fundamentalmente desde una perspectiva económica: componentes, dimensión y finanzas.

II. SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL

1. Componentes

Aunque existen múltiples clasificaciones de las instituciones que componen el Sector Público español, tanto desde el ámbito económico como jurídico, desde una perspectiva económica es frecuente distinguir entre Sector Público en sentido amplio (o Sector Público), que estaría compuesto por las Administraciones Públicas (AAPP) y el Sector Público empresarial (empresas públicas), y Sector Público en sentido estricto (o Sector Público Administrativo), que estaría integrado por las Administraciones Públicas.

TABLA 1. COMPONENTES DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL

Sector Público Español	Administraciones Públicas (Sector Público Administrativo)	Administración Central	<ul style="list-style-type: none">• Estado²• Organismos Autónomos del Estado
		Administración Autonómica	<ul style="list-style-type: none">• 17 Comunidades Autónomas³• 2 Ciudades Autónomas
		Administración Local <ul style="list-style-type: none">• Corporaciones Locales	<ul style="list-style-type: none">• 50 Provincias• Municipios⁴• Otros

² En la práctica, dada su importancia, muchas veces se utiliza la palabra Estado para referirse al conjunto del Sector Público, aunque como vemos es un componente de la Administración Central. Entre otras instituciones del Estado, se pueden destacar: Jefatura del Estado (Casa Real), Gobierno y Administración, Cortes Generales, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional, Consejo de Estado y Consejo Económico y Social.

³ Gobiernos subcentrales regionales que, dentro del ordenamiento constitucional español, están dotados de autonomía legislativa y competencias ejecutivas, así como de la facultad de administrarse mediante sus propios representantes. La estructura de España en comunidades autónomas se recoge en la Constitución Española de 1978. En su artículo 2 se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que componen el Estado. La Constitución establece los poderes que pueden ser asumidos por las Comunidades Autónomas y aquellos que sólo se le pueden atribuir al Estado.

⁴ En 2020 había en España 8.131 Municipios. El número de municipios por provincia es muy diverso. La provincia que más tiene, Burgos, cuenta con 371 municipios, mientras que Las Palmas es la que tiene menos municipios, 34. Hay 5.007 municipios, es decir el 61,6% del total, que tienen menos de 1000 habitantes representando el 3,1% de la población. Sin embargo, 63 municipios, el 0,77% del total, cuentan con más de 100.000 habitantes, lo que supone el 40,1% del total de la población española.

		Administración Seguridad Social	<ul style="list-style-type: none"> • Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) • Instituto Social de la Marina (ISM) • Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) • Gerencia de Informática de la Seguridad Social.
	Empresas Públicas (Sector Público empresarial)	Empresas Públicas financieras Empresas Públicas no financieras Otras: Fundaciones, Consorcios, ...	<ul style="list-style-type: none"> - De ámbito estatal - De ámbito autonómico - De ámbito local

Fuente: elaboración propia

2. *Dimensión del Sector Público español*

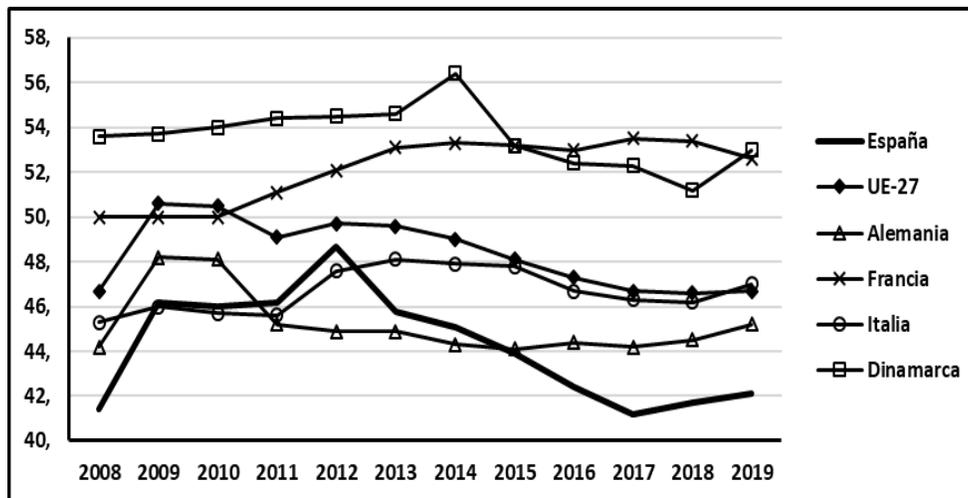
Para conocer y medir el tamaño o dimensión de un sector público desde una perspectiva económica, se suelen utilizar en la práctica diversos indicadores que permiten valorar la propia intervención pública y cuantificar su presencia en una economía. De todos ellos, los más frecuentemente utilizados son los que relacionan gastos e ingresos públicos con el PIB de la economía.

En comparación con los países de nuestro entorno europeo podemos ver como la presencia del Sector Público en España está por debajo de la media comunitaria tanto en el índice de gastos como en el de ingresos públicos, y, por ejemplo, es mucho menor que en Francia y Dinamarca.

Respecto al gasto público en porcentaje del PIB, en el gráfico 1 se ve como el indicador español está por debajo del de la mayor parte de los países europeos de referencia⁵. Se puede observar el intenso aumento al principio de la crisis de 2008, fundamentalmente por el aumento del desempleo y por las políticas fiscales iniciales expansivas, y la posterior caída tras la aplicación de políticas de austeridad.

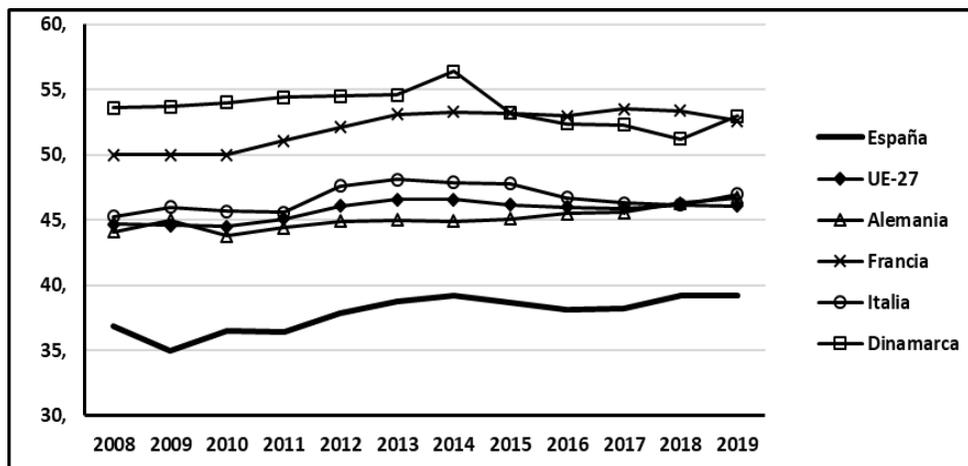
⁵ Como países de referencia, este trabajo ha considerado relevantes países de la Unión Europea con datos económicos y sociales favorables.

GRÁFICO 1. GASTO PÚBLICO EN ESPAÑA Y EN PAÍSES DE REFERENCIA, EN % DEL PIB. 2008-2019



Fuente: elaboración propia con datos de Eurostat.

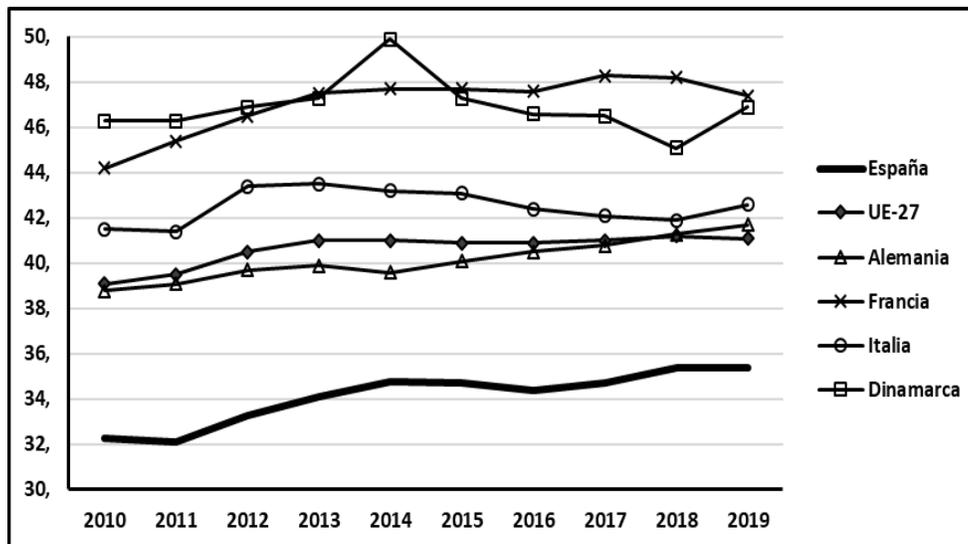
GRÁFICO 2. INGRESO PÚBLICO EN ESPAÑA Y EN PAÍSES EUROPEOS DE REFERENCIA, EN % DEL PIB. 2008-2019



Fuente: elaboración propia con datos de Eurostat.

Similar al anterior, también es frecuente utilizar el indicador de la presión fiscal, es decir, los impuestos (incluyendo en este caso, las cotizaciones sociales) en relación con el PIB. Este índice es de los más utilizados a nivel internacional para hacer comparaciones en el tiempo y en el espacio sobre el tamaño de un sector público. Teniendo en cuenta que los impuestos representan la mayor parte de los ingresos públicos, el gráfico 3 muestra resultados análogos al anterior.

GRÁFICO 3. PRESIÓN FISCAL (IMPUESTOS INCLUYENDO LAS COTIZACIONES SOCIALES) EN % DEL PIB. 2010-2019



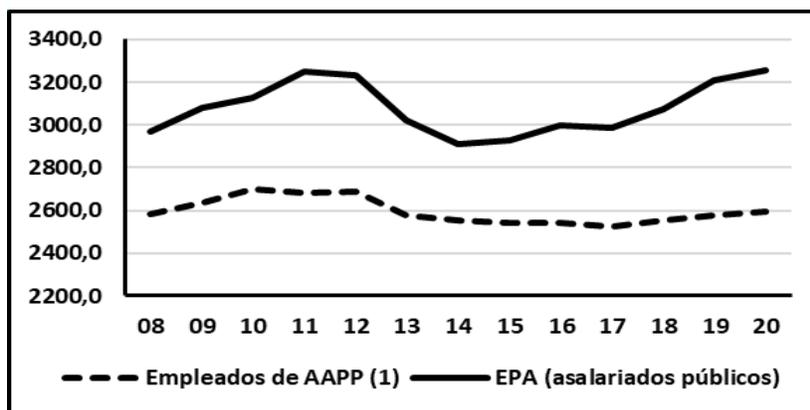
Fuente: elaboración propia con datos de Eurostat.

También es frecuente medir la presencia del Sector Público en función del número de empleados que trabajan en él.

En el caso español los empleados públicos pueden ser funcionarios de carrera, personal laboral u otro personal (contratados, funcionarios interinos, personal eventual, ...). Es complicado conocer la cifra exacta de trabajadores en el Sector Público español pues no existe un registro único. Según la Encuesta de Población Activa (EPA) del Instituto Nacional de Estadística (INE) (3º Trimestre de 2020) son 3.337.100, mientras que el Registro Central de Personal de las Administraciones del Ministerio de Política Territorial y Función Pública (enero de 2020) recoge 2.597.700, es decir 739.400 menos, pues no tiene en cuenta, entre otros, a los trabajadores de las empresas públicas.

En el gráfico 4, vemos diferencias en las cifras de la EPA (INE) y en las del Registro del personal de las Administraciones públicas (Mº Política Territorial y Función Pública). Se observa en ambos como a partir de 2012 se produce una gran caída en el número de empleados públicos. Y a partir de enero de 2017 la cifra vuelve a aumentar.

GRÁFICO 4. EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE EMPLEADOS PÚBLICOS EN ESPAÑA. SEGÚN EL INE Y EL MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA. 2008-2020

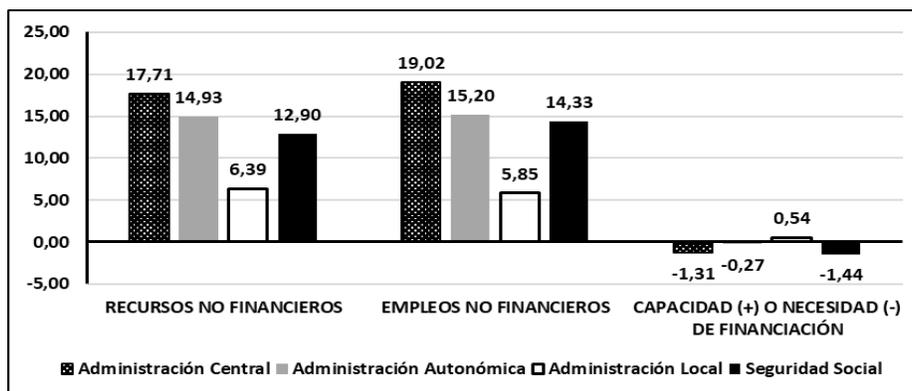


Fuente: EPA (INE) y (1) M^o Política Territorial y Función Pública

3. Dimensión de las Administraciones Públicas

En relación con el tamaño de las Administraciones Públicas españolas en función del peso de ingresos y gastos públicos en relación con el PIB, podemos ver en el gráfico 5 como la Administración Central, la Autonómica y la Seguridad Social tienen un peso importante, siendo la Administración Local la más reducida cuantitativamente. Conviene apuntar, no obstante, la importancia cuantitativa de las Corporaciones Locales, que gestionan gran parte de servicios que afectan a las actividades cotidianas de los ciudadanos (limpieza de calles, recogida de basuras, seguridad ciudadana, tráfico urbano, ...).

GRÁFICO 5. RECURSOS NO FINANCIEROS (INGRESOS) Y EMPLEOS NO FINANCIEROS (GASTOS) DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, EN ESPAÑA EN % DEL PIB. 2008

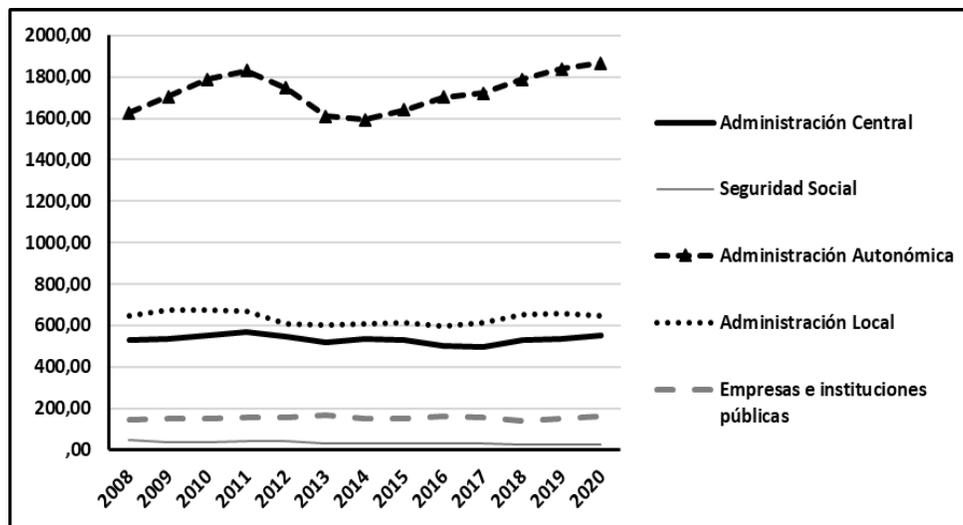


Fuente: elaboración propia con datos de la Intervención General del Estado (IGAE)

Desde el inicio del proceso de descentralización a raíz de la aprobación de la Constitución de 1978 se ha observado la pérdida de peso de la Administración Central que ha ido cediendo importantes competencias de gasto público (como la educación y sanidad) y también de ingresos públicos a las Comunidades Autónomas.

En cuanto a los empleados públicos por Administraciones Públicas, la mayor parte de los asalariados públicos corresponden a las Comunidades Autónomas (56,8% del total en los tres últimos años). Son estos los que más han crecido en periodo de crecimiento y los que más se reducen en recesión.

GRÁFICO 6. ASALARIADOS DEL SECTOR PÚBLICO POR TIPO DE ADMINISTRACIÓN



Fuente: elaboración propia con datos de la EPA (INE).

Según los datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁶, en 2015, el peso del empleo público en España, 15,7% del empleo total, estaba por debajo de la media de los países de la OCDE, 18%, muy próximo a países como Portugal (15%) y Reino Unido (16%), por encima de Italia (14%), y Alemania (11%)⁷ y muy por debajo de Francia (21%).

Noruega (30%), Dinamarca (29%), Suecia (29%) y Finlandia (25%) encabezan la lista. Mientras que Japón (6%) y Corea del Sur (8%) ocupan los últimos lugares.

⁶ Government at a Glance - 2017 edition.

⁷ Aunque conviene aclarar que en el caso de Alemania no se incluyen trabajadores del sector sanitario.

En la citada publicación de la OCDE también podemos destacar el dato de que nuestro país es uno de los que tiene empleados públicos con más edad. El 35% tiene más de 55 años (por encima solo están Italia, 45% e Islandia, 40%). La media de la OCDE es el 24%. El porcentaje de empleados públicos en España con menos de 34 años es el 5% (solo por encima de Grecia, 4%, e Italia, 2%). La media de la OCDE es del 18%.

III. FINANZAS PÚBLICAS EN ESPAÑA

En este apartado se analizará la evolución de los principales indicadores de la situación financiera de las Administraciones Públicas españolas desde 1995 hasta la actualidad. Tras examinar la evolución de ingresos y gastos públicos nos centraremos en la capacidad o necesidad de financiación de las Administraciones Públicas y de la evolución de la Deuda Pública.

En estos 25 años podemos distinguir cuatro periodos:

- 1995-2007. Gran crecimiento económico y creación de empleo en España, aunque con importantes desequilibrios (fundamentalmente en el sector exterior y en el endeudamiento del sector privado).

- 2008-2013. Gran Recesión. Periodo de crisis financiera internacional y pinchazo de la burbuja inmobiliaria, con efectos muy negativos en España en términos de producción, renta y empleo.

- 2014-2019. Periodo de recuperación económica incompleta y desigual.

- 2020-... situación inédita e imprevisible a nivel mundial con importantes costes humanos y económicos: crisis sanitaria internacional provocada por el Covid-19. En este caso se van a incorporar en algunos de los siguientes gráficos las últimas previsiones disponibles del Banco de España⁸ sobre la evolución del déficit y de la deuda pública hasta el año 2023. En estas previsiones, el Banco de España contempla tres escenarios en función de la marcha de la pandemia: suave, central y severo.

- El escenario suave supone una evolución favorable de la pandemia desde el primer trimestre de 2021 y una distribución eficaz de las vacunas, lo que hará que las necesidades de contención no sean tan elevadas en los próximos meses. Con ello, se prevé un avance más favorable en los próximos trimestres del consumo, inversión y producción.

- El escenario central contempla la posibilidad de que, en los próximos meses, siga habiendo brotes de la enfermedad parecidos a los que se han ido produciendo después del verano y que, por tanto, sea necesario

⁸ Banco de España (2020). Proyecciones macroeconómicas de la economía española (2020-2023): Contribución del Banco de España al ejercicio conjunto de proyecciones del Eurosistema de diciembre de 2020.

aplicar medidas de contención similares. Por ello, actividades como el ocio y la hostelería se verían directamente afectadas y las demás de forma indirecta por los efectos de arrastre. Supone avances médicos desde 2021 lo que permitiría una reducción gradual de las medidas de contención, hasta su desaparición al inicio de 2022.

➤ Por último, el escenario severo asume que puedan producirse repuntes de la enfermedad a corto plazo, lo que haría necesario el endurecimiento de las medidas de contención por encima de los niveles vigentes en el período más reciente. Esto afectaría no solo a las ramas de servicios con un alto grado de interacción social, sino que además incidiría también de forma directa sobre otros sectores productivos. Asimismo, este escenario entiende que la adaptación de los agentes ante la pandemia será menor, lo que supondrá una evolución más desfavorable de la actividad en los últimos meses de 2020.

En el periodo anterior a la Gran Recesión de 2008, el Sector Público español disfrutaba de una situación financiera muy favorable: había superávit presupuestario y la deuda pública, en porcentaje del PIB, era de las más bajas de la Unión Europea.

Con la crisis económica de 2008 se produjo un fuerte incremento del déficit público y de la deuda, sobre todo en 2009 y 2010 debido, por una parte, a la intensa caída de los ingresos fiscales en las principales figuras tributarias, por la disminución de las bases imponibles (reducción del producto, renta, gasto y empleo). Y, por otra parte, al aumento del gasto público por las políticas expansivas de gasto al inicio de la crisis (para tratar de amortiguar la recesión), el incremento de los gastos procedentes de los estabilizadores automáticos (fundamentalmente el desempleo) y por los gastos derivados de las ayudas a diversos sectores económicos (principalmente, los rescates a las instituciones financieras).

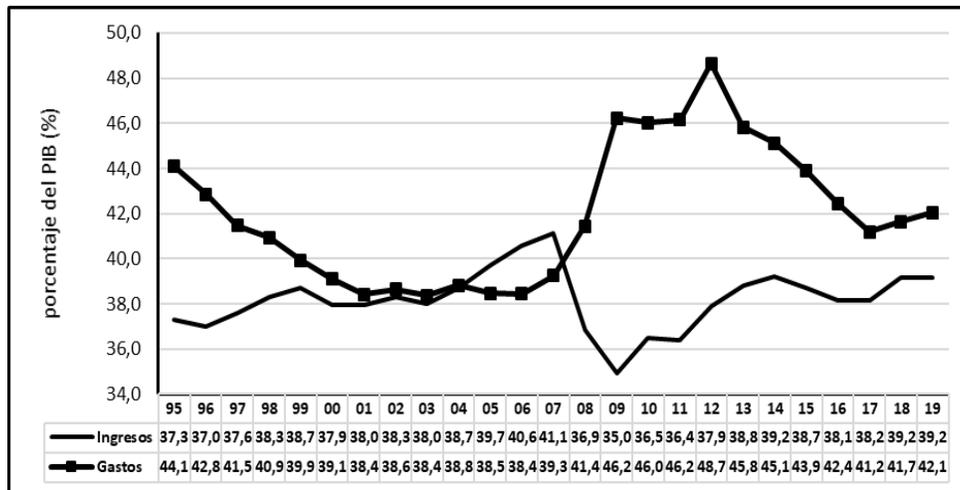
Además, el incremento de la deuda y la crisis de la deuda soberana de 2010, que disparó la prima de riesgo, supuso un crecimiento muy considerable de los pagos por intereses. Lo cual a su vez aumentó el gasto público dando lugar a un círculo vicioso.

En el gráfico 7 se recoge la evolución de los ingresos financieros (ingresos corrientes + ingresos de capital) y los gastos no financieros (gastos corrientes + gastos de capital) de las Administraciones Públicas.

Se puede observar el fuerte incremento del gasto en el periodo de la Gran Recesión (subsidijs de desempleo, política fiscal expansiva, aumento de gasto por intereses de la deuda) y la gran caída de los ingresos (al caer la renta, el consumo y el empleo). Previamente, en el periodo anterior, de gran crecimiento económico, se produce el ajuste de ingresos y gastos para alcanzar el equilibrio e incluso superávit entre 2005-2007.

En el periodo de recuperación (2014-2019), por el lado del gasto, se reducen los estabilizadores automáticos (por la disminución del desempleo, principalmente). Y, por el lado de los ingresos, aumentan al hacerlo las bases imponibles (producto, gasto, renta) y al aumentar el empleo.

GRÁFICO 7. RECURSOS NO FINANCIEROS (INGRESOS) Y EMPLEOS NO FINANCIEROS (GASTOS) DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, EN ESPAÑA EN % DEL PIB. 1995-2019



Fuente: elaboración propia con datos de IGAE

En el gráfico 8 se muestran los datos de la Capacidad (superávit) o Necesidad (déficit) de financiación, es decir, la diferencia entre los ingresos no financieros y los gastos no financieros.

Se percibe como en el periodo 1995-2007 se produce una reducción del déficit público para cumplir, primero, con los criterios de convergencia del Tratado de Maastrich (también conocido como Tratado de la Unión Europea (TUE)) y poder entrar en la Unión Económica y Monetaria (UEM) y, segundo, con el Pacto de Estabilidad Europea.

En 2004 prácticamente se alcanza el equilibrio y en 2005, 2006 y 2007 hay superávit.

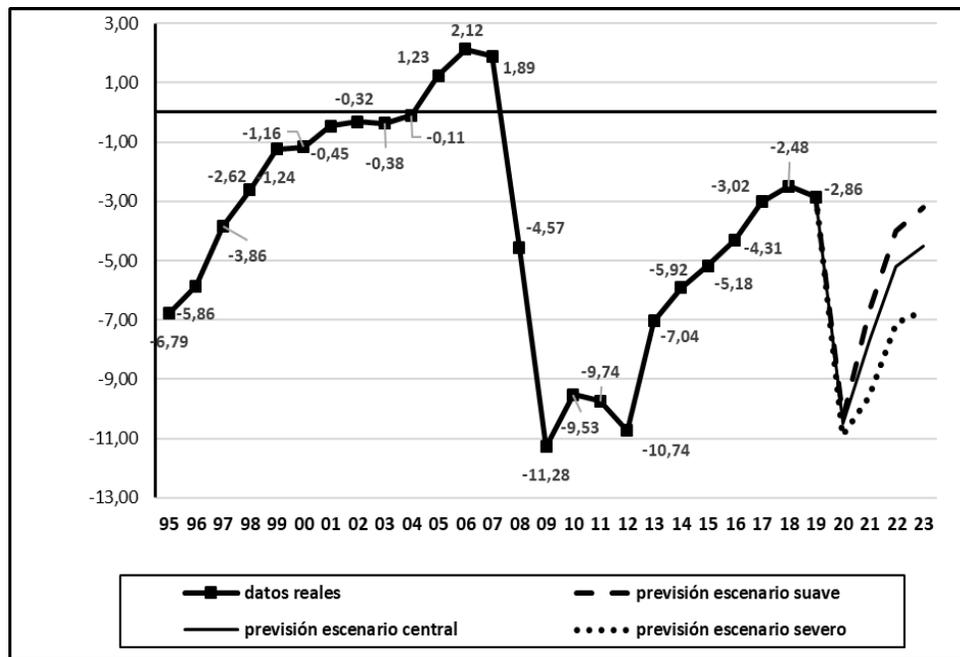
El cambio brusco que tiene lugar en 2008, tanto en el ingreso como en el gasto, tal y como se ve en el gráfico 7, afecta intensamente al saldo presupuestario, llegando el déficit a cifras inquietantes, 11,3% del PIB en 2009 y 10,5% en 2012.

Esto obliga a implementar políticas de austeridad impuestas fundamentalmente desde el exterior (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional, la denominada 'troika').

En el periodo 2014-2019 se avanza hacia el ajuste de las cuentas públicas, llegando en 2018 a un déficit del 2,5% del PIB, aunque en 2019 se observa un aumento hasta el 2,9% del PIB. Pero la variable fundamental es el crecimiento de la economía (el crecimiento del PIB supone aumento en el denominador de los ratios respecto al PIB).

Los datos disponibles de los primeros meses de 2020 muestran una brusca caída como consecuencia de la crisis sanitaria internacional, causada por el Covid-19, debido a la caída de la actividad económica por las medidas adoptadas para luchar contra esta enfermedad y por el aumento de gasto sanitario y de alivio social y económico de sectores muy afectados por la pandemia. En este gráfico también se han representado las previsiones del Banco de España en función de los tres posibles escenarios citados anteriormente.

GRÁFICO 8. CAPACIDAD O NECESIDAD DE FINANCIACIÓN (INGRESO NO FINANCIERO-GASTO NO FINANCIERO) DE LAS AAPP EN ESPAÑA, EN % DEL PIB. 1995-2019 Y PREVISIONES HASTA 2023



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de España

El gráfico 9 expone los datos correspondientes a la deuda de las Administraciones Públicas en España (la deuda pública).

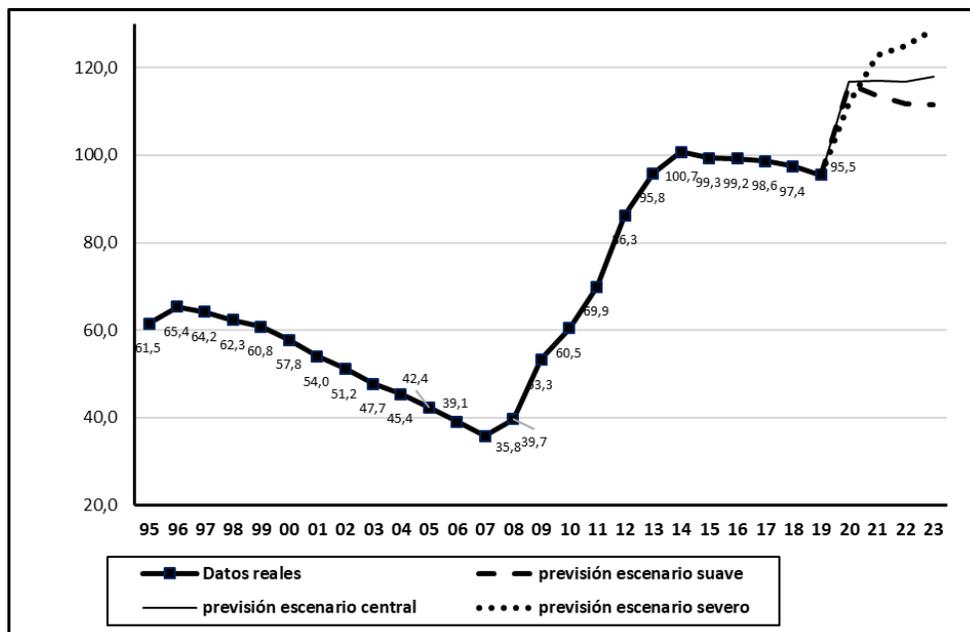
Durante el periodo de intenso crecimiento (1995-2007) se produce un creciente ahorro público que, junto con el moderado aumento del gasto de capital, logra que las finanzas públicas, muy deficitarias en 1995, obtengan capacidad de financiación (superávit), como hemos visto en el gráfico anterior. Gracias a

esta mejoría del saldo presupuestario tiene lugar una notable reducción del endeudamiento público (del 61,5% del PIB en 1995 al 35,8% en 2007). El saneamiento de las cuentas públicas en la etapa de crecimiento permitió también cumplir con el criterio de la Deuda del Tratado de Maastricht (<60% del PIB) para poder acceder a la UEM (euro). Sin embargo, la crisis económica de 2008 y el intenso crecimiento del déficit, llevó la deuda pública a unos niveles preocupantes, por encima del 100% del PIB en 2014⁹.

En el periodo de recuperación, y debido fundamentalmente al incremento del PIB, se redujo la deuda pública hasta el 95,5% en 2019.

El estallido de la crisis originada por el COVID-19 ha provocado un nuevo aumento de la deuda pues para hacer frente a la pandemia y sostener los servicios públicos ha sido necesario aumentar las emisiones de deuda, lo que ha causado un fuerte incremento de las necesidades de financiación¹⁰.

GRÁFICO 9. DEUDA PÚBLICA EN ESPAÑA, EN % DEL PIB. 1995-2019 Y PREVISIONES HASTA 2023



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de España

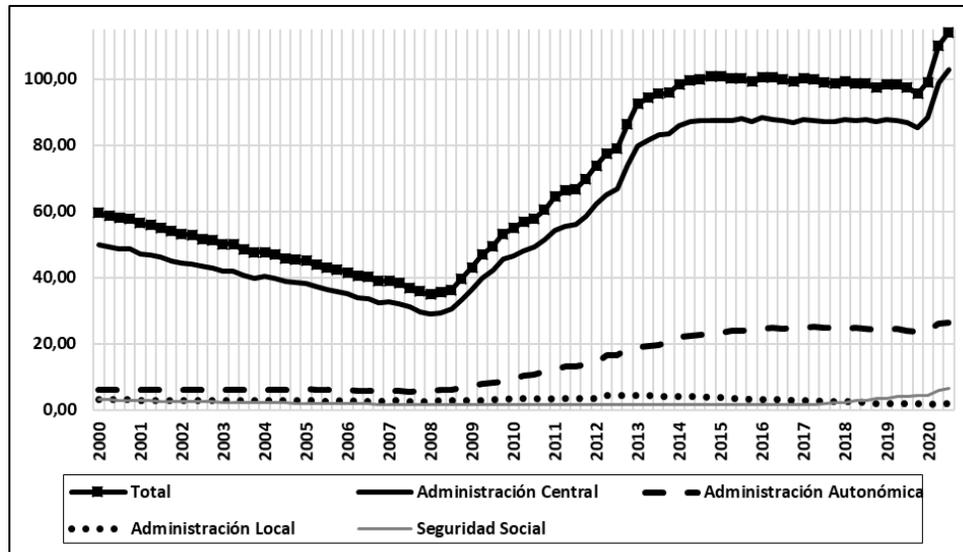
En el gráfico 10 del Banco de España, vemos la caída en todas las Administraciones Públicas en el periodo de gran crecimiento y el brusco aumento

⁹ Citado en ESPÍNOLA, J.R. y RAMOS, A.J. *Economía Española: de la gran crisis a la desigual recuperación*. Editorial Universitas. 2018.

¹⁰ <https://www.tesoro.es/deuda-publica>.

(sobre todo en el caso de la Administración Central y la Administración Autonómica) durante el periodo de Gran Recesión. En el periodo de recuperación se observa una cierta estabilización truncada con la llegada de la pandemia del COVID-19 en 2020.

GRÁFICO 10. DEUDA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN (%) DEL PIB. 2000- SEPT. 2020



Fuente: Banco de España. Deuda según el Protocolo de Déficit Excesivo

IV. CONCLUSIONES

Tras una corta crisis que registró la economía española entre 1991 y 1993, en 1995 las finanzas públicas españolas estaban muy desequilibradas, el ahorro público y el saldo presupuestario eran muy negativos. Entre 1995 y 2007 la economía española crece de forma intensa y se ajustan las finanzas públicas. Por un lado, aumenta la presión fiscal y, por otro, se modera el crecimiento del gasto corriente, haciendo posible que en los últimos años del periodo (2005-2007) el ahorro público y la capacidad de financiación presenten cifras positivas.

A partir de 2008, con la Gran Recesión, como consecuencia de las caídas del producto, el empleo, la renta y el gasto, que debilitan las bases imponibles, las finanzas públicas experimentan un cambio sustancial. La recaudación tributaria se reduce y, en cambio, el gasto público corriente crece mucho más que el PIB. La consecuencia es un muy elevado déficit público.

Detrás de la intensa caída de la recaudación fiscal española durante la crisis de 2008 se encuentra no sólo el descenso del producto, el empleo, la renta y el gasto, sino también el fraude y la elusión fiscal.

Y en el último año, el estallido de la gran crisis sanitaria internacional, debido al COVID-19, está afectando muy gravemente a nuestras sociedades, con gran coste en vidas y con una grave crisis económica.

Este inédito e inquietante contexto está exigiendo respuestas inmediatas de los sectores públicos para, en primer lugar, salvar vidas, y, en segundo término, mitigar los daños sociales y económicos que está causando la pandemia. Estas respuestas suponen un notable incremento del gasto público. Además, las medidas de prevención y protección contra el COVID-19 han supuesto un parón en la actividad económica de muchos sectores y una reducción del gasto y del empleo. Ello incide tanto en el gasto como en el ingreso público y está disparando, de nuevo, las cifras del déficit público y de la deuda pública.

El equilibrio de las finanzas públicas es uno de los principales objetivos para alcanzar la estabilidad económica.

Las finanzas públicas mantienen una estrecha interrelación con la economía real (empresas y hogares) a través de la fiscalidad y del gasto público. Por ello, las finanzas públicas actúan como un mecanismo amortiguador o estabilizador de la dinámica de la economía real, pudiendo afirmarse que la buena o la mala marcha de la economía real y la de las finanzas públicas van unidas.

También las finanzas públicas mantienen una gran conexión con el sistema financiero, pues los déficits públicos son financiados con emisiones de deuda pública en gran parte adquirida por los bancos. En consecuencia, también la salud de los bancos y la de las finanzas públicas van ligadas.

Para equilibrar las cuentas públicas se debe actuar tanto por el lado de los ingresos como por el de los gastos. Tradicionalmente, el déficit público en España se debía fundamentalmente a una insuficiencia de ingresos más que a un exceso de gastos.

Como hemos visto, España no tiene un mayor gasto en relación al PIB que los países de referencia o la media de la UE, pero sí tiene menor ingreso (fiscal) en relación a su PIB que en dichos países de referencia.

Desde la perspectiva del gasto, hay múltiples los ejemplos de gastos públicos fallidos, por ejemplo, en infraestructuras infrautilizadas, en duplicidades, en despilfarros, en corruptelas... Además, las cuestionadas políticas de austeridad han afectado gravemente a la educación, sanidad, dependencia, ...

Hay que mejorar la eficiencia y equidad de nuestro gasto público, analizando la auténtica necesidad y eficacia de las partidas presupuestarias y políticas de gasto. Asimismo, es fundamental incrementar la lucha contra la corrupción, que no solo supone más gasto, también deteriora gravemente la confianza de los ciudadanos en el sistema político, incluso de la propia democracia¹¹.

¹¹ Citado en ESPÍNOLA, J.R. y RAMOS, A.J. *Economía Española: de la gran crisis a la desigual recuperación*. Editorial Universitas. 2018.

¿QUÉ ES EL SER TACHIRENSE?

Samir A. SÁNCHEZ*

Profesor en la Universidad Católica del Táchira

PRESENTACIÓN

Atendiendo la cordial invitación de los doctores Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Araujo Juárez, para participar en la obra colectiva que se titulará “Retos del Derecho público en la tercera década del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor José Luis Villegas Moreno”, mi aporte toma una desviación del sapiencial camino del Derecho, que caracteriza a esta compilación, y opta por seguir otros derroteros, aquellos que guía y traza el afecto fraternal y una dilatada amistad.

Conocí al Dr. José Luis Villegas Moreno en los albores de su juventud. Mi hogar se convirtió en su hogar y mi familia en su familia, cuando inició sus estudios en la carrera de Derecho en la Universidad Católica del Táchira, en San Cristóbal. A pesar de esa juventud, ya había recorrido una larga senda desde su natal Belmonte, en tierras castellano-manchegas, en España, pasando por la ciudad de Valera, en el Estado Trujillo, hasta recalar en “la tierra del amor sencillo,/tierra que entre colinas se destaca,/con su olor a romero y a tomillo,/a arrayán, pomarrosa y albahaca” -como él siempre lo evoca al citar al poeta Manuel Felipe Rugeles- en San Cristóbal, en el Táchira, en Venezuela, en “los hombros de América” como la llamara el genio de Rafael Alberti, en 1940. Allí arraigó, y sus raíces ibéricas se enriquecieron y multiplicaron con la noble sabia de la tierra tachirensis, dando frutos buenos y abundantes.

* Profesor titular de las asignaturas de Historia del Arte, Historia del Urbanismo y de Métodos en la Investigación Científica en la Universidad Católica del Táchira (San Cristóbal - Venezuela). Con doctorado en Filosofía y Letras (Historia y Sociedades) por la Universidad de Deusto (Bilbao/Euskal Herria/España, 2002), es autor de libros como «San Cristóbal Urbs Quadrata» (2003) y «Mors Memoriae o la Extinción de la Memoria» (2011), entre otros. Es profesor invitado en la Maestría Arquitectura, Ciudad e Identidad del Departamento de Arquitectura de la Universidad Nacional Experimental del Táchira (San Cristóbal). Autor-editor de la plataforma virtual educativa «Proyecto Experiencia Arte» [www.bitacorasamisan.blogspot.com].

Esos frutos familiares, profesionales y académicos, así como la extraordinaria productividad en la investigación jurídica, los forjó desde dos principios que guiaron su actuar como estudiante, docente e investigador: método y disciplina. Sobre los mismos cimentó sus logros.

Por todo ello, quede este trabajo filológico sobre la formación de los gentilicios tachirenses, como un sencillo homenaje que se agrega, tal vez de forma sui géneris, a esta valiosa compilación de ciencia jurídica y gratitud hacia un hermano, un conciudadano, un manchego y quijote; hacia un extraordinario ser humano que hizo suyo y se consustanció con el gentilicio tachirense, el Dr. José Luis Villegas Moreno.

I. ¿QUÉ ES EL SER TACHIRENSE?

Los tachirenses al cuestionarnos desde lo ontológico, nos hallamos ante una paradoja o contradicción: a diferencia de lo que puede ocurrir en otras regiones del país, una sola palabra no resulta completa para definirnos.

Por el contrario, nos encontramos ante una riqueza de categorías conceptuales –cuyas definiciones, en cada uno de sus contextos, no son excluyentes, ninguna excluye a la otra- que intentan expresar lo que somos, por qué somos así y cómo estamos siendo ahora.

Para muchos de nosotros, tachirenses, el Táchira es más que un estado, es una realidad cultural singular, única, una tautología lógica, por ello estas palabras –cual patrimonio léxico- nos ofrecen la oportunidad de comprendernos en lo intelectual, emocional y físico; desde la cadencia y la sonora musicalidad del habla hasta la fuerza telúrica que nos anima. Sólo quien vive en Los Andes, o ha visto la imponente majestuosidad de Los Andes –en palabras del eximio filósofo José Manuel Briceño Guerrero compartidas en enriquecedoras tertulias, de tiempos ya idos- puede comprender y dimensionar esa fuerza telúrica, que dimana de las entrañas de la misma tierra.

Es de allí, desde donde se debe iniciar cualquier proceso de intelección sobre el ser tachirense, –sobre los tachirenses, reconocidos, con acierto, desde la antropología etnográfica y por analogía como «los vascos de Venezuela», por su trascendente espíritu, indómito y libérrimo, de apego a sus milenarias montañas y dedicación al trabajo arduo; un espíritu que alcanzó a marcar los tiempos de toda una nación y el cual bien se puede contextualizar –con sus fortalezas y fragilidades, de forma metafórica- en las palabras que coloca Goethe en Fausto, en una conversación con su alumno y fámulo Wagner, «*Was ihr den Geist der Zeiten heisst, Das ist im Grund der Herren eigener Geist, In dem die Zeiten sich bespiegeln*/Lo que llamas el espíritu de los tiempos es, en el fondo, el espíritu de la gente en quienes los tiempos se reflejan» (Kaufmann, Walter Arnold, *Goethe's Faust*, Bilingual edition, Anchor Books, New York, 1963, p. 143).

1. ¿Qué es ser tachirense?

Los anteriores planteamientos filosóficos nos conducen a la interrogante planteada. Las respuestas pueden ser muy variadas y no necesariamente ser coincidentes o estar en acuerdo con las mismas, por cuanto ser tachirense es una experiencia o vivencia muy individual, muy personal, que se adentra más en los campos de la intrahistoria unamuniana.

En nuestro caso, les comparto mi propia vivencia del ser tachirense:

Es sentirse parte consustancial con el *País Tachirense*, denominación que, en el siglo XIX, le diera el viajero alemán Christian Anton Goering (1836-1905): '*Das Tachiranisch Land*' ('*Vom tropischen Tieflande zum ewigen Schnee: eine malerische Schilderung des schönsten Tropenlandes Venezuela*', 1893), por recordarle los ländern del sur de su Alemania natal.

Es descubrir y conocer cómo, desde el origen de los tiempos hasta el presente, la legendaria tierra del Táchira, una tierra de frontera ha marcado su impronta en las páginas de la historia universal.

Los tachirenses nos sentimos orgullosos de nuestra geografía de alta montaña, de frontera, de llanuras lacustres y fluviales y de los romos montes de la depresión central; de nuestra historia y de nuestra identidad cultural. Por ello, si algo nos identifica y diferencia al hablar o al escribir, en nuestro singular acento montañoso, es por utilizar siempre el artículo determinado delante del sustantivo «Táchira». Un tachirense dice o escribe: «en el Táchira» o «soy del Táchira», nunca dirá «en Táchira» o «de Táchira».

Así, enfatizamos al oyente o al lector -o a quien nos dirigimos- que nos estamos refiriendo al Táchira como nuestra tierra y heredad, porque la misma es una tierra única.

Única en la música de su montaña vuelta tono sentimental, en el rasgueo de la guitarra; en el punteo de la mandolina; en el fervor de la serenata; en la nostálgica cadencia de un bambuco; en la gracia con que el sol esculpe la colina, la torre o la yunta, al atardecer; en el empeño que pone la lluvia y la neblina en difuminar las lontananzas, como lo escribiría el poeta.

Por igual, los tachirenses somos reconocidos -con acierto- desde la antropología etnográfica y por analogía, como «los vascos de Venezuela» por nuestro trascendente espíritu, indómito y libérrimo, por el respeto a la palabra dada, por el apego a nuestras milenarias montañas y por la dedicación al trabajo arduo. Desde ese espíritu emprendedor y aguerrido, llegamos a marcar los tiempos de toda una nación y de todo un siglo. Sólo así se podrá entender por qué el Táchira resulta único en su naturaleza, en su arte, en su cultura y en su espíritu indómito.

2. *Una terminología para entendernos, con ortografía etimológica e historia de las diversas categorías conceptuales tachirenses*

TACHIREÑO, ÑA. (Adjetivo étnico o gentilicio y adjetivo denominativo, utilizado en ocasiones como sustantivo. Deriva del nombre, masculino, ‘Táchira’ más el sufijo latino *-inēus*, que significa ‘pertenencia a’, transformado con el uso de la letra ñ, por duplicación fonética de la *n* al estar junto a una vocal latina breve, contracción del diptongo *ēu* y pérdida generalizada de la *s*, a través del romance castellano altomedieval. Adjetiva al sustantivo ‘Táchira’). || 1. Adjetivo étnico o gentilicio. Natural de la Provincia del Táchira. Término antiguo en desuso. || 2. Perteneciente o relativo a los cuatro cantones (municipios) occidentales de la provincia de Mérida de Venezuela (San Cristóbal, La Grita, Lobatera y San Antonio), entre 1830 y 1856. Adjetivo coloquial con los cuales estos cantones se diferenciaban, por su cualidad y carácter, del resto de los cantones de la provincia (Mérida, Ejido, Bailadores y Timotes), aun cuando el gentilicio de uso común era ‘merideños’ para toda la provincia, y ‘meridanos’ en el lenguaje culto. || 3. Adjetivo étnico o gentilicio oficial, perteneciente o relativo a la Provincia del Táchira, en Venezuela, entre 1856 y 1864.

Historia (documentada): *31 de julio de 1811:* En el preliminar de la Constitución de la Provincia de Mérida de Venezuela, luego de referirse el proceso de independencia de la provincia de la Corona española; inmediata secesión de la provincia de Maracaibo, y entrada como estado autónomo, libre y soberano en la Confederación venezolana, se identifican los extremos geográficos o límites de la provincia al referir «cuyos límites se extienden de Oriente á Poniente desde la Raya de Timotes, hasta el río Táchira [...]»; *4 de marzo de 1848:* «Yo empeño mucho a usted a fin de que con su influjo haga que todo se calme y se unan los tachireños a nosotros los merideños». Carta de Mons. Juan Hilario Bosset, Obispo de Mérida de Maracaibo, al Pbro. Camilo Otero, párroco de San Antonio del Táchira, cuando la Provincia de Mérida se sublevó contra el gobierno del General José Tadeo Monagas y declaró su separación de la unión venezolana, por los sucesos del asalto al Congreso Nacional, del 24 de enero de 1848 (Silva Olivares, Héctor, “Autonomía territorial, liberalismo y rebeldía en la Provincia de Mérida” en Revista *Procesos Históricos*, Universidad de Los Andes, N° 9, Mérida, enero 2006, p. 15: “Sumario contra el Reverendo Obispo de esta Diócesis Dr. Juan Hilario Bosset, por conspiración”, f. 107). *21 de marzo de 1848:* «Desde antaño había en esta provincia dos partidos eleccionarios, uno de los cantones de Oriente de ella o ‘de Mérida’ y el otro del Occidente o ‘del Táchira’, partidos puramente provinciales y nada más, siendo el último siempre el triunfante». Extracto de la Carta de defensa del P. Ciriaco Piñeiro, acusado de participar en el alzamiento contra el gobierno central, luego que el ejército expedicionario enviado por el Presidente Monagas, sometiera a la provincia de Mérida (en Chalbaud Cardona, Eloy, *Historia de la Universidad de Los Andes*, tomo VIII, 1987, pp. 502-504). *1 de julio de 1856.* Se oficializa el término «tachireños», al instalarse el primer gobierno de la Provincia del Táchira, presidido por Don Pascual Casanova quien lo utilizó en la primera proclama

oficial como Gobernador interino, dirigida a los habitantes de la provincia, el 1ero de julio de 1856 (Libro de instalación de la Provincia del Táchira, Archivo General de Estado Táchira, Libro N° 1, 1856). La provincia, autónoma, había sido creada el 14 de marzo de 1856. *30 de mayo de 1859*: «¡Tachireños! Una facción liberticida, que ha osado provocar a duelo la causa de la Legitimidad, amenaza trastornarlo todo y sumirlo de nuevo en el piélago insondable de desventuras y de ignominia en que batallábamos antes del glorioso cinco de marzo. Abusando de la clemencia del gobierno, unos pocos mal aconsejados, levantan en la República el estandarte sangriento de la rebelión, y ciegos de ira, inmolan a su venganza víctimas inocentes, estableciendo como Ley la devastación y el pillaje. / ¡Tachireños! cuento con vosotros, acudid sin tardanza al llamamiento de la autoridad para salvar el honor de vuestras familias y asegurar vuestros intereses. No tenéis enemigos que combatir en la Provincia porque todos sus habitantes a una se ostentan leales defensores de las instituciones; pero acaso os será preciso llevar vuestras armas redentoras para liberar a vuestros hermanos de otras partes, o para resistir aquella vandálica agresión de los revoltosos, si es que el delirio los induce a venir a buscar en nosotros su escarmiento y su exterminio [...]». Proclama de Agustín Navarro, Gobernador y Jefe Superior Político del Táchira, a sus habitantes, con motivo de llegar a la Provincia del Táchira las noticias del inicio de la guerra de la Federación (Archivo General del Estado Táchira, tomo XIV, año 1859).

TACHIRENSE. (Adjetivo étnico o gentilicio y adjetivo denominativo neutro, gentilicio, plural ‘tachirenses’. El término deriva del sustantivo ‘Táchira’ y del sufijo clásico latino o desinencia *-ensis*, el cual denota relación, pertenencia, procedencia y adjetiva al sustantivo ‘Táchira’. Es utilizado en ocasiones como sustantivo). || 1. Adjetivo étnico o gentilicio. Natural del Estado Táchira. || 2. Perteneciente o relativo al Estado Táchira. || 3. Adjetivo étnico o gentilicio oficial del Estado Táchira, desde 1872.

Historia (documentada): *6 de junio de 1862*: El Gobernador encargado de la Provincia del Táchira, Dr. Pedro M. Arellano, al lanzar su primera proclama como ‘Gobernador sustituto’ de la provincia, hace uso del término ‘¡Tachirenses!’ (Periódico Registro Oficial, Caracas, 31 de diciembre de 1862, p. 368); *20 de noviembre de 1872*: Se oficializa el término, al quedar especificado en el artículo 10º, del Título III (De los Derechos y Deberes de los ciudadanos del Táchira) de la Constitución del Estado Táchira, sancionada en la referida fecha. El gentilicio *tachirense* fue incluido en el *Diccionario de la Lengua Española*, editado por la Real Academia Española, en 1967 (Boletín de la Real Academia Española, tomo XLVII, mayo-agosto de 1967, Cud. CLXXXI, Madrid, p. 198).

TACHIRENSIDAD. (Nombre abstracto, femenino, término idiomático castellano como sustantivo abstracto de cualidad. Deriva del adjetivo denominativo neutro o adjetivo étnico ‘tachirense’, más el sufijo *-dad*, que procede de la desinencia de origen latino *-tas, -ātis* la cual modifica al adjetivo étnico o gentilicio, para convertirlo en sustantivo abstracto de cualidad). || 1. Cada uno de los caracteres, naturales o adquiridos, que distinguen a las personas, a los

seres vivos en general o a las cosas del Estado Táchira. || 2. Manera de ser de alguien o algo del Estado Táchira. || 3. Cualidad de tachirenses. || 4. Carácter de tachirenses. || 5. Sustantivo abstracto de cualidad oficial del Estado Táchira, desde 2001.

Historia (documentada): El término ‘Tachirensidad’, tiene un carácter oficial, al quedar identificado en el texto del Capítulo VI (De los Derechos Educativos y Culturales), sección Segunda, artículos 53° (de la venezolanidad y tachirensidad); 54° (culturas populares constitutivas de la tachirensidad), y 55° (defensa de los valores propios de la tachirensidad), de la Constitución del Estado Táchira, aprobada el 18 de enero de 2001.

TACHIRANIDAD. (Término creado para definir la cualidad y el carácter del ser tachirenses. Si se parte de una idea inicial de relacionarlo a partir del sustantivo ‘Táchira’ más el sufijo *-dad*, que procede de la desinencia de origen latino *-tas*, *-ātis*, no sería procedente por cuanto éste no puede modificar al sustantivo dado que la misma es una desinencia cuya terminación sólo permite modificar adjetivos, para convertirlos en sustantivos abstractos de cualidad. Así, partiendo del principio lógico-sintáctico que establece: sólo pueden ser objeto de definición los conceptos que tienen una estructura interna. En términos ontológicos, se diría que el ente se encuentra en el trasfondo de todo concepto, en consecuencia, todo lo añadido deberá estar contenido en él. La estructura conceptual y etimológica más concordante, según la definición que se le asignó en su momento, al término ‘Tachiranidad’, se correspondería con la palabra ‘Tachirensidad’). || 1. Cada uno de los caracteres, naturales o adquiridos, que distinguen a las personas, a los seres vivos en general o a las cosas del Estado Táchira. || 2. Manera de ser de alguien o algo del Estado Táchira. || 3. Cualidad de tachirenses. || 4. Carácter de tachirenses.

Historia (documentada): Término aplicado por el abogado e historiador Lucas Guillermo Castillo Lara en su libro «Raíces pobladoras del Táchira: Táriba, Guásimos (Palmira) y Capacho» (1986); el médico y músico tachirenses José Humberto Ocariz, en su obra «La Tachiranidad» (1989) y el historiador Rafael María Rosales en «Siempre la Tachiranidad» (1997). Estos autores adoptaron este término, partiendo del empleo de la palabra ‘tachirano, na’ que se encontró -de forma aislada- en algunos documentos oficiales posteriores a julio de 1856 (en el Archivo General del Estado Táchira), en los cuales se empleó esta palabra para designar a los tachirenses. La misma tiene su origen -luego de la creación de la provincia del Táchira- en una contraposición sociológica del término «meridano», empleado en el lenguaje culto del siglo XIX, para designar a los habitantes de la provincia de Mérida. El mismo fue utilizado por El Libertador en su proclama «a los valerosos Meridianos» de fecha 8 de junio de 1813. En lo gramatical, sí resultaría correcto el procedimiento de derivar -a partir de ese adjetivo étnico o gentilicio- el término ‘tachiranidad’ por cuanto el adjetivo étnico *tachirano* (determinativo de posesión), se puede formar a partir de la unión del sustantivo *Táchira* más el sufijo latino *-ānus* (que -por concordancia gramatical-se emplea cuando el sustantivo que califica está en el caso

nominativo) y que tiene por significado: procedencia, pertenencia o adscripción. Así, *tachirano* derivaría del atributo latino *tachiranus* (que significa, del Táchira).

TACHIRANEIDAD. Concepto filosófico e historiográfico (término del argot de la disciplina de la Historia de las Mentalidades, de la Escuela de los Anales. Definido por su autor como neologismo). || 1. Categorización filosófica e histórica para definir el ser tachirenses. || 2. Espacio geomenta del tachirenses. || 3. Memoria colectiva y mentalidad del ser tachirenses. || 4. Relación o juego del mundo de las estructuras y superestructuras tachirenses.

Historia (documentada): Término desarrollado por el Prof. Dr. Pascual Mora (Universidad de Los Andes - Núcleo Táchira) en su obra «Historia Social de la Educación y de las Mentalidades en la Región Andina Venezolana» (2004). Propone la palabra como identificación de la *mentalidad tachirenses* a partir del concepto de *acople*, empleado en la semiótica; un acoplamiento entre el significante (*mentalidad*) y el significado (*tachiraneidad*).

TACHIRANÍA. (Nombre abstracto, femenino, que deriva a su vez del sustantivo ‘Táchira’, la consonante de unión *n* [tomada de la figura gramatical fonética denominada epéntesis, que introdujeron los latinos cuando el tema acababa en vocal y la desinencia que le seguía iniciaba en vocal] y el morfema o sufijo del bajo latín o latín tardío *-ia*, adoptado del sufijo griego *-ía*, que permitía declinar un sustantivo según el mismo modelo que los adjetivos, para formar sustantivos abstractos de cualidad. Expresa lo que pertenece a, la dignidad de, la jurisdicción de). || 1. Categorización poético-histórica, que comprende y define los valores más autóctonos, de honor, dignidad, encomiables y perdurables ontológicos tachirenses. || 2. Dignidad de ser tachirenses.

Historia (documentada): Término adoptado por el Prof. Dr. Temístocles Salazar (Universidad de Los Andes - Núcleo Táchira) en su obra «Tachiranía» (2014). Epopeya en verso, que refiere la historia del Táchira, en treinta cantos.

GOCHO, CHA. (Adjetivo coloquial y polisémico [en el caso tachirenses y venezolano] que deriva a su vez de una voz onomatopéyica peninsular - documentada desde la Edad Media- de quienes criaban cerdos. En Castilla, llamaban a sus pjaras, para alimentarlos, con la voz ‘gocho-gocho’ (Joan Corominas y José Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, 1991, sección 11, p. 563). A su vez, los lingüistas explican que ‘gocho’ era una voz más antigua que derivaba de un sustrato lingüístico prelatino o prerromano ibérico, de la palabra ‘koxo’, cerdo. Pasó primero al euskera o vasco como ‘kotxo’ [se pronuncia cocho] y está vinculada con la reduplicación ‘kotxi-kotxi’ [se pronuncia cochi-cochi], para llamar a este animal (Mascaray Sin, Bienvenido, *Iberia y sus étimos, la lingüística de los pueblos iberos prerromanos*, 2011). Aún esta voz onomatopéyica se emplea en los caseríos y montañas de Euskalerría o País Vasco, en especial en la región de Guardia o La Guardia de la Sonsierra Navarra [sur de la provincia de Álava, Euskadi]. De allí pasó al castellano y derivó su empleo como sinónimo de cerdo, dando origen

etimológico a la palabra ‘cochino’, muy común en el lenguaje tachireño. El término pasó a América en el siglo XVI. En el Estado Táchira, se ha documentado su uso desde el siglo XIX, pero con modificaciones en su significado original). || 1. Arcaísmo lingüístico para señalar a alguien o algo a quien le falta una oreja. || 2. Arcaísmo lingüístico para identificar alguien o algo de Lobatera (Municipio Lobatera – Estado Táchira). || 3. Adjetivo coloquial ambiguo, que puede ser empleado de forma favorable o peyorativa, para designar al tachireño o algo del Estado Táchira. Se utiliza algunas veces como sustantivo. || 4. Término empleado como sinónimo de andino o andina (en Venezuela). || 5. Término empleado en la jergonza venezolana para identificar al tachireño o algo del Estado Táchira.

Historia (documentada): La primera acepción conocida, hasta el presente, de la palabra «gocho» para identificar a la gente de Lobatera, se encuentra en la novela «Ventisca», del escritor y militar tachireño, Teniente Luis Felipe Prato (nacido en 1913), publicada en Caracas, en 1953 (y traducida al inglés como 'Windstorm' por Hugh Jencks, en 1961. Editorial Las Américas, Nueva York, 221 pp). En la misma, el autor describe la geografía de acción, las correrías y enfrentamientos del General Juan Pablo Peñaloza, en sus invasiones antigomercantistas al Táchira, a principios del siglo XX: «Peñaloza está peleando al gobierno en las faldas de El Zumbador, a la altura de Lobatera... Si lo ve, dígame que tenga cuidado con los gochos, pues entre ellos hay mucho godó» (p. 206). Es importante acotar que no se ha encontrado –hasta el presente– documentación alguna en la cual la gente de Lobatera, haya empleado el término «gocho» para identificarse entre sí.

La segunda acepción, «faltar una oreja», es la única reconocida y empleada aún por la gente de Lobatera y su comunidad histórica (Borotá, Michelena, San Pedro del Río y San Juan de Colón). La documentación más antigua de la misma, fue recogida por el distinguido estudioso del folklore venezolano, Don Rafael Olivares Figueroa (1893-1972), en 1941, en la población de San Juan de Colón, al recopilar el cuento titulado «El caballo gocho», de la serie de cuentos tachireños conocidos como «Los cuentos de Pedro Rimalés».

Asimismo, biógrafos e investigadores culturales, de reconocido renombre como el General Francisco Alvarado (fallecido en 1917), en su obra «Memorias de un tachireño del siglo XIX» o el Profesor Luis Felipe Ramón y Rivera, máximo compilador del folklore tachireño, con detallados trabajos de campo por toda la geografía del Estado, junto a su esposa Isabel Aretz, en la década de los años 50 del siglo XX, no registraron en sus obras el término «gocho». Si bien, clásicos de la literatura tachireña como el Dr. Emilio Constantino Guerrero, en su obra «Diccionario filológico: estudio general sobre el lenguaje venezolano, con referencia al de España y al de otros países de la América Latina», publicada en 1915, refieren el término «gocho», sólo con el significado de: faltarle una oreja, seguido por el Dr. Samuel Darío Maldonado quien, aún cuando no la emplea en el texto de la obra, en un vocabulario anexo al final de la misma, la describe relacionándola -sin explicación, probablemente por similitud en los

elementos acústicos de la palabra- con el término «gacho» (cuyo significado original, derivado del verbo *agachar*, es 'encorvado, inclinado hacia la tierra') y le asigna el mismo significado «Gocho. Gacho, animal o persona a quien le falta una oreja», en su novela «Tierra Nuestra: por el río Caura» (escrita en 1919 y publicada en 1920, p. 499).

Por igual, escritores de reconocida crítica mordaz contra los regímenes de los generales Cipriano Castro y Juan Vicente Gómez, como lo fueron el tachirense Pedro María Morantes (1865-1918) y el carabobeño José Rafael Pocaterri (1888-1955), no hacen uso de la palabra *gocho* -en ninguno de sus sentidos- y sí de los términos *tachirenses* o *andinos*.

Este aspecto se confirma con las entrevistas a testigos de la época de Castro y Gómez. Las primeras recogen las palabras del General Luciano Mendoza, en Valencia, luego de la batalla de Tocuyito, cuando el telegrafista Gabriel Espinoza le informaba que el Presidente Andrade no respondía a los telegramas que se le enviaban para recibir órdenes sobre cómo proceder, luego de la batalla. Le respondió el General Mendoza al telegrafista: «No llame más, allá van los andinos a Caracas. Y quien sabe por cuánto tiempo». Las segundas, recogidas en un documental audiovisual titulado: «Juan Vicente Gómez y su época» [1 hora, 30 minutos], producido por Manuel de Pedro y Luis Guillermo Villegas, en Cine Archivo/Bolívar Films (1975). Allí, detractores y halagadores del régimen gomecista, todos, coinciden en denominar a los tachirenses como «andinos» y, en el caso específico del señor José A. Perdomo [minuto 44 de proyección], torturado en la cárcel de la Rotunda, por ayudar a los presos de dicha cárcel, por ser soldado guardián en ella, y por sospecharse que formaba parte de la conspiración de Chalbaud, de 1929, llama a su torturador, el general Carmelo Medina, el alcaide, como: «andino bruto, pata de palo».

Otro tema por destacar en el documental, si bien es de advertir que el guionista no especifica la fuente de donde lo tomó, y así contrastar su veracidad [al igual que incurrió en varias invenciones e imprecisiones históricas, en el guión con voz en off o V.O. (voice over) del documental, los cuales deben ser sometidos a una rigurosa crítica histórica por parte del espectador], son los adjetivos despectivos que se arrojaron tachirenses y caraqueños en ese primer momento del encuentro entre dos mundos tan disímiles: el país andino tachirense y el país costero-caribeño, en 1899. Al parecer, entre los estratos menos educados o con menos nociones sobre geografía y cultura venezolana, en cada bandería, los primeros, los tachirenses, llamaron a los caraqueños «bachacos» y los segundos, los caraqueños, llamaron a los tachirenses «cabras», y en los estratos más educados se denominaron «caraqueños» y «andinos» respectivamente. Así, no resulta descartable que estos lances dieran origen a una frase surgida en el imaginario urbano caraqueño, atribuida al presidente Cipriano Castro, y dada a conocer por el escritor José Rafael Pocaterri en su obra «Memorias de un venezolano de la decadencia» (novela dictatorial y testimonial, 1927), aun cuando no existen evidencias que Castro la dijera o escribiera: «Ni cobro andino, ni pago caraqueño».

Es de destacar, por igual, y como aspecto singular del documental citado, de interés para quien quiere profundizar en el conocimiento de la historia del Táchira y de sus actores, la conservación del único registro en fotogramas, y movimiento, del General Eustoquio Gómez [minuto 32 de proyección], destacado y controvertido personaje público quien actuó como Comandante de Armas y Presidente del Estado Táchira, a principios del siglo XX.

El 30 de enero de 1970, el Dr. Tulio Chiossone (nacido en Rubio, en 1905), se incorpora como miembro numerario de la Academia Nacional de la Lengua, en Caracas. Su trabajo se tituló «El lenguaje erudito, popular y folklórico de los Andes venezolanos» (publicado por la Biblioteca de Autores y Temas Tachirenses, dirigida por el Dr. Ramón J. Velásquez, en el número 69, en 1977). Allí, especifica (p. 145) «GOCHO. Que le falta una oreja. Augusto Malaret y Linsandro Alvarado traen la palabra *gocho* en esta acepción. Puede suceder que en el Táchira se haya modificado la palabra», y sólo en la definición del vocablo «CHÁCARA/CHÁCARO», especifica «[...] chácara, que es como nos llaman a los tachirenses en el centro de la República» (p. 123).

De esta forma, sólo se tiene, a partir de la publicación del libro «De Ocumare a Caracas (de uno a otro extremo de Venezuela, 1915-1945)» (Biblioteca de Autores y Temas Tachirenses, N° 62, en 1969 y reeditado en 1975) del tachirense Nemecio Parada (Capacho, 1886- Caracas, 1975), en el diccionario de términos tachirenses que agrega al final de su obra, la indicación para la palabra «gocho» con los significados específicos de: (a) faltarle una oreja; (b) denominación de la gente de Lobatera, en el siglo XIX; (c) «Pero por extensión en el centro del país se han dado por llamar gochos a la gente del Táchira» (p. 287).

Así, el empleo de la expresión «se han dado», con verbo en el perfecto de indicativo (plural), por parte del autor, podría ayudar a establecer en un período no muy distante de la fecha de publicación del libro (1969) y con anterioridad, cuando el término «gocho» comenzó a generalizarse, fuera del Estado Táchira, para designar o identificar a los tachirenses, en diferentes connotaciones. Primero, a través de la sorna o el chiste soez y posteriormente como expresión de afecto.

No obstante, aproximadamente desde la década de los ochenta del pasado siglo hasta el presente, el uso del término «gocho», en el caso de los habitantes del área capital y centro del país, ha sido progresivamente sustituido en el lenguaje común por el término genérico y fisiográfico de «andino».

Con el engloban y describen -en una economía de palabra- cualquier característica que sea propia del Estado Táchira. Como ejemplo, se presentan los siguientes términos:

«Pastelitos andinos» por pasteles; «arepas andinas» por arepas de trigo y/o arepas delgadas de maíz (a diferencia de otras partes, era delgada porque no se hacía para rellenar sino para acompañar otras comidas, comer con café o desmenuzar en la pizca); «tradicción andina» por tradición del Táchira; «pan andino» por acema, pan aliñado de sal, de dulce, de leche, de mantequilla, de

maíz, el azucarado o el endulzado con panela; «papelón andino» por panela tachireNSE [es importante acotar que el término «papelón», como superlativo de papel, en el lenguaje castellano coloquial tachireNSE actual, significa una acción deslucida o ridícula por parte de alguien ante un grupo de personas, ej. Andrés hizo un papelón ante el juez; ¡que papelón hicieron los políticos en el debate!]; «golfeados andinos» por quesadillas con queso, miel o dulce de bocadillo; «mondongo o mondongo andino» por el mute tachireNSE; «hallaca andina» por hallaca tachireNSE, la cual se caracteriza -a diferencia de otras partes del país- por la preparación conjunta del guiso y la masa, lo cual lleva entre 3 y 4 horas de cocción que unifican y enriquecen su sabor, además de agregársele -entre los aliños- el garbanzo; «pizca andina» por el caldo de papas con huevo y leche, si bien la pizca (caldo en el desayuno tachireNSE) presenta diferentes variedades como la pizca propiamente (agua, huevo, cebolla de cabeza, cebolla junca, aceite y sal), pizca negra (agua, sal, cebolla de cabeza, cebolla junca y cilantro picado), pizca blanca o caldo de leche, caldo de papas y el caldo cuajado (la clara y la yema del huevo se mezclan por separado, se le agrega cilantro y cebolla junca). Un antiguo verso tachireNSE de fines del siglo XIX, recopilado por el etnógrafo y compositor Luis Felipe Ramón y Rivera, decía: «Si tuviéramos una olla/un huevo y tantica sal,/hiciéramos una pizca;/pero no hay agua ni hay pan».

II. A MANERA DE CIERRE

Sólo, y a través de un discernimiento continuo y en común –no superficial o aislado– sobre el ser tachireNSE y sobre su identidad, se podrá abordar en la teoría y en la praxis, la angustia ontológica del tachireNSE del presente.

De ese tachireNSE que vive inmerso en una especie de maquinaria kafkiana -de los actuales tiempos- que es su día a día, y va errante con una conciencia obnubilada de lo que fuimos y de lo que somos, sin fe en el ideal que debe dirigir su paso incierto.

Pero también, de ese tachireNSE quien, ante el vendaval que le intenta doblegar, levanta en alto los valores ontológicos señeros inmersos en sus orígenes: una cabeza en su lugar, para el correcto pensar; un corazón para tener fe, dar y amar, y unas manos -callosas- para el actuar.

ÍNDICE GENERAL

CURRICULUM VITAE José Luis VILLEGAS MORENO	15
---	----

PRESENTACIÓN

LA MOTIVACIÓN DEL HOMENAJE	29
EL SITIAL QUE LA HISTORIA DEL DERECHO LE HA RECONOCIDO AL HOMENAJEADO.....	31
EL CONTENIDO DE LA OBRA.....	33
LOS AGRADECIMIENTOS.....	33

José Luis VILLEGAS MORENO. SEMBLANZA

José ARAUJO-JUÁREZ	35
--------------------------	----

I

DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUNDAMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO	45
---	----

SOBRE LA ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL MUNDO JURÍDICO Y LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Jorge H. SARMIENTO GARCÍA

AGRADECIMIENTO	47
LA ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL DEL MUNDO JURÍDICO	47
EL ORDEN NATURAL O DE LA JUSTICIA	48
EL ORDEN NORMATIVO POSITIVO	51
EL ORDEN DE CONDUCTAS	52
LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	53
FUNCIÓN LEGISLATIVA.....	53

FUNCIÓN JURISDICCIONAL	53
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	53
LA ESPECIAL IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	54
UBICACIÓN DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN EL CONTEXTO DE LAS CIENCIAS	55
DISTINTOS ÁMBITOS DEL SABER JURÍDICO	57
LAS CIENCIAS DOGMÁTICAS, CIENCIAS PRÁCTICAS Y LA PRUDENCIA	58
EL DERECHO ADMINISTRATIVO	59
LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN	60
BIBLIOGRAFÍA	61

EL PERMANENTE RETO DE MEJORAR LA DEMOCRACIA

Jesús Luis **CASTILLO VEGAS**

I. JUSTIFICACIÓN Y CLASES DE DEMOCRACIA	63
1. La legitimidad democrática	63
2. Democracia representativa y democracia directa	67
II. PROBLEMAS DE LAS DEMOCRACIAS ACTUALES	71
1. Partitocracia.....	71
2. La democracia mediática.....	75
III. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.....	78
1. Más democracia.....	78
2. Más transparencia.....	82

LA SEPARACIÓN DE PODERES, SU EQUILIBRIO DINÁMICO Y LA SUPERACIÓN DE LAS CRISIS DENTRO DEL MODELO: ALGUNAS REFLEXIONES

Jesús Gerardo **DÍAZ**

I. AL INICIO	87
II. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	88

III.	LA SEPARACIÓN DE PODERES COMO GARANTÍA	91
1.	Garantía política	92
2.	Garantía jurídica	93
3.	Garantía técnica	93
IV.	EL EQUILIBRIO DEL PODER.....	95
1	Nociones generales.....	95
2	En el ámbito estatal interno	97
3	El equilibrio dinámico del poder	99
V.	SOBRE LAS CRISIS	102
1	Nociones básicas	102
2	Algunos casos de crisis recientes	105
VI.	UNA RESPUESTA DESDE OTRO ÁNGULO: LA CENTRALIDAD DEL SER HUMANO	107
VII.	A MODO DE COLOFÓN	110
	BIBLIOGRAFIA	111

BREVES NOTAS SOBRE LA REMOCIÓN DE MAGISTRADOS

Edison Lucio VARELA CÁCERES

	INTRODUCCIÓN	115
I.	LOS ALTOS FUNCIONARIOS	116
II.	SITUACIONES QUE ORIGINAN LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE MAGISTRADO	117
III.	EL TRÁMITE DE REMOCIÓN	121
1.	Remoción (intento de definición).....	121
2.	Causales.....	123
3.	Fases	134
A.	Control del Poder Ciudadano	135
B.	Control de la Asamblea Nacional.....	136
4.	Efectos jurídicos	137
	CONCLUSIONES	138

II
DERECHO ADMINISTRATIVO Y GLOBALIZACIÓN

IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN LAS
FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Carlos E. **DELPIAZZO**

I.	LOS TÉRMINOS DE LA CUESTIÓN	141
1.	Acerca del Derecho Global	141
2.	Acerca de las nuevas fuentes de producción normativa	144
II.	VARIEDAD GENÉTICA	145
III.	APRECIACIÓN FINAL.....	148

LA INFLUENCIA DEL DERECHO TRANSNACIONAL O
GLOBAL EN TRES GRANDES TEMAS DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO

Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

	INTRODUCCIÓN	151
I.	LA NORMATIVIDAD COMUNITARIA Y EL CONTROL CON- TENCIOSO COMUNITARIO	155
II.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	160
III.	LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	163
	CONCLUSIONES	167

III
DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONVENCIONALIDAD

EL ESTADO CONVENCIONAL: UN NUEVO ESTADO DE DERECHO

Armando Luis **BLANCO GUZMÁN**

	INTRODUCCIÓN	171
I.	EL ESTADO CONVENCIONAL.....	174
II.	JUSTIFICACIÓN DE LA CONVENCIONALIDAD.....	178
III.	FINALIDAD DEL ESTADO CONVENCIONAL	180

1. Garantizar los derechos humanos	180
2. Prevenir la violación a los derechos humanos.....	182
3. Establecer un estándar mínimo de compatibilidad con la convencionalidad.....	183
4. Restablecer o indemnizar las violaciones a los derechos humanos...	185
5. Evitar la impunidad en la violación de los derechos humanos.....	186
CONCLUSIONES	189

**DERECHO ADMINISTRATIVO “CONSUE TUDINARIO” 191
Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

María Lidia **ÁLVAREZ CHAMOSA**

I. DERECHO ADMINISTRATIVO “CONSUE TUDINARIO”	192
II. COSTUMBRE JURÍDICA: UN BREVE REPASO	193
III. DERECHO ADMINISTRATIVO “CONSUE TUDINARIO” Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	196
A MODO DE CONCLUSIÓN	204

IV

DERECHO MUNICIPAL

**ALGO SOBRE LOS ORÍGENES DEL MUNICIPIO EN LA AMÉRICA
HISPANA, CON PARTICULAR REFERENCIA A VENEZUELA (1811)**

Allan R. **BREWER-CARÍAS**

INTRODUCCIÓN	211
I. LAS CAPITULACIONES DE CONQUISTA Y POBLAMIENTO Y LA PROVINCIA COMO BASE DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LAS INDIAS.....	214
II. LA OBLIGACIÓN DE LOS ADELANTADOS DE ORGANIZAR EL GOBIERNO MUNICIPAL	216
III. LA MUNICIPALIDAD EN EL DERECHO INDIANO.....	219
IV. LOS CAMBIOS EN EL RÉGIMEN MUNICIPAL POR LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA	222

V.	ALGUNOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN MUNICIPAL DERIVADOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA.....	224
	1. El principio de la igualdad y la uniformización del régimen municipal.....	224
	2. De la anarquía municipal a la organización piramidal del poder	226
VI.	LOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN MUNICIPAL NAPOLEÓNICO Y SUS REPERCUSIONES EN ESPAÑA Y EN IBEROAMÉRICA....	227
	1. El principio de la multiplicidad de municipios en Europa y en particular en España	228
	2. El régimen municipal colonial en Iberoamérica: Los Cabildos Provinciales	230
	3. El Municipio republicano en América Hispana alejado del ciudadano	231
	4. El desarrollo de la autonomía municipal en América en contraste con el control de tutela europeo.....	233
VII.	EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN LA PRIMERA CONSTITUCIÓN DE LA AMÉRICA HISPANA: LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LAS PROVINCIAS DE VENEZUELA DE 1811.....	233
	1. La Constitución federal de 1811 y el origen del régimen municipal en la Venezuela independiente	233
	2. La discusión sobre el ámbito del territorio de la Provincia de Caracas y su división	234
	3. La división territorial uniforme de la Provincia de Caracas en departamentos, cantones y distritos.....	236
	4. Algo sobre las competencias municipales.....	237
	5. La división territorial del régimen municipal en la Provincia de Caracas	238
	A. La Municipalidad de Caracas capital con 24 miembros y dos Cámaras.....	239
	B. Las Municipalidades con 16 miembros y dos Cámaras	239
	C. Las Municipalidades con 12 miembros.....	240
	D. Las Municipalidades con 8 miembros.....	240
	E. Las Municipalidades con 6 miembros.....	240
	6. El régimen de elección de cargos representativos en la Provincia y en particular, en el ámbito municipal	241

7. Los Agentes Municipales en las Parroquias y en los lugares distantes.....	243
--	-----

EL CONCEPTO DE MUNICIPIO EN EL
DR. JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**

INTRODUCCIÓN	245
I. NATURALEZA DEL MUNICIPIO.....	247
II. LA BASE LOCAL DEL MUNICIPIO: LA CIUDAD COMO “LUGAR”	248
III. CATEGORÍA POLÍTICA	249
IV. AUTONOMÍA.....	251
V. COMPETENCIAS Y RECURSOS	252
BIBLIOGRAFÍA	259

EL FRUSTRADO PROYECTO DE
LEY DE MANCOMUNIDADES. 1912
Enrique **ORDUÑA REBOLLO**

I. INTRODUCCIÓN.....	261
II. ANTECEDENTES DE UN PROBLEMA DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO ESPAÑOL.....	262
III. EL CAMINO DE LA DESCENTRALIZACIÓN: HACIA LA MANCOMUNIDAD CATALANA	264
1. El proyecto de las Diputaciones catalanas.....	265
IV. EL PROYECTO DE LEY DE MANCOMUNIDADES 1912	267
1. El contenido del proyecto.....	267
2. El dictamen de la Comisión.....	269
V. EL INICIO DE LOS DEBATES EN EL CONGRESO	272
1. Las posturas en contra: Soldevilla y Alcalá Zamora	273
2. Alcalá Zamora y la cuestión de las delegaciones	275
3. La defensa de Cambó al proyecto	281
VI. LA DISCUSIÓN DEL ARTICULADO	284

1. La intervención de Royo Villanova.....	284
2. La aprobación del Proyecto en el Congreso y el asesinato de Canalejas	286
3. La aprobación por Real Decreto de la Mancomunidad catalana	287

EL MUNICIPIO EN LA HISTORIA Y REALIDAD ACTUAL

José Guillermo **VALLARTA PLATA**

INTRODUCCIÓN	289
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	290
II. EL MUNICIPIO EN LA NUEVA ESPAÑA	292
III. EL MUNICIPIO EN MÉXICO (1917).....	293
IV. NUEVAS BASES DE ORGANIZACIÓN MUNICIPAL.....	298
V. EL PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN MÉXICO	299
VI. CRECIMIENTO DE LOS CENTROS URBANOS	301
VII. DEFORMACIÓN DEL SISTEMA FEDERAL EN MÉXICO	304
VIII. EL MUNICIPIO EN LATINOAMÉRICA.....	306

V

DERECHOS FUNDAMENTALES

SOBRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD COMO PRESUPUESTOS ONTOLÓGICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DEL COVID-19

Hermann **PETZOLD-PERNÍA**

INTROITO.....	313
DE LA LIBERTAD	315
DE LA IGUALDAD.....	321
EPILOGO	332

LA PROPIEDAD EN LA OBRA DE JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

María Candelaria **DOMÍNGUEZ GULLÉN** Y

Carlos **PÉREZ FERNÁNDEZ**

INTRODUCCIÓN	333
1. Aproximación.....	337
2. Facultades.....	341
3. Función social.....	344
4. Limitaciones	349
A MANERA DE CONCLUSIÓN	353

NACIONALIDAD VS APATRIDIA. CASO DE HIJOS DE LOS
MIGRANTES VENEZOLANOS NACIDOS EN
TERRITORIO COLOMBIANO

María Inés Milagros **HIGUEREY CORTÉS**

INTRODUCCIÓN	355
I. ORIGEN DE LA SITUACIÓN	357
II. PRIMERAS MEDIDAS POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO	360
III. DE LA NACIONALIDAD: GENERALIDADES Y NORMATIVA LEGAL APLICABLE	362
IV. NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS CON EL TEMA Y EL CONFLICTO PARA COLOMBIA.....	367
V. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD	370
VI. DE LA SOLUCIÓN A LA SITUACIÓN PLANTEADA.....	371
VII. PROCESO DE EXPEDICIÓN DE DOCUMENTOS	373
VIII. CONCLUSIÓN	374
BIBLIOGRAFÍA	375

TUTELA DEL DERECHO HUMANO AL PAISAJE

Alberto **BLANCO-URIBE QUINTERO**

INTRODUCCIÓN	379
PAISAJE Y DERECHO HUMANO AL PAISAJE	381

EL PAISAJE EN LA NORMATIVA AMBIENTAL VENEZOLANA.....	383
LA PALABRA DEL JUEZ EN LA TUTELA JUDICIAL DEL PAISAJE	389
A MANERA DE CONCLUSIÓN	395
BIBLIOGRAFÍA	395

VI DERECHO AMBIENTAL

LA RUTA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LA OPORTUNIDAD DE SU REFORZAMIENTO MEDIANTE UN NUEVO INSTRUMENTO CODIFICADOR

María Elisa **FEBRES HERNÁNDEZ**

I. INTRODUCCIÓN.....	399
II. EVOLUCIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL DERE- CHO AMBIENTAL INTERNACIONAL EL EN EL CONTEXTO DE LA ONU.....	400
III. EL PROCESO DE UN PACTO MUNDIAL POR EL MEDIO AMBIENTE	406
1. Los principios en el Derecho Ambiental Internacional.....	408
2. Los derechos de tercera generación.....	410
A. Derecho a un ambiente sano.....	412
B. Derechos de Acceso: Democracia Ambiental.....	413
IV. CAMBIO DE RUMBO Y PERSPECTIVAS.....	414

MOVILIDAD, ELECTRICIDAD Y MEDIO AMBIENTE

Carlos Martín **GALVIS HERNÁNDEZ**

I. INTRODUCCIÓN.....	417
II. LA MOVILIDAD Y EL COVID 19	417
III. MOVILIDAD VEHICULAR ELÉCTRICA Y SU IMPACTO AM- BIENTAL	419
IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS VEHÍCULOS ELÉC- TRICOS.....	425

1. Ventajas.....	425
2. Desventajas.....	426
V. NORMAS REGULADORAS DE LA ACTIVIDAD INHERENTE A LOS VEHÍCULOS OPERADOS CON MOTOR ELÉCTRICO	426
VI. FABRICANTES Y TRABAJADORES COOPERANTES DE UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO	428
VII. FUENTES DE RECARGA Y DE SOPORTE DE LAS ESTACIONES Y PUNTOS DE RECARGA EN PROCURA DE MENOR IMPACTO MEDIO AMBIENTAL GLOBAL	429
VIII. LA ELECTROMOVILIDAD Y SU EXPANSIÓN TRANSCONTINENTAL	430
IX. SECTORES DE POSIBLE ALCANCE DE LA ELECTROMOVILIDAD TERRESTRE	433
BIBLIOGRAFÍA	435

**APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS
RECURSOS HÍDRICOS EN VENEZUELA**

Miguel Ángel **TORREALBA SÁNCHEZ**

I. MARCO INTRODUCTORIO. LA PROGRESIVA PUBLIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA. DEL CÓDIGO CIVIL A LA LEY DE AGUAS	437
1. Preliminar	437
2. Los antecedentes remotos. El carácter público de las aguas hasta el Código Civil de 1873.....	439
3. La regulación parcialmente ius privatista de las aguas de 1873 hasta 1999.....	440
A. Las críticas tempranas de la doctrina y los primeros intentos parciales de publicación mediante la legislación sectorial ...	441
B. Los trabajos de la Comisión Nacional de Planificación de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH).....	443
C. Las incipientes tendencias a la publicación por vía reglamentaria.....	443
4. La demanialización de las aguas en la Constitución de 1999 y su desarrollo en la Ley de Aguas de 2007	445

5.	La escasa efectividad práctica de la publicación en lo que se refiere al adecuado y efectivo manejo y gestión de los recursos hídricos	447
II.	LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS	448
1.	La originaria dispersión y especialización organizativa ministerial ..	448
2.	La creación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables	449
3.	La pérdida de importancia de la planificación de los recursos hidráulicos, primero por cambios de concepción y luego por la crisis de las instituciones públicas.....	450
4.	El régimen de la organización administrativa en la vigente Ley de Aguas.....	452
A.	Principios de la organización institucional para la gestión de las aguas	453
B.	Organización administrativa e institucional para la gestión de las aguas	454
III.	EL INCIPIENTE RÉGIMEN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS Y DE CONTROL Y PROTECCIÓN FRENTE AL AGUA ..	459
1.	La prevención de riesgos y el control y protección mediante la información	460
2.	La prevención de riesgos y el control y protección mediante la planificación	460
3.	La prevención de riesgos y el control y protección mediante la construcción, operación y mantenimiento de obras e instalaciones ..	461
4.	Otras menciones a la prevención de riesgos	461
5.	La técnica del análisis de riesgos.....	461
6.	El financiamiento	462
7.	La Dirección General de Saneamiento y Control de Inundaciones...	463
IV.	LOS RÉGIMENES DE LIMITACIÓN, VIGILANCIA, CONTROL Y DE SANCIONES EN MATERIA DE RECURSOS HÍDRICOS	464
1.	Las potestades administrativas de vigilancia, limitación y control ...	464
2.	El régimen sancionador	465

A. El régimen administrativo	465
B. El régimen penal	465
CONCLUSIONES	467

UN FALLO CONTRADICTORIO, UN CAMINO DE CAMBIO
Viviana **SAGRERA**

INTRODUCCIÓN	469
I. EL FALLO	471
II. CLÁUSULA DEL PROGRESO. FUENTE	472
III. CLÁUSULA DE UTILIDAD NACIONAL. FUENTE	474
IV. CLÁUSULA AMBIENTAL. FUENTE	477
CONSIDERACIONES FINALES	482

VII
DERECHO ADMINISTRATIVO Y
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA. CONCEPTO,
INTERPRETACIÓN Y CONTENIDO
José **ARAUJO-JUÁREZ**

SECCIÓN 1ª. CONCEPTO

INTRODUCCIÓN	485
1. Clasificación	486
2. Constitución administrativa	493

SECCIÓN 2ª. INTERPRETACIÓN

INTRODUCCIÓN	503
A. Teoría de la interpretación constitucional	505
B. Modelo de sistema administrativo constitucional	514

SECCIÓN 3ª. CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	519
II. DERECHO POSITIVO	520

EL DERECHO A RELACIONARSE ELECTRÓNICAMENTE CON LA ADMINISTRACIÓN. UN DERECHO EN CRISIS

Juan Carlos **MORÓN URBINA**

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA: LA BUENA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA	527
1. Itinerario del derecho ciudadano a relacionarse electrónicamente con la administración.....	530
A. El origen: la Ley de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos de 2007.....	530
B. El reconocimiento internacional: su inclusión en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico de CLAD	535
C. Su inclusión en la Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador	538
C. El derecho a relacionarse electrónicamente con la administración incluido reglamentariamente en Perú.....	539
2. El contenido y los elementos del derecho a relacionarse electrónicamente	541
3. Características jurídicas del derecho a la interrelación electrónica ...	546
A. Es un derecho de configuración legal	547
B. Es una expresión del derecho a la igualdad de los ciudadanos para acceder a los servicios y funciones públicas y evitar la infoexclusion. Democracia electrónica	547
B. Es un derecho instrumental	549
2. El impulso opuesto: la obligación de relacionarse electrónicamente con la administración	549
CONCLUSIONES	553

EL CONFLICTO ENTRE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y EL GOBIERNO ELECTRÓNICO.

(Caso Chile y su Departamento de Extranjería y Migración)

Julio **AZARA HERNÁNDEZ**

INTRODUCCIÓN	555
CONCEPTO DE GOBIERNO ELECTRÓNICO.....	557
LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y LAS LEYES QUE LOS RIGEN	560

GOBIERNO ELECTRÓNICO Y LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	564
CASO CHILE Y SU DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN	566
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	570

VIII

DERECHO ADMINISTRATIVO Y TRANSPARENCIA

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE BUEN GOBIERNO

Antonio **DESCALZO GONZÁLEZ**

I. LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	575
II. EL RÉGIMEN COMÚN Y BÁSICO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE BUEN GOBIERNO Y LA APLICACIÓN RESTRICTIVA DE SU CARÁCTER MERAMENTE SUPLETORIO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 1.565 /2020, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020, RECURSO DE CASACIÓN 4614/2019, COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES CONTRA EL CONSEJO DE LA TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO Y EL SOLICITANTE DE LA INFORMACIÓN...	583

LA TRANSPARENCIA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS EN ESPAÑAS Y SUS LIMITES

Alejandro **CANÓNICO SARABIA**

I. LA TRANSPARENCIA Y LA PUBLICIDAD EN LAS COMPRAS PÚBLICAS.....	593
1. La relación entre el derecho de acceso a la información, la publicidad y el principio de transparencia.....	597
2. Contratación pública electrónica y transparencia.....	599
3. Es determinante que la publicidad sea adecuada.....	601
4. El cumplimiento de la obligación de publicidad a través del perfil de contratante	602

II.	LÍMITES AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	607
1.	La confidencialidad como excepción a la obligación de publicidad	607
2.	Límites a la publicidad que imponen las normas de protección de datos	610
III.	REFLEXIONES FINALES	615

IX

DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULACIÓN

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN ECONÓMICA

José Amando **MEJÍA BETANCOURT**

	INTRODUCCIÓN: EL DESAFÍO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA	619
I.	TEORÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA	622
1.	El Derecho de la libre competencia	624
2.	Derecho administrativo de la libre competencia	625
3.	Contenido del derecho de la libre competencia	627
4.	Servicios públicos y libre competencia	628
II.	TEORÍA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA	631
1.	La actividad de regulación económica	631
2.	Conceptualización de la regulación económica	634
3.	Características de la regulación	637
4.	Potestades de regulación	641
5.	El juicio de proporcionalidad	643
6.	Garantías procedimentales	644
7.	El “soft law”	646
	CONCLUSIÓN: EL NUEVO DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA	648

LA CONECTIVIDAD DIGITAL.

El reto de las políticas públicas en España

Zulay **MACHTA CHENDI**

I.	INTRODUCCIÓN	651
----	--------------------	-----

II.	ANTECEDENTES	653
1.	Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones.....	654
2.	Ley 31/1987, de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones	654
3.	Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones	655
4.	Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.....	655
	A. Acceso a infraestructuras de red.....	656
	B. Obligaciones de servicio público	657
	C. Servicio universal de telecomunicaciones.....	657
4.	Real Decreto Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones	658
5.	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones..	659
	A. Instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas	659
	B. Servicio universal de telecomunicaciones.....	660
6.	Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo	661
7.	Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones	662
	A. Acceso a infraestructuras	663
	B. Servicio universal de telecomunicaciones.....	664
	C. Estrategia Nacional de Redes Ultrarrápidas.....	664
7.	Orden ECE/1016/2018, de 28 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a proyectos piloto de tecnología 5G.....	665
8.	Orden ECE/1166/2018, de 29 de octubre, por la que se aprueba el Plan para proporcionar cobertura que permita el acceso a servicios de banda ancha a velocidad de 30 Mbps o superior, a ejecutar por los operadores titulares de concesiones demaniales en la banda de 800 Mhz	666
9.	Directiva 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas	666
	A. Acceso y utilización de elementos específicos de las redes y recursos asociados a su utilización.....	667

B. Servicio universal.....	667
III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONECTIVIDAD DIGITAL EN ESPAÑA.....	669
1. Índice sobre Economía y Sociedad Digital 2020	670
A. Indicadores	670
B. Comentarios	672
2. Datos de telefonía fija y móvil	672
A. Telefonía fija	673
B. Telefonía móvil	673
C. Reflexiones sobre la situación actual de la conectividad digital.....	674
IV. AGENDA DIGITAL 2025	675
1. España Digital 2025	675
A. Ejes estratégicos	676
B. Organismos encargados de la ejecución.....	677
2. Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones	678
A. Objetivos a destacar	679
B. Despliegue de redes de alta velocidad y compartición de infraestructura	679
C. Servicio universal de telecomunicaciones.....	679
V. REFLEXIONES	681

X

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS A LOS COLABORADORES OCASIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Ramiro SAAVEDRA BECERRA

EL ANTECEDENTE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RIESGO PROFESIONAL.....	689
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL .	692
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RIESGO- BENEFICIO	694

LA TEORÍA DE LOS COLABORADORES PERMANENTES DE LA ADMINISTRACIÓN	694
LA EVOLUCIÓN RECIENTE EN EL DERECHO FRANCÉS.....	697
LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS COLABORADORES OCASIONALES DEL SERVICIO PÚBLICO	697
NUEVAS ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA	702

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
SANITARIA, EN ORDEN A LA PANDEMIA DEL COVID-19**

Carlos **URDANETA SANDOVAL**

I. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR EFECTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19	705
II. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, EN ORDEN A LA PANDEMIA PRODUCIDA POR EL COVID-19	712
CONSIDERACIONES FINALES.....	735

XI

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Víctor Rafael **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**

I. INTRODUCCIÓN.....	741
II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO POR AUDIENCIAS	746
1. Los principios constitucionales generales del proceso administrativo por audiencias.....	747
A. El principio de brevedad	747
B. El principio de informalidad	748
C. El principio de publicidad	749
D. El principio de gratuidad.....	751
E. El principio de oralidad.....	752

2.	Los principios específicos del proceso administrativo por audiencias.....	753
A.	El principio de inmediación	754
B.	El principio de concentración y continuidad.....	757
C.	El principio de contradicción	758
D.	El principio de investigación e impulso de oficio	759
III.	LO QUE DEBEN TENER EN CUENTA LAS PARTES PARA DISEÑAR LA ESTRATEGIA DE LITIGACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO POR AUDIENCIAS	761
1.	Los modelos de procesos por audiencias.....	762
2.	El proceso por audiencias en primera instancia	762
A.	La audiencia preliminar o preparatoria	762
B.	La audiencia definitiva, complementaria o final	764
3.	El proceso por audiencias en segunda instancia.....	765
4.	El proceso por audiencias en la fase de ejecución.....	766
IV.	CONCLUSIONES.....	767

**REFLEXIONES EN TORNO AL PAPEL, EN EL DERECHO ESPAÑOL,
DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL CONTROL DEL
PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO**

Luciano PAREJO ALFONSO

I.	INTRODUCCIÓN LOS DATOS CONSTITUCIONALES DE PARTIDA: EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y LA MODULACIÓN DE SU OTORGAMIENTO COMO CONTROL DEL PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO.....	769
II.	LA EVOLUCIÓN, HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978, DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	770
III.	LA EVOLUCIÓN, TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978, DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.	775
1.	La renovación de la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa y sus efectos.....	775
2.	En particular: la reciente reforma del recurso de casación y sus consecuencias	777
IV.	EL PAPEL ACTUAL DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LOS RIESGOS QUE COMPORTA	779

EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
COSTARRICENSE: ¿UN VÉRTICE AMBIGUO?

Luis A. **ORTIZ ZAMORA**

I.	INTRODUCCIÓN.....	787
II.	LA CASACIÓN EN GENERAL.....	788
	1. Origen y Evolución	788
	2. Modelos de Cortes de Casación	791
	A. Modelo Norteamericano.....	792
	B. Modelo Alemán.....	793
	C. Modelo Franco-Italiano.....	794
	3. El Recurso de Casación Contencioso-Administrativo.....	795
	A. Su tradicional falta de regulación.....	795
	B. Incidencia de la transformación del Contencioso Objetivo o meramente revisor al Contencioso Subjetivo, Plenario y Universal	797
	C. Particularidades del Recurso De Casación Contencioso- Administrativo Costarricense.....	803
	D. El caso Costarricense en la práctica	805
	4. Propuesta de reforma del modelo recursivo del CPCA.....	810

XII
MISCELÁNEAS

LA COMUNICACIÓN EN LA CONSOLIDACIÓN DEL GOBIERNO
ABIERTO A PROPÓSITO DE CARTA IBEROAMERICANA

Sandra **ORJUELA CÓRDOBA**

I.	INTRODUCCIÓN.....	813
II.	LOS ORÍGENES DEL BUEN GOBIERNO EN IBEROAMÉRICA	815
III.	ENTENDIENDO LOS FUNDAMENTOS: GOBERNANZA, BUE- NA ADMINISTRACIÓN, GOBIERNO ABIERTO.....	817
	1. La Gobernanza	817
	2. La buena administración	818
	3. El Gobierno Abierto	821

IV.	LA CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ABIERTO	823
1.	Los pilares del Gobierno Abierto	826
A.	Transparencia y Acceso a la Información Pública	826
B.	Rendición de Cuentas Públicas	826
C.	Participación Ciudadana.....	826
D.	Colaboración e Innovación Pública y Ciudadana.....	827
2.	Los beneficios del Gobierno Abierto	827
3.	La finalidad del Gobierno Abierto	827
4.	La comunicación y las relaciones en la Carta de Gobierno Abierto ...	828
A.	Principio de apertura	829
B.	Principio de legitimidad democrática.....	829
C.	Principio de la calidad del servicio público.....	829
D.	Principio de ética pública e integridad	829
E.	Principio de la transversalidad y coordinación interinstitucional.....	829
F.	Principio de interoperabilidad	830
G.	Principio de eficacia y eficiencia	830
H.	Principio de responsabilidad pública y corresponsabilidad con la ciudadanía.....	830
I.	Principio de innovación pública.....	830
J.	Principio de inclusión y multiculturalidad	830
K.	Otros aspectos de interés desde el punto de vista comunicacional.....	831
a)	La información pública	831
b)	Capacidades ciudadanas.....	832
c)	El Gobierno electrónico y plataformas tecnológicas para el mejoramiento de los servicios públicos	832
d)	Aplicación efectiva de altos estándares de integridad y ética pública	832
e)	Mecanismos de participación y colaboración para la innovación ciudadana.....	832
V.	REFLEXIONES FINALES	833

SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA. UNA VISIÓN DESDE LA ECONOMÍA

Antonio Javier **RAMOS LLANOS**

I.	INTRODUCCIÓN.....	837
II.	SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL.....	839
	1. Componentes.....	839
	2. Dimensión del Sector Público español.....	840
	3. Dimensión de las Administraciones Públicas.....	843
III.	FINANZAS PÚBLICAS EN ESPAÑA	845
IV.	CONCLUSIONES.....	850

¿QUÉ ES EL SER TACHIRENSE?

Samir A. **SÁNCHEZ**

	PRESENTACIÓN	853
I.	¿QUÉ ES EL SER TACHIRENSE?.....	854
	1. ¿Qué es ser tachireNSE?.....	855
	2. Una terminología para entendernos, con ortografía etimológica e historia de las diversas categorías conceptuales tachirenses	856
II.	A MANERA DE CIERRE	863



 editorial jurídica venezolana

 **CERECO**
Centro de Estudios
de Regulación Económica
Universidad Monteávila

Caracas 2021